

**A LA SECCION CUARTA DE LA SALA TERCERA DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL  
SUPREMO**

**JORGE LUIS DE MIGUEL LOPEZ**, Procurador de los Tribunales y de la entidad **ADICAE, ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS**, inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios con el nº 5 (antiguamente con el nº 107) y miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios de España, que actúa en nombre propio y en el de los asociados cuya relación se incluye en el CD que se acompaña, cuyas demás circunstancias y representación constan acreditadas en los autos del **Recurso Contencioso Administrativo nº 333/08** seguido contra Resolución del Consejo de Ministros dictada por silencio administrativo negativo por la que se desestima la reclamación previa de solicitud de responsabilidad patrimonial contra el Estado presentada por la Asociación que represento en fecha 8 de mayo de 2.007, con el debido respeto y como mejor en Derecho proceda, bajo la dirección de los Letrados DON JUAN FRANCISCO LLANOS ACUÑA (40.358 ICA Madrid), DON AGENOR GOMEZ ALVAREZ (2.144 ICA Coruña) y DON LUIS FRANCISCO GARCIA PERULLES (3.637 ICA Cádiz), ante la Sala comparezco y **DIGO**:

Que habiéndome dado traslado del expediente administrativo del que dimana la resolución contra la que se ha interpuesto el presente recurso, a virtud del presente escrito y en tiempo y forma deduzco la presente demanda que tiene su base en las alegaciones de hecho y jurídicas que a continuación y sucintamente se enumeran:

**HECHOS**

**Previo**.- Antecedentes generales.

A modo de resumen explicativo debe señalarse que desde 1979 las mercantiles Forum Filatélico S.A. y Afinsa Bienes Tangibles S.A. vinieron desarrollando una actividad mediante la cual captaron masivamente ahorro del público, de forma patente y sin ninguna forma de ocultación ni disimulo, más bien por el contrario aplicaron importantes cantidades a inversiones publicitarias y de marketing, con una extensa y neuronal red comercial, que permitieran generalizar entre los usuarios una sensación de fiabilidad, reconocimiento público, legalidad y, a fin de cuentas, confianza, suficiente y necesaria, para el desarrollo desbocado y sin límites de su actividad financiera a lo largo y ancho de toda España sin los preceptivos controles y supervisiones administrativas de este tipo de actividades que, como negocio abocado al fracaso que era, no podía terminar de otra forma más que con una estructura piramidal fraudulenta y con la comisión de los delitos de los que los dirigentes de ambas entidades están actualmente acusados. Hasta 2003 ambas entidades se vieron únicamente sometidos a los requisitos establecidos por la legislación mercantil y societaria con carácter general; cuando en 2003 su actividad teórica se reguló por las autoridades, se hizo de forma errónea, desenfocada e ineficaz, lo que lejos de resolver la situación existente permitió incluso una extensión de la actividad de estas empresas y una mayor captación de ahorros y generó una falsa sensación de regulación y protección. A pesar de haber sido advertida la Administración Pública en diversas ocasiones por diferentes instituciones del carácter financiero de los contratos de Forum y Afinsa, y de haber sido incitada a actuar (ADICAE se dirigió a diferentes instituciones del Estado en 2002 y en 2005), la no actuación (primero) y una actuación errónea (después) ha resultado, como se verá, en un elemento fundamental y determinante en los daños producidos a cientos de miles de consumidores.

**Primero**.- Productos ofrecidos por las distintas entidades y perfil de los inversores.

#### **1.- Productos ofrecidos.-**

A) Por FORUM FILATELICO, S.A.:

Procede empezar señalando que la estructura contractual de las relaciones de FORUM con su clientela era extremadamente compleja y que su recta comprensión exige establecer varias etapas en su análisis: primero, para constatar que, por regla general, FORUM celebraba tres contratos de forma simultánea con cada cliente: contrato de venta a éste de lotes filatélicos, de depósito por éste en FORUM de los sellos adquiridos y de compromiso de recompra de tales sellos por parte de FORUM; segundo, para determinar que los tres contratos constituían un solo negocio jurídico con una finalidad común de inversión de su dinero por parte del cliente con un beneficio garantizado por FORUM; y tercero, para percibir que FORUM tenía establecidos mecanismos de continuidad contractual para asegurarse de que, en la gran mayoría de los casos, los contratos con cada cliente se concatenaban en el tiempo y que FORUM actuaba, en la práctica, como una cámara central de compensación y liquidación de las operaciones realizadas con los distintos clientes.

FORUM celebraba con cada cliente, de manera simultánea, tres contratos de ejecución sucesiva: venta de los sellos por FORUM al cliente, depósito de los mismos en FORUM por el cliente y compromiso de recompra por FORUM al cliente. FORUM tenía establecidas con su clientela numerosas variedades de contratos con nombres comerciales diversos que pueden reconducirse a dos modelos esenciales:

a) Venta inicial de todos los lotes de valores filatélicos por FORUM al cliente con compromiso de recompras sucesivas de aquellos lotes por FORUM a aquel. Se trata, por ejemplo, del contrato denominado “Forum Combi” que se instrumentaba en tres negocios que se celebraban en la misma fecha: 1º Venta por FORUM al cliente de varios lotes de valores filatélicos con el pago por aquel del precio de todos los lotes en el momento inicial; 2º Depósito gratuito de los lotes comprados por el cliente en FORUM; 3º Compromiso de recompra por FORUM al cliente, opción que éste podía ejercitar en distintos plazos sucesivos correspondientes a cada lote, de manera anticipada o al final del último año. Con ocasión del ejercicio de esta opción, entraba en juego el mandato de compra y de venta, que constituía el mecanismo de continuidad al que nos hemos referido.

b) Compromiso de venta sucesiva anual de los lotes de valores filatélicos por FORUM al cliente con compromiso de recompras sucesivas de aquellos lotes por FORUM. Se trata, por ejemplo, del contrato denominado “Abono Filatélico” que se instrumentaba en tres negocios que se celebraban en la misma fecha: 1º Compromiso de venta por FORUM al cliente y de compra por el cliente a FORUM de varios lotes de valores filatélicos en años sucesivos con el pago del precio de los lotes según va adquiriéndolos; 2º Depósito gratuito de los lotes comprados por el cliente en FORUM; 3º Compromiso de recompra por FORUM al cliente, opción que éste podía ejercitar en distintos plazos sucesivos correspondientes a cada lote, de manera anticipada o al final del último año. Con ocasión del ejercicio de esta opción, también entraba en juego el mandato de compra y de venta antes citado.

En síntesis, sobre el esquema común de los tres contratos indicados, los contratos o productos se distinguían por: 1.- La compra inicial de sellos por el cliente a FORUM que podía ser: total al inicio (ej. FORUM Combi) o en anualidades sucesivas (ej. Abono Filatélico); 2.- La forma de recompra por FORUM. Al respecto, el cliente podía ejercer su opción de venta, bien de forma anticipada al vencimiento del plazo previsto, bien una vez transcurrido 1 año o al vencimiento del plazo total o de los sucesivos.

Es en el momento de recompra donde se ven las características esenciales del mecanismo contractual complejo y sus verdaderas finalidades porque, primero, en ese momento, gracias al mandato de compra que el cliente daba a FORUM, éste compraba un nuevo lote que sustituía al vendido en la “cartera filatélica” del cliente (en una especie de mecanismo de subrogación real); cobrando la diferencia entre el precio de venta y el de compra mediante un mecanismo de “abono mensual”. Y segundo, también en ese momento, entraba en juego el complejo mecanismo de fijación de precios de FORUM que utilizaba tres tipos de referencias, dependiendo de la forma en que se produjera la venta de sellos por el cliente a FORUM con ocasión de la ejecución del compromiso de compra. Conviene advertir que, en todo caso, se garantizaba al cliente la devolución de la cantidad abonada en el momento de la adquisición, incrementada en un “beneficio” (calculado como un tipo de interés) establecido en el momento del

contrato o en el beneficio anual total acumulado que se estuviera asumiendo por FORUM en compromisos de compra a una determinada fecha.

Para determinar el precio de recompra por FORUM se aplicaban tres tipos de referencias: a) La cantidad abonada por los sellos en el momento de su adquisición incrementada en un beneficio anual de un tanto por ciento total acumulado. Era un precio determinado desde el momento de celebrar el contrato; b) El precio de compra pagado en su día por el cliente incrementado con un beneficio medio anual total acumulado igual al IPC medio, más dos puntos, calculado en función del número de años en que cada lote hubiera sido propiedad del cliente; y c) Un porcentaje del valor de los lotes según las listas de precios que elaboraba la propia FORUM, cumpliéndose así la profecía de revalorización continua de los sellos que servía de clave de arco de todo el sistema. Era un precio no determinado en el momento inicial pero determinable en función de aquellas listas.

#### B) Por AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.:

En esta entidad existían cuatro tipos de contratos: por un lado los denominados “CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN TEMPORAL” (CIT) de los que resultan como datos relevantes los siguientes: 1.- que se trata de contratos celebrados a medio plazo, teniendo normalmente una duración de un año; 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 todos los casos-; 3.- que con voluntad de las partes la obligación dineraria nacida de la recompra por Afinsa, S.A. era automática 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 financiación del plazo eran fijados de antemano por las partes, atendiendo a un porcentaje de revalorización 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 aquellos en su posesión, siendo que, si los poseían, los mantenían cerrados en sus sobres; 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 adquiriría su propiedad y aplicaba a su giro y tráfico; 8.- que en la practica totalidad de los supuestos y para hacer efectivo el reintegro de lo invertido y la remuneración, era Afinsa quien ejercía la opción a recompra por el precio previamente pactado.

Por otro lado están los contratos denominados “CONTRATOS DE INVERSIÓN FINANCIERA” (CIF) de cuya lectura se puede deducir: 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 “depositarios” en Afinsa, S.A. eran mero elemento referencial para determinar la inversión y su teórica garantía.

En tercer lugar se encontraban los contratos denominados “PLAN DE INGRESOS COMPLEMENTARIOS” (PIC), de cuya lectura se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.- que se trata de contratos celebrados a muy largo plazo; 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, 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 los adquirentes-inversores buscaban una rentabilidad financiera como contrapartida a la entrega temporal de numerario; 9.- que en la practica 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.

Por último están los denominados “CONTRATOS DE MODULO DE INVERSIÓN PLANIFICADA” (MIP) a los que se puede aplicar las siguientes conclusiones: 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 la inversión o aportación se realiza, 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 gestión de venta.

## 2.- Perfil de los inversores.-

Con independencia del detalle relativo al perfil de los inversores de Forum y Afinsa que se especifica en la documentación que se adjunta a esta demanda, decir aquí exclusivamente que el porcentaje de inversores que invirtieron en Forum con un límite de hasta 20.000 euros supone el 81,27%, y en Afinsa supone el 84,66%. Pero lo que es más importante, en torno a la mitad de los inversores tanto en Forum (48,06%) como en Afinsa (54,04%) no invirtieron más, por su capacidad económica, de 5.000 euros, y esas eran las cantidades que tenían invertidas en el momento de la intervención pero muchos de ellos llevaban varios años, lo que quiere decir que el poder ahorrativo-

inversor de los consumidores afectados no es elevado, lo que complica más, si cabe, su problema.

**Segundo.-** Con carácter previo a la descripción de los hechos acaecidos en el tiempo judicial y que han dado lugar a la presentación de esta reclamación patrimonial, a continuación describiremos tanto la actividad realizada por las entidades Forum y Afinsa, como la actuación de la Administración Pública en relación con las mismas, entendiendo esta actuación no desde un punto de vista legislativo, sino desde un punto de vista de apoyo institucional.

1º.- Descripción de la actividad de Forum y Afinsa: Ambas sociedades, constituidas respectivamente en los años 1.979 y 1.980 bajo los nombres de FONDO FILATELICO FINANCIERO, S.A. (después sustituido por FORUM FILATELICO FINANCIERO, S.A. y más tarde por FORUM FILATELICO, S.A.) y AHORRO FILATELICO INTERNACIONAL, S.A. (después sustituido por AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.) , ejercieron su actividad desde la óptica de la captación de ahorro público mediante la suscripción de diversos tipos de contratos que fueron evolucionando en el tiempo pero que, como base, tenían su apoyatura en la compraventa de un lote de sellos que las propias entidades se comprometían a recomprar a un precio determinado y en un plazo establecido, todo ello con independencia del valor del subyacente que era el conjunto de sellos que a cada contrato concreto se adjudicaban. Con distintas variaciones, los contratos suscritos entre ambas empresas y los inversores venían a suponer, en unos casos, un plan de pensiones (abono filatélico en Forum o plan de ingresos complementarios en Afinsa), en otros casos un plan de ahorro (forum baby), en otros una inversión a plazo fijo (contratos de inversión financiera en Afinsa), etc. Esta actividad era realizada a través de una extensa red comercial que se sustentaba, por un lado, en los propios empleados de ambas Compañías, y por otro en los comerciales externos a comisión, todos los cuales dependían de una determinada sede abierta en múltiples localidades españolas, e incluso en el extranjero, llegando a ser su volumen de negocio muy elevado, sobre todo a partir de la publicación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 2.003 a la que nos referiremos en múltiples

ocasiones a lo largo de este escrito. La publicidad de estas entidades llegó a ser tal que incluso, en el caso de Forum, durante muchos años patrocinó en Valladolid un equipo de baloncesto que ha estado militando en la división de honor muchos años, y en Alicante un barco de gran eslora que participaba en múltiples regatas de gran calado. Quiere todo esto decir que la actividad de ambas sociedades era perfectamente conocida por el público en general, y por la Administración en particular, habiendo mantenido su funcionamiento ambas sociedades sin injerencias de esta última durante muchos años.

En cualquier caso y para mayor amplitud en la descripción de las actividades y el negocio de Forum y Afinsa, nos remitimos a los informes de los Administradores Concursales emitidos en los autos de los procedimientos concursales de citadas sociedades y cuyas copias ya obran en el expediente administrativo.

Se puede concluir diciendo que la actuación de estas empresas se concretaba en la utilización de un juego de contratos para tratar de disfrazar la verdadera naturaleza de sus actividades, y aunque eran negocios articulados a través de diversos contratos, constituían una única operación financiera. Los sellos no eran el objeto del negocio (no se llegaban ni a entregar en la mayoría de los casos); lo importante para determinar el beneficio de la operación resultaba del importe inicial y de la duración de la inversión.

2º.- En cuanto a la actuación de la Administración pública en este periodo, y salvo actuaciones puntuales, la misma ha dejado hacer a ambas sociedades sin inmiscuirse en sus actividades, realizando incluso actividades de reconocimiento público que no han hecho sino, con su publicidad, obtener un crecimiento exponencial en cuanto a su número de inversores. Ni obligó a estas empresas a registrarse conforme establecían los artículos 26 bis de la Ley del Mercado de Valores o 28.1 y disposición adicional 10ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ni siquiera les dio una cobertura legal adecuada ya que, a consecuencia de las múltiples quejas presentadas ante la CNMV y el Banco de España por, entre otros, ADICAE, y de las consultas habidas ante la Dirección General de Tributos que calificaba estas operaciones como productos de inversión, lo que hizo fue aprovechar la Ley de Instituciones de

Inversión Colectiva de 2.003 para tratar de dar salida, a través de la regulación en una disposición adicional, al negocio de la inversión en bienes tangibles, derogando después (en 2.005) el artículo 26 bis antes citado, norma que articulaba el principio de reserva legal a favor de las entidades financieras de ahorro al público.

Demostremos que a pesar de las múltiples advertencias que la Administración tuvo del carácter financiero, y por ende de la regulación que debían tener los contratos que estas empresas hacían firmar a los inversores, los mismos fueron excluidos de tal consideración, causando con ello un defecto de regulación que ha llevado a los afectados a perder todo su dinero, y ello con independencia de que los administradores de ambas sociedades fuesen unos delincuentes.

**Tercero.-** En fecha 21 de abril de 2006 la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción presentaba querrela ante el Juzgado Central de Instrucción Decano de la Audiencia Nacional frente a una serie de personas vinculadas a la mercantil “FORUM FILATELICO, S.A.”, por considerar que durante los últimos años había venido desarrollando un negocio defraudatorio de captación de ahorro masivo, presuntamente constitutivo de los delitos de estafa, blanqueo de capitales, insolvencia punible y administración desleal.

Especial importancia tiene la valoración que hacen los Fiscales en cuanto al marco normativo aplicable al sector: “Esta actividad queda **excluida** del ámbito de las actividades financieras y sujeta a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, bajo la rúbrica “Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes”, con un **amparo legal limitado** básicamente a la obligación para la entidad de someter sus cuentas anuales a auditoría y de informar de manera completa a sus clientes, especialmente de las garantías externas existentes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Y sigue diciendo la Fiscalía: “*Tales obligaciones se han mostrado insuficientes para la verdadera dimensión y naturaleza del negocio descrito, que por encima de su calculada formalidad debe*

*calificarse de «financiero» por la certeza de la revalorización pactada, cuya cuantía queda supeditada exclusivamente al tiempo de duración del contrato y a un porcentaje anual sobre el capital, con total independencia de las eventuales oscilaciones de valor de los sellos, contingencia que, en caso de resultar adversa, tendría nulo efecto sobre el cliente”.*

La querrela fue admitida a trámite por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional (Diligencias Previas nº 148/2006), y actualmente prosigue la fase instructora del procedimiento.

El mismo día 21 de abril de 2006 la Fiscalía Anticorrupción presentaba igualmente querrela frente a los responsables de la mercantil “AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.” por causas muy similares o prácticamente idénticas a las que daban lugar a la anterior, por lo que no serán reproducidas en aras de la economía procesal.

El proceso penal se conoce por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, diligencias previas nº 134/2006.

La Asociación que represento, en adelante ADICAE, se personó como acusación popular y particular en los procesos abiertos en la Audiencia Nacional y constituyó una Plataforma Estatal de Afectados que permitiera actuar de forma colectiva en defensa de sus intereses como ya lo había hecho con éxito en anteriores casos (Eurobank, AVA, Gescartera, Academias de Inglés, etc.). La finalidad de dicha Plataforma Estatal consistía en sentar las bases de las reivindicaciones colectivas y establecer los cauces para la consecución de una solución viable y satisfactoria para los consumidores y usuarios, inversores afectados por el entramado de empresas creado por Forum y Afinsa, habiendo mantenido en todo momento la tesis de la existencia de una responsabilidad del Estado.

Sin embargo, ya desde su mismo origen y, tal y como se viene constatando a medida que avanza la fase de instrucción, la vía penal se ha mostrado como claramente insuficiente para resarcir a los consumidores de las pérdidas ocasionadas por este monumental fraude, insuficiencia que deriva, por un lado, de la falta de inclusión

en el procedimiento penal de todos los responsables (por imposibilidad legal), y por otro, de la imposibilidad de analizar en dicho procedimiento la actividad de la Administración del Estado, lo que se pretende en este procedimiento.

Sobre la base mencionada y dado que el Estado permitió durante muchos años el desarrollo de la actividad de estas empresas, sin el especial control que por su naturaleza le era exigible tanto a nivel de la contratación, como de las propias empresas y sus estados contables, se deriva a nuestro juicio responsabilidad patrimonial del Estado, tal y como señalaremos a continuación.

La extensión económica y la alarma social generada por los fraudes podría haberse limitado en un porcentaje muy elevado de haber mediado una intervención diligente de las Administraciones Públicas. Al no adoptar estas medidas y, por lo tanto, producirse una inactividad de la Administración en este sentido, se generó un enorme agujero patrimonial que es el que impide la recuperación efectiva de sus ahorros a los afectados lo que viene a colisionar frontalmente con la previsión del art. 51 de la Constitución Española. Por ello es por lo que procede reclamar al Estado, entre otros motivos que luego veremos, su responsabilidad, separándola sin ninguna duda de la culpabilidad del fraude, el cual, en su caso, sólo será exigible a las empresas y sus responsables.

**Cuarto.-** Además de lo dicho, “FORUM FILATELICO. S.A.” y “AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.” se encuentran inmersas en sendos **procesos concursales** que se conocen por los Juzgados de lo Mercantil nº 7 y 6 de Madrid respectivamente.

Es de reseñar que en ambos casos se trata de concursos necesarios por haber sido instados por un acreedor y no por la propia concursada. Es necesario anticipar y precisar que la insolvencia de las mercantiles que motiva la declaración de concurso no deriva de la consecuencias que hubiesen podido tener las medidas cautelares adoptadas en el ámbito penal en la situación patrimonial de las empresas. La situación de insolvencia era muy anterior a la fecha de la declaración de concurso: los administradores sociales falseaban deliberadamente la contabilidad

para ocultar el déficit patrimonial existente (el cual no afloraba por el sistema piramidal implantado de forma que los vencimientos de los pagos solo podían ser atendidos en la medida en que eran captados nuevos inversores, captaciones que debían incrementarse en progresión geométrica para poder seguir atendiendo los pagos), las cuentas no reflejaban la imagen fiel del patrimonio, pues se dejaba de contabilizar los compromisos de recompra en el pasivo del balance y atribuían artificialmente la propiedad de los sellos a los clientes. Tanto es así, que en el procedimiento concursal de Afinsa se adoptaron medidas cautelares (Auto de fecha 13 de septiembre de 2.007) contra sus administradores en base a que se considera que el concurso podría ser declarado culpable en atención precisamente al incumplimiento de los administradores sociales de su obligación de solicitar la declaración de concurso por estar Afinsa en situación de insolvencia habida cuenta la deliberada ocultación de su déficit patrimonial por el falseamiento de su contabilidad.

En proceso concursal de “**FORUM**”, Concurso Ordinario nº 209/2006 la Administración Concursal presentó informe el pasado mes de Enero de 2.007 en el que llega a la conclusión, entre otras, de que estamos ante contratos suscritos por la entidad con sus clientes con un marcado carácter financiero. Además en dicho informe se concluye, cuando se habla de las causas por las que se ha llegado a la situación concursal en la que se encuentra Forum, situación concursal que, no olvidemos, nada tiene que ver con la comisión de los delitos por los administradores y representantes de la misma, pues ya esta empresa, tal y como pone de manifiesto o se deduce del informe concursal (al igual que pasa en Afinsa), se encontraba en situación de insolvencia antes de que se detectasen los delitos cometidos por aquellos, que la apariencia de situación de solvencia y rentabilidad, cuando ni una ni otra cosa realmente se estaban produciendo (lo que realmente permitió que el volumen de insolvencia haya adquirido las proporciones a las que llegó), se debía a la falta de dotación de provisiones para los compromisos de recompra adquiridos con los clientes, así como la falta de dotación de provisiones a los valores filatélicos existentes, defectos estos que, de estar encuadrada su actividad en la forma en como debió estarlo, se habrían puesto de manifiesto ante el organismo

regulador correspondiente y se hubiera evitado la situación en la que nos encontramos.

En el caso de “AFINSA”, la Administración Concursal presentó informe en el mes de abril de 2007 en que llega a las siguientes conclusiones, entre otras:

a) Durante el período considerado (tres últimos ejercicios contables) se produce un aumento significativo de la cifra de negocios, pasando de 245 millones de euros en el ejercicio 2003 a 696 millones de euros en el ejercicio 2005.

b) Estas asignaciones o inversiones acarrear para la empresa el compromiso de recompra en un período corto de tiempo con una revalorización entre el 6% y el 8 %. En consecuencia a medida que aumenta el negocio es necesario realizar inversiones que generen una rentabilidad suficiente para poder atender los compromisos de recompra con los clientes.

c) Si analizamos el destino dado a los fondos procedentes de los nuevos contratos vemos que el 44% (el 49% en el ejercicio 2005) se destina a atender los compromisos de recompra de los contratos que vencen, lo que supone que ya solo se dispone del 56% (el 51% en el ejercicio 2005) de los fondos para realizar inversiones o aplicaciones que generen rentabilidad.

d) Los activos filatélicos se asociaban a los contratos valorándolos al 100% de los precios de catálogos o, incluso, dependiendo del tipo de contrato, al 200%. Asimismo se esperaba que dichos valores filatélicos se actualizaran en torno a un 5, 7 o incluso un 10%. Para hacerse una idea, sobre el precio de compra de AFINSA, ésta había de conseguir una revalorización de al menos un 700 % sobre el valor de adquisición, para que el valor filatélico cumpliera con su papel de solvencia y garantía.

e) Las inversiones financieras realizadas se centraban fundamentalmente en empresas del grupo, inversiones que no

generaban rentabilidades significativas, sino que en un gran número de casos las empresas del grupo generaban pérdidas.

f) La conclusión a la que podemos llegar de los datos anteriores es que dado el destino que se estaba dando a los fondos captados de clientes, que en una mínima parte se destinaba a inversiones que pudieran generar rentabilidad, la única forma de mantener el negocio y de poder atender los compromisos con los clientes era a través de la captación de nuevos clientes.

g) Por último decir que la Administración concursal de AFINSA concluye que los contratos celebrados por esa entidad, una vez analizados en detalle, *“se revelan como negocios que sostienen verdaderas operaciones de imposición o depósito de dinero a plazo en AFINSA realizada por el mandante/inversor. El inversor, por lo tanto, tendría un derecho de crédito sobre las cuantías entregadas y debidas, pero carecería, en consecuencia, de cualquier derecho real sobre los lotes de valores filatélicos que, en ningún momento salieron de la propiedad de AFINSA y que constituían un simple elemento de referencia de valor para la configuración del importe que ella recibía como inversión del cliente y que, incrementado, se comprometía a devolver”*.

Este informe de la Administración Concursal de Afinsa se ha visto ratificado íntegramente por la **Sentencia del 3 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid** que desestima la impugnación de la mercantil intervenida del informe efectuado por la Administración Concursal, y que con independencia de su aplicación posterior en el apartado de fundamentos de derecho hemos de decir aquí, por un lado, que de los hechos probados declarados en la Sentencia es de reseñar lo siguiente:

1. Afinsa, desde 1980 hasta 2006, ha venido realizando captaciones de ahorro de cientos de miles de inversores.
2. A cambio del dinero entregado Afinsa remuneraba a los inversores con un porcentaje prefijado en concepto de retribución.

3. Los lotes filatélicos eran y son propiedad de Afinsa, siendo “adjudicados” como mero subyacente a los contratos sin que exista cambio de propietario.
4. Afinsa ni intermediaba en la venta a terceros de los lotes filatélicos, ni los adquiría para sí por cuenta de tercero.
5. La voluntad real de los inversores era la obtención de una remuneración a cambio de los ahorros cedidos temporalmente a Afinsa, careciendo los inversores de conocimientos filatélicos.
6. La calidad de los sellos era escasa, desde que eran adquiridos por Afinsa no salían nunca de su propiedad, ésta los compraba por un precio que oscilaba entre el 15% y 50% de su valor de catálogo, siendo “adjudicados” a los contratos de los inversores por el 100% de dicho valor, llegando a acumular 150 millones de sellos en 25 años.

Y por otro lado que sus conclusiones más destacadas determinan lo siguiente:

1. Las denominaciones contractuales no responden a su finalidad, nos encontramos ante una operación financiera semejante al depósito irregular, o imposición a plazo, remunerado de modo fijo, los contratos tienen carácter o naturaleza financiera.
2. La actividad en masa realizada por Afinsa debe calificarse como financiera: captaba, de modo masivo, el ahorro de cientos de miles de personas mediante contratos de depósito irregular a plazo y remunerado a plazo fijo, para aplicarlo a su propia actividad comercial, lo que suponía una actividad de financiación en masa.
3. Los lotes filatélicos adquiridos por Afinsa, estuvieran o no “adjudicados” a algún contrato, eran y son propiedad de Afinsa, y no de los clientes como pretendía ésta para justificar su rechazada petición de que los 190.000 clientes quedasen excluidos de la lista de acreedores. Los lotes filatélicos servían

de mero referente contractual para la determinación del importe de la inversión y su prefijada rentabilidad, no son el objeto del contrato.

4. La actividad desarrollada por Afinsa no se encuadra en lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva, por la razón de que Afinsa 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 esa en ningún momento su intención contractual ni el objeto de su actividad.
5. Habida cuenta el carácter financiero de los contratos, puede establecerse una expectativa de reintegración del IVA e impuesto de sociedades ingresados indebidamente por Afinsa en los ejercicios no prescritos y no pendientes de declaración (de 1998 a 2006 IVA por 85 millones de euros y de 1998 a 2004 sociedades por 70 millones de euros), se ordena a la Administración Concursal que incluya en su informe una contingente, ponderada, justificada y razonada inclusión de las expectativas referenciadas.

**Quinto.-** De la lectura de las conclusiones que hemos referido, conclusiones que, para lo que ahora se dirá y si bien se refieren a Afinsa por incluirse en su informe concursal, son perfectamente extrapolables a Forum por cuanto el funcionamiento de ambas empresas era idéntico, resaltan el sistema piramidal en la forma de desempeñar su negocio por ambas empresas.

Y es precisamente la falta de control de las dotaciones a provisiones a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, consentidas por falta de control de los organismos reguladores, las que han permitido el funcionamiento del sistema piramidal que hacía que, no controlando a las empresas sus dotaciones, estas pudiesen actuar como lo han hecho en el sentido de pagar a los desinversores con las inversiones de otros y no con la rentabilidad que pudiera haber obtenido el subyacente. Con la regulación correcta probablemente no se hubiera evitado la comisión de algunos de los delitos, pero sí que no se hubiera podido producir las pérdidas patrimoniales de los consumidores pues las empresas tendrían controladas y dotadas tanto sus provisiones para hacer frente a los compromisos contraídos con sus clientes (con lo que les podrían haber pagado sin problema), como las correspondientes a los valores de los sellos.

Lo pretendido en este procedimiento nada tiene que ver con lo que se pretende en los procedimientos penales y concursales abiertos: en aquellos lo que se persigue es depurar las responsabilidades penales por los presuntos delitos cometidos por los administradores, a título personal, de las empresas Forum y Afinsa; en estos la pretensión es la liquidación ordenada de los patrimonios de ambas sociedades. Lo que se pretende con la presente demanda es conseguir una declaración de responsabilidad del Estado por su inactividad, y, como veremos después, las distintas acciones no se excluyen.

**Sexto.-** Con fecha 8 de mayo de 2.007 se interpuso por mi representada reclamación previa por responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado ante el Consejo de Ministros, reclamación previa que no fue resuelta por dicho Consejo en el plazo establecido para ello, ni en su ampliación, y que ha dado lugar, a la vista de las normas administrativas establecidas para considerar desestimada por silencio una petición, a estimar resuelta en sentido negativo la misma, desestimación contra la que se interpone el presente recurso.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I.-** El Tribunal al que se dirige esta demanda es competente para el conocimiento de la misma por mor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1.998, teniendo asignada esa Sala el conocimiento del mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1.a) de la precitada Ley, y ello al ser un acto administrativo del Consejo de Ministros el impugnado (la resolución por silencio administrativo negativo de la reclamación previa interpuesta en su día ante dicho Consejo).

Por motivos de la sistemática seguida en esta demanda las razones por las que se reclamación administrativa se interpuso ante el Consejo de Ministros se contienen en el apartado D.- Hecho causante de estos fundamentos y en el Fundamento de Derecho VI, permítasenos hacer en este punto una remisión expresa a las mismas.

Debe considerarse a este respecto, sin perjuicio de ulterior mención, que al Consejo de Ministros, ex. Art. 87 de la Constitución que la iniciativa legislativa le corresponde, entre otros, al Gobierno. En el mismo sentido, determina el art. 88 de la Norma Fundamental que al Consejo de Ministros le corresponde la aprobación de los proyectos de ley, quien los someterá al Congreso, acompañados de una exposición

de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

En tal orden de cosas, asimismo, dispone el art. 86 de la Constitución que en casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos – Leyes, los cuales deberán ser sometidos inmediatamente para debate de totalidad y votación al Congreso de los Diputados, quien deberá pronunciarse en el improrrogable plazo de treinta días sobre la convalidación o derogación de los mismos.

La Ley ha venido posteriormente a desarrollar estos extremos, y, en tal sentido, valga, en este momento, simplemente invocar la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la cual, en su art. 5 determina como funciones del Consejo de Ministros, entre otras, a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado; h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan; j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado; k) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

**II.-** Está legitimado activamente mi representado para interponer el presente recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1.998, al estar la Asociación legalmente habilitada para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros) es miembro de la Comisión Permanente del Consejo de Consumidores y Usuarios de España y se encuentra inscrita en la actualidad en el Registro de Asociaciones de Consumidores con el número 5.

Es asimismo miembro de los Grupos de Trabajo de los “Servicios Financieros” de la Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores (DGSANCO), “Medios de Pago” de la Dirección General del Mercado Interior, y del Financial Services Consumer Group (FSCG), todos ellos de la Comisión Europea, así como de la Junta Consultiva de Seguros y el Observatorio de Medios de Pago Electrónicos.

A la vez, es miembro de “Consumers International” y del Comité Consultivo de la CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores) y es la única Asociación de Consumidores y Usuarios especializada en el consumo financiero reconocida por las Instituciones de Consumo españolas y europeas.

En tal condición, ostenta **capacidad jurídica** para interponer procesos en defensa de los consumidores y usuarios, sean o no sus asociados.

Y, a mayores de lo indicado, cabe decir igualmente que, ex. Art. 18 de la Ley Rituaria, la capacidad procesal está recogida en la norma con un amplísimo sentido que ha convalidado acrisolada jurisprudencia, reconociéndose la titularidad de ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, a los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas.

En este contexto, debemos contemplar la **legitimación activa** para reclamar en nombre de todos ellos la reparación de los perjuicios causados a los mismos como consecuencia de un hecho dañoso como el relatado anteriormente, en expresión de lo contenido en el art. 19 b) de la Ley Rituaria y el art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en interpretación del cual se ha pronunciado la STS de 20/09/05 de la Sala 3ª, Sección 6ª en su Fundamento de Derecho 4º cuyo ponente es el Ilmo. Magistrado Sr. Martínez-Vares García, Santiago, afirmando:

*“(...) se reconoció legitimación para litigar en el supuesto concreto integrando por vía interpretativa los artículos 18 y 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con el art.11 de la Ley*

*de Enjuiciamiento Civil (...) supletoriamente aplicable en el proceso contencioso administrativo. La Sentencia (de la Audiencia Provincial) se encuentra en la línea de protección de los consumidores y usuarios que inspira el art.51 de la Constitución y recogida por el art.7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reconoce la legitimación ante los Juzgados y Tribunales de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para la defensa y promoción de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y en particular la Ley General de Consumidores y Usuarios en el art.20.1.”*

*Continúa diciendo que “para comprobar la corrección de la tesis mantenida por la Sentencia basta examinar el contenido del art.11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus números 2 y 3 (.) Los preceptos transcritos no dejan lugar a duda en cuanto a la legitimación de las asociaciones recurrentes para interponer procesos en defensa de los consumidores y usuarios que no sean sus asociados y para reclamar en su nombre la reparación de los perjuicios causados a los mismos como consecuencia de un hecho dañoso. Esa posibilidad de las asociaciones de consumidores y usuarios de representar y defender en virtud de lo dispuesto por el art.20.1 de la Ley 26/1984 a sus asociados y ejercitar las correspondientes acciones en nombre de los mismos así como en defensa de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios fue puesta ya de relieve por esta Sala en la Sentencia de once de diciembre de mil novecientos noventa y uno con ocasión de la impugnación de determinados preceptos del Real Decreto núm.825/1990, de veintidós de junio, regulador del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones”.*

**III.-** Se han cumplido todos los plazos y trámites para la interposición del presente recurso conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y siguientes de la Ley Jurisdiccional de 1.998, debiendo seguirse el mismo a partir de ahora por los trámites establecidos en los artículos 52 y siguientes de la precitada Ley.

**IV.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción, la cuantía del procedimiento se cifra en indeterminada, pues lo que se solicita en el suplico de esta demanda es la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, y ello con independencia de las consecuencias económicas que se puedan derivar de dicha declaración.

No obstante lo anterior, confiando como lo hacemos en la íntegra estimación de la presente demanda, la cuantificación concreta de los daños y perjuicios que les hubieren sido irrogados a los afectados, deberá hacerse, tal como dejamos señalado, en el trámite propio de la ejecución de la sentencia.

**V.-** En cuanto al fondo del asunto, y teniendo en cuenta que la Administración no ha contestado a nuestro escrito de reclamación previa, no podemos sino ratificarnos íntegramente en el contenido del mismo, dándole por reproducido en este acto, si bien con la esquematización propia de una demanda contenciosa, por lo que a continuación procederemos a desarrollar en este esquema los argumentos esgrimidos en aquella reclamación.

En cualquier caso y para una mejor localización de los argumentos que se esgrimirán en la presente demanda, a continuación se especifica un **INDICE** comprensivo de los diferentes aspectos a tratar en este punto:

A.- Teoría general de la protección de los consumidores y usuarios (pág. 24).

B.- Teoría general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (pág. 26):

C.- Aplicación concreta al caso de Forum y Afinsa (pág. 29):

- C.1.-naturaleza jurídica de los contratos (pág. 29).
- C.2.-regulación jurídica (pág. 50).

- C.3.-consecuencias: inactividad y errónea regulación (pág. 58).

D.- Hecho causante (pág. 71).

E.- Daño causado (pág. 74).

F.- Relación de causalidad (pág. 75).

Como en cualquier otra reclamación patrimonial, en la que ahora nos encontramos lo que trataremos de demostrar es la existencia de la necesaria relación de causalidad entre el daño causado (la pérdida del ahorro o de la inversión por los afectados sin estar obligados a soportar dicha pérdida), y el funcionamiento de la Administración del Estado (defectuosa o nula regulación, o incluso no aplicación de la existente, a las actividades de carácter financiero desarrolladas por las entidades Forum y Afinsa). Para ello y con independencia de la fijación de los elementos generales tanto de la protección de los consumidores, como de toda teoría de responsabilidad patrimonial, trataremos de demostrar, por un lado, que la actividad desarrollada por dichas entidades era una actividad financiera, y por tanto regulada, y por otro lado las consecuencias de la no aplicación de la legislación obligatoria para dicho tipo de entidades.

### **A.- Teoría General de la protección de los Consumidores.**

Dada la naturaleza del problema planteado por la crisis las empresas Fórum Filatelico S.A. y Afinsa Bienes Tangibles S.A., que ha afectado en su inmensa mayoría a consumidores y usuarios (tal y como se definen en el art. 1.2 de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la defensa de los Consumidores y Usuarios), se hace imprescindible realizar una breve reseña acerca del principio constitucional de protección a los derechos de los consumidores y usuarios contenido en el art. 51.1 de la Constitución Española y, en particular, su aplicación concreta al ámbito del ahorro-inversión.

Esta preocupación por la protección al consumidor fue planteada ya desde los años setenta desde importantes organismos internacionales. En este contexto se promulgó la Constitución Española en 1978 cuyo artículo 51 hace expresa mención a los derechos del consumidor y la protección de su seguridad, salud y legítimos intereses económicos, situando, en su apartado 1º a los poderes públicos, como garantes de la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces.

Ubicado dentro del Capítulo III de nuestro texto constitucional, este precepto se ve como un principio rector de la política económica y social que ha de “*garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos*”. Este contenido debe relacionarse con el artículo 53.3 que dice así: “*El reconocimiento, respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”. El carácter informador del derecho de protección a los consumidores, como en general todos los principios rectores del Capítulo III en que se inserta el artículo 51, tiene naturaleza jurídica y participa de la propia fuerza de las normas constitucionales, como reconoce la doctrina (PRIETO SANCHIS, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, página 98. PEINADO GRACIA, *El derecho de protección a los consumidores*, en *Comentarios a la Constitución Socio Económica*, Granada, 2002, página 1878.). El propio Tribunal Constitucional en STC 14/1992 de 10/2/1992, BOE número 54, reconoce que el legislador no puede “*contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios*”. Tales principios (en referencia al art. 51.1) “*enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la CE (STC 19/1982, FJ 6)*”.

La protección del consumidor, así como la vertebración de procedimientos eficaces que desde los poderes públicos defiendan la seguridad, salud e intereses económicos de estos, se ha convertido así, en una nueva manifestación de la evolución social del Derecho, que obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley (artículo 14 Constitución) para tratar de proteger a la parte más débil frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona.

Esta protección del consumidor ha de tenerse en cuenta con carácter general como principio informador tanto en las tareas legislativas y judiciales, como en los diversos sectores de la actuación administrativa.

Esta tesis aquí planteada trasladada, como no podía ser de otro modo, el principio recogido en el artículo 51 de la Constitución a los ámbitos de contratación en los que interviene el consumidor. Nos referiremos, en particular, y entrando de lleno en el objeto de la presente reclamación, al ámbito de las inversiones. En este sentido son muy interesantes las apreciaciones que efectuó el profesor Bercovitz respecto de la protección al consumidor en el ámbito de los mercados de valores ya en el año de 1.987: *“No puede extrañar, por tanto, que se considere que también el inversor cabe bajo el ámbito de la protección del consumidor llegando a afirmarse en este sentido que el verdadero problema es hoy el de la tutela del consumidor en el mercado de valores, o sea la tutela del ahorrador, en el que se identifica en sustancia el consumidor”* (BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, La protección Jurídica del inversor en valores mobiliarios, en Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores. Madrid, 1987, página 303).

La práctica del mercado así lo ha demostrado y hoy día se ha pasado, como elemento configurador de nuestro mercado de valores, del “título valor” a la noción de “instrumento financiero”, tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores en 1998. Esto ha permitido que se regulen y controlen formas de contratación y agentes operadores que comercializan entre el público contratos, a título ejemplificativo, de opciones, futuros, sobre índices, valores, materias primas, etc, y con los cuales los contratos de Forum y Afinsa guardan una notable similitud que, de conformidad a lo expuesto y en aplicación del “principio informador de protección al consumidor”, no fueron apreciados o no se supo alertar eficazmente de ello tanto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores como por el Banco de España, el Ministerio de Economía y nuestro Legislador, en una alarmante falta de vigilancia, agravada por las denuncias de ADICAE a todas las autoridades en 2002, reiteradas al Ministerio de Economía de 2005 y las continuas quiebras de estas empresas.

Por último añadir que la falta de intervención de la Administración Pública en la regulación de este sector, no puede basarse en un respeto al cumplimiento del artículo 38 de la Constitución, que consagra el principio de libertad de empresa. Y ello porque, según recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1997 el sistema económico del mercado no puede suponer la falta de toda protección jurídica para los que en él operan. Y en particular porque, precisamente, el artículo 51 contiene un principio informador económico, corrector de la función reguladora del mercado y condicionante de la libertad de empresa.

### **B.- Teoría general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.**

Con carácter previo hay que manifestar que la inmensa mayoría de los supuestos de lesión determinante de responsabilidad son causados por la actividad o inactividad de las Administraciones Públicas, dada la mayor inmediatez de ésta sobre los ciudadanos y la mayor amplitud de sus funciones.

Desde esta perspectiva, la **Constitución Española**, en su artículo 9.3, proclama, como principio general, el de la responsabilidad de los poderes públicos, principio que concreta en el artículo 106.2 por lo que se refiere a la derivada del funcionamiento de los servicios públicos.

El Estado tiene la competencia exclusiva para establecer el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18º) y, en relación al asunto que nos compete, tiene competencia exclusiva tanto sobre el sistema monetario, como sobre las bases de ordenación del crédito, banca y seguros (art.149.1.11º).

El régimen legal que desarrolla nuestra Constitución en materia de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos está constituido por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en el último de sus capítulos contiene una extensa regulación del sistema de responsabilidad de las Administraciones

Públicas, de conformidad con los artículos 106 y 149.1.18 de la Constitución que configuran el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La citada ley consagra una responsabilidad objetiva al establecer que los particulares tienen derecho a ser indemnizados (...) de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluidos, desde luego, los supuestos de fuerza mayor, y que se trate de un daño efectivo y evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Además de regular las bases para calcular la indemnización que pueda corresponder, y de advertir que solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar, la ley establece el procedimiento a seguir para exigir la responsabilidad del Estado.

Nuestro sistema configura una **responsabilidad del Estado directa** (en contraposición a la subsidiariedad) y **objetiva** (dejando de lado la idea de culpa).

Según la STS de 25/2/1998, Sala 3ª sección 6ª, recurso 4461/1992 en la que actuó como ponente el Ilmo. Magistrado Sr. González Rivas, Juan José, la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial *“impone que no solo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos (...)”*

*“(...) Debe pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber*

*alguno del perjudicado de soportar el menoscabo, y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”.*

Así pues los requisitos que deben concurrir para que la responsabilidad patrimonial sea apreciada son los siguientes:

1.- Realidad y efectividad del daño, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o a un grupo de personas.  
1

2.- El daño ha de ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

3.- Ha de apreciarse la existencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido.

4.- Que el particular reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

5.- Que el daño o perjuicio no se haya producido por fuerza mayor.

Pues bien, aplicada dicha teoría general y criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa, comprobaremos que se cumplen todos y cada uno de los requisitos aludidos para considerar que existe responsabilidad del Estado Administrador o de la Administración General del Estado.

### **C.- Aplicación concreta de dicha teoría general al caso concreto que nos ocupa en FORUM y AFINSA:**

Lo que se pretende acreditar a continuación es tanto el carácter financiero de la actividad de Forum y Afinsa, como las consecuencias de este carácter en relación por un lado, a la no aplicación de la regulación existente hasta el 2.003, por otro lado a la inexistencia de regulación específica si no se consideraban financieros, así como a la no supervisión y control adecuados por la Administración pública y a la posterior y errónea actuación reguladora, lo que, en definitiva, supone la ausencia de procedimientos eficaces que protejan y

garanticen los legítimos intereses económicos de los consumidores, ex. Art. 51 de la Norma Fundamental.

C.1.- Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por dichas entidades con sus inversores: contratos financieros.

Tanto la CNMV como el Banco de España, en los informes que obran en el expediente administrativo, hacen referencia a que es la jurisdicción civil la que debe analizar y establecer la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de Forum y Afinsa. Pues bien, la Sentencia del Juzgado lo Mercantil nº 6 de Madrid recaída en el incidente concursal 610/07 ha establecido la naturaleza financiera de los contratos y de la actividad desarrollada por Afinsa, y sin necesidad de declarar la simulación relativa de los contratos. Sentencia que no ha sido recurrida por la Abogacía del Estado en representación de la Agencia Tributaria (habiéndose opuesto ésta en la vista del citado incidente a la pretensión de Afinsa de que se declarase la naturaleza mercantil de los contratos y de que la actividad de Afinsa se enmarcaba en lo dispuesto en la disposición adicional 4ª de la LIIC). Más adelante se reproducirá y analizará esta importante resolución judicial.

A continuación se muestra como resulta indudable y probado el carácter financiero de los contratos celebrados por Forum y Afinsa con los ahorradores-inversores, de tal forma que una adecuada regulación y control de la actividad de estas compañías acorde a la naturaleza real de su actividad y contratos hubiese evitado la generación de enormes daños a más de 400.000 usuarios, dando efectivo cumplimiento al art. 51 de nuestra Constitución.

El modelo de contratación que seguían FORUM y AFINSA, ya mucho antes del año 2003, contenía un compromiso de revalorización fijo. Lo que se comercializaba eran productos financieros de ahorro a pesar de que el contrato reflejara una compraventa de sellos tal y como han puesto de manifiesto el informe de los administradores concursales, las querellas de la Fiscalía en los procedimientos penales, las sentencias dictadas en los incidentes concursales tanto de Forum como de Afinsa, etc.

No se puede entender bajo ningún concepto que se estuviera ante un contrato de compraventa de sellos aisladamente considerado del compromiso de revalorización cierta y futura que se prevé expresamente en los propios contratos. Y ello porque los contratos que articulaban Fórum Filatélico S.A. y Afinsa Bienes Tangibles S.A. no tenían como causa del contrato la compraventa de sellos sino la obtención de una rentabilidad que se materializaba en forma de un “pacto de recompra con compromiso de revalorización”. Téóricamente el contrato alude a una hipotética venta de sellos que, gracias a la revalorización de éstos, se vendería a otro particular. Las querellas de los Fiscales en ambos procedimientos penales y los informes de los administradores concursales, ponen de manifiesto lo irreal de esta operativa. Los sellos en la realidad no se comportaban como un valor subyacente porque ni tenían mercado ni era el tráfico de los mismos el que generaba ninguna ganancia o pérdida y, en consecuencia, ninguna revalorización para los clientes.

Prueba de la nula incidencia de un supuesto mercado en el valor de los subyacentes en el caso de los sellos y otros bienes tangibles, lo constituye la ya aprobada ley sobre regulación de los bienes tangibles (que se analizará en profundidad más adelante) y que expresamente reconoce que los bienes carecen de valor de mercado, con lo que no tiene sentido propugnar una regulación de esta actividad como bienes de consumo comercializados mediante compraventa. Pero es que, a mayor abundamiento, en el caso concreto que nos ocupa tanto como Forum como Afinsa elaboraban sus propios catálogos de sellos, lo que, evidentemente, suponía una quiebra de la confianza de los inversores, por lo que intentaron estas entidades, en algún momento, incluso adquirir catálogos independientes, lo que en ningún caso dotaba de valor de mercado al sello.

Esa expectativa de ahorro y el compromiso de revalorización fija, predeterminada y garantizada, convertía en absolutamente indiferente la existencia de un valor de mercado del sello y sus posibles fluctuaciones. Incluso también la propia existencia del mercado era irrelevante para el cliente, que ya sabía que tenía garantizada según contrato (que no es lo mismo que según mercado) una revalorización. De nuevo los informes de los Administradores Concursales y de la

Fiscalía, entre otros, sirven para afianzar esta tesis, por otro lado, ya evidente.

Por tanto, el hecho de que el sello careciera de relevancia económica y cuya adquisición no pueda en ningún caso erigirse en causa ni objeto de un contrato de compraventa, nos conduce inexorablemente a entender que el compromiso de revalorización constituye la verdadera y única causa de la contratación, con lo que estaríamos ante la misma teoría aplicable a los productos de ahorro-inversión en el mundo financiero. El sello actuaba únicamente como un subyacente simulado precisamente para rehuir la aplicación de cualquier tipo de control o normativa financiera. No obstante esta burda práctica no debe ocultar que era el propio sello el que ya llevaba implícita, gracias al contrato y porque así se lo asignaban las empresas, la revalorización que se le garantizaba al cliente. Realmente daba igual cual fuera el subyacente en esta operativa, porque lo relevante era la revalorización cierta que se garantizaba a los clientes. No cabe por tanto calificar como contrato de compraventa una operativa en la que las empresas oferentes corrían con el riesgo de la revalorización.

A su vez la apreciación de esta modalidad de contratación financiera, apenas oculta tras la compraventa que reflejaban los contratos, exige un modelo interno contable de las empresas adecuado y ajustado a la realidad del contrato. Ello conlleva que las operaciones no tengan que ser contabilizadas como compraventa sino como préstamos, precisamente por el interés fijo ofrecido a los clientes. En este sentido se pronuncia el informe de la Agencia Tributaria que a continuación se reseñará.

De esta naturaleza financiera dan confirmación, además de la tesis expuesta, diversos y múltiples documentos:

**a) Informe de la Inspección de la Agencia Tributaria**, de fecha 10 de junio de 2.005, cuyas principales conclusiones se exponen en las querellas presentadas por la Fiscalía contra Forum Filatélico y Afinsa Bienes Tangibles.

En dicho informe se puede leer textualmente lo siguiente: “...de todo lo expuesto anteriormente se puede extraer, como conclusión, que la

relación de Forum Filatélico con sus clientes no contiene, como finalmente se expresa, un contrato de compraventa de sellos con pacto de recompra obligatorio para la empresa y opcional para el cliente, sino que, en realidad, se trata de un contrato de préstamo con una garantía, lo sellos, muy insuficiente.” Aclarar que cuando la AEAT se refiere a “contrato de préstamo” lo hace en relación con la contabilidad interna de Forum y Afinsa, considerándola como una operación de pasivo, con el necesario reflejo contable y, precisamente, con el necesario control y supervisión de acuerdo con la normativa bancaria.

**b)** Además la naturaleza financiera de la actividad de las empresas exigía, como sucede en Bancos y entidades de crédito, que la contabilización de los contratos con compromiso de revalorización debía realizarse como si de un préstamo se tratara. Esto significa que la naturaleza financiera de la actividad tiene como mínimo una doble implicación: por un lado en la propia naturaleza de la contratación con los clientes (implicación externa-transparencia) y por otro, una implicación interna en lo que se refiere a la contabilidad de estas empresas.

Las propias **querellas** citadas dan muestra de la verdadera naturaleza financiera que caracteriza la actividad de Forum y Afinsa. Así, la Fiscalía señalaba en su querrella presentada contra Forum (y en términos similares se manifestaba el Fiscal en la querrella de Afinsa) lo siguiente: *“La relación financiera de FORUM FILATÉLICO con sus clientes no es otra que la de un préstamo y esta calificación tiene efectos decisivos sobre la verdadera situación económico-contable de la empresa, cuyos responsables no pueden ignorar tal realidad al momento de formular los correspondientes estados contables. Las ventas de sellos se convierten en auténticos «préstamos» de los clientes y lo que eran compras internas o recompras, se convierten en «devoluciones de préstamos», así como en «gastos financieros» derivados de las rentabilidades garantizadas al cliente. Esto determina que la empresa deje de tener ingresos reales por su actividad habitual y que prácticamente todos los gastos, salvo las compras internas en la parte que constituyen devoluciones de préstamos, se conviertan en pérdidas. La particular lógica económica del negocio sólo se sostiene si se mantiene la captación de nuevos*

*clientes, cuyos desembolsos permitan cubrir las devoluciones de otros (...)*”.

c) También se ha pronunciado sobre la evidente naturaleza financiera de la actividad de estas empresas el **Instituto de Contabilidad y Auditoría Contable (ICAC)** en la **Consulta nº 7 publicada en el BOICAC, número 6, de julio de 1991**, que *“la adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional debe considerarse como un auténtico «préstamo» del cliente al vendedor -la entidad- y, cualquiera que sea la forma jurídica que revista la operación, el fondo económico debe prevalecer siempre a los efectos de respetar el principio de imagen fiel del patrimonio, por lo que estas operaciones debieron contabilizarse como tales préstamos”*.

d) Asimismo la naturaleza de ahorro-inversión de los contratos ha sido también reconocida en el ámbito fiscal-tributario. En este sentido la **Dirección General de Tributos**, en la **Consulta 1923/2004, de 21 de octubre**, en respuesta a un inversor de “AFINSA”, se refería a la actividad de la forma siguiente: *“La inversión en dicho producto ha de realizarse a partir de un importe mínimo necesario y tiene una duración predeterminada y una rentabilidad fija igualmente cuantificada en el momento inicial de la inversión... Aun cuando la inversión se estructura mediante dos contratos que implican la compra y la venta de valores filatélicos, sin embargo es preciso destacar que la cuantía del resultado económico no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos concretos que actúan como subyacente del producto contratado, ya que no se verá alterado como consecuencia de la fluctuación que tuvieran en el mercado los precios de dichos bienes. En este sentido hay que señalar que, tal como se configura la inversión, la posterior evolución del valor de los activos tangibles asignados no se traducirá en ningún caso en la obtención de un menor beneficio distinto del previsto al inicio, ni en la posibilidad de una pérdida para el consultante, sino que en cualquier caso se percibirá una cantidad mínima prefijada, no asumiendo el inversor el riesgo o incertidumbre propios o inherentes de las variaciones de valor que pudieran derivarse de la adquisición y posterior enajenación de un determinado bien tangible (...) Por tanto, se trata de un producto de inversión que no puede desglosarse en operaciones aisladas e independientes, sino que, por el contrario,*

*constituye una única operación financiera que, a efectos tributarios debe ser considerada en su conjunto.”* concluyendo que los rendimientos obtenidos han de ser considerados como rendimientos de capital mobiliario.

En el mismo sentido, se pronuncian las consultas de fecha 23 de septiembre del 2005, y de 17 de enero de 2007.

e) Coincidiendo nuevamente con las tesis señaladas, en fecha 12/12/2006 el **Defensor del Pueblo** D. Enrique Múgica presentó una importantísima **Recomendación a la Secretaría de Estado de Economía.**

Dicha Institución define la inversión en bienes tangibles como *“auténtico producto financiero”*, para lo cual afirma que *“basta con acudir a la configuración de los contratos que han ofertado las Sociedades de Inversión Filatélica...”*

*Una vez establecida la finalidad, y por lo tanto, la naturaleza del contrato, entramos en la obligación de los poderes públicos de garantizar, de forma real y efectiva, y no meramente nominal, los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, la calificación como bienes tutelables por las autoridades de consumo, deviene, inicialmente, inadecuada por las características del contrato, con independencia de los bienes que garantizan la rentabilidad de la inversión. Esta es la primera de las razones por las que se cuestiona la efectiva actuación de los poderes públicos en defensa de los derechos de los afectados”.*

El Defensor del Pueblo critica en su Recomendación lo que él califica como *“idoneidad”* de la regulación contenida en la Ley 35/2003, pero sin que ello descargue de responsabilidad del poder público encargado de desarrollar dicha norma.

Así, dice que *“al margen de la consideración que pueda merecer la técnica legislativa, con estos antecedentes parece que lo más lógico hubiera sido abordar la cuestión, bien incorporando un régimen específico dentro de la propia Ley 35/2003, o bien, si se excluían de ésta, haber dictado, inmediatamente, un desarrollo reglamentario*

*suficiente que cubriera un régimen completo de control de dichas sociedades inversoras, en particular considerando que desde 1994 los poderes públicos, en concreto la Agencia Tributaria, eran conscientes de la problemática que planteaban ya dichas sociedades, lo que anticipaba los posibles perjuicios a los ciudadanos. Sin embargo, se deja al margen del control legal de las autoridades financieras, estableciendo una regulación tan exigua y parcial que no recoge más que un mínimo mecanismo de información y un régimen sancionador que no se desarrolla con posterioridad.*

*La Recomendación sigue diciendo que “la propia calificación tributaria de los beneficios obtenidos por este tipo de inversiones, coincide plenamente con los beneficios que se recogen de inversiones financieras convencionales, y así, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tienen tratamiento de rendimientos de capital mobiliario, tal y como han sido calificados por la Dirección General de Tributos, asimilándolos así a las inversiones realizadas, por ejemplo, en cuentas corrientes o de ahorro en entidades de crédito”.*

En los párrafos siguientes, la Recomendación del Defensor del Pueblo pone especial énfasis en la falta de desarrollo reglamentario de la D.A. 4ª de la Ley 35/2003, lo que a su entender provoca que las sociedades encargadas de comercializar los denominados bienes tangibles (“FORUM” y “AFINSA” entre ellas) se vean sustraídas de “la protección que se dispensa a las instituciones de inversión colectiva y similares, por lo que quedan, a falta de desarrollo reglamentario, en una especie de limbo jurídico, alejadas de la finalidad que orienta la inversión, y desprotegidas en un mercado excepcionalmente técnico y alejado de los conceptos habituales de inversión”.

*“(…) De todo lo antedicho se deduce que la existencia de un mero régimen general que esboza infracciones y sanciones no crea las garantías y la protección necesaria para los ciudadanos que acuden a estas ofertas de inversión, por lo que los poderes públicos tienen la obligación de promover y establecer las condiciones necesarias para que dicha concurrencia se produzca con respeto a sus derechos y en las mismas bases de seguridad económica de las que disponen otros productos de ahorro”.*

De conformidad a los motivos expuestos, la Recomendación del Defensor del Pueblo es *“que se adopten las medidas oportunas para dotar de un régimen jurídico adecuado a las sociedades de inversión en bienes tangibles. También se recomienda la búsqueda de alguna solución para los actuales afectados por la intervención de las Sociedades de Inversión en Bienes Tangibles, teniendo en cuenta que la inactividad de los poderes públicos de control frente a un problema que conocía ha incrementado los efectos económicos negativos de las irregularidades cometidas por las sociedades, pues el conocimiento de dichas irregularidades hubiera disuadido a muchos inversores de depositar sus ahorros en ellas, reduciendo la extensión del daño”*.

f) Destacando la deficiencia de la regulación (la Disposición Adicional Cuarta de la LIIC) el **Ministerio Fiscal**, en escrito de 31/01/2007 en el procedimiento penal seguido contra Afinsa ante el Juzgado Central de Instrucción Uno de la Audiencia Nacional considera que hubo engaño en la comercialización de unos sellos sin el valor que “AFINSA” le atribuía, *“... en ocasiones sin valor alguno, en revalorizaciones inexistentes y en la ocultación del estado de insolvencia de la compañía. A ello se añade, desde su entrada en vigor, el incumplimiento de las obligaciones de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC). Tales obligaciones se han mostrado insuficientes para la verdadera dimensión y naturaleza del negocio descrito que, por encima de su calculada formalidad, debe calificarse de ‘financiero’ por la certeza de la revalorización pactada, cuya cuantía queda supeditada exclusivamente al tiempo de duración del contrato y a un porcentaje anual sobre el capital, con total independencia de las eventuales oscilaciones de valor de los sellos, contingencia que, en caso de resultar adversa, tendría nulo efecto sobre el cliente”*.

La Fiscalía afirma en dicho escrito que *“los clientes eran desconocedores del verdadero valor del sello y contrataban en la creencia de que estaban invirtiendo, no comprando”*.

g) A resultas de una denuncia de un particular ante el Tribunal de Cuentas contra Afinsa en el año 2001, **la Fiscalía General del Estado**

había emitido, el día 13/11/2001 un escrito en el que aseguraba que “AFINSA está desarrollando de manera encubierta actividades de intermediación financiera sin la debida autorización”.

Ya sólo con esta denuncia realizada por un particular y por el escrito realizado por la Fiscalía General del Estado en el que se declara que Afinsa está realizando actividades de intermediación financiera sin autorización, puede inferirse la responsabilidad del Estado que aquí reclamamos, y en concreto de los organismos reguladores de los mercados financieros, por no haber investigado sobre la aplicación de los mecanismos de control de los mercados financieros a este tipo de empresas.

El informe del Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado indicaba que *“estos hechos deben ser examinados por los organismos competentes del Ministerio de Hacienda, a los efectos de comprobar si dicha sociedad (AFINSA) se halla debidamente autorizada para el desarrollo de estas operaciones (...) Si dichas operaciones buscan ocultar rendimientos a la Agencia Tributaria, corresponde a la misma verificar la oportuna inspección y deducir la eventual responsabilidad tributaria”*.

En el subsiguiente expediente abierto en la Subsecretaría de Economía obra, entre otros, el siguiente informe: *“El 18 de enero de 2002, el Banco de España señalaba que "de entenderse que la operativa [de Afinsa] está sujeta a supervisión, lo sería en el marco de las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, y que de no considerarse la actividad descrita como sujeta a competencias de la CNMV, la autoridad competente para requerir información o inspeccionar Afinsa sería el Ministerio de Economía el cual podría ejercer tales competencias por sí o a través del Banco de España". Y añadía que "salvo que por ese ministerio se disponga el ejercicio de esta última facultad, entendemos que no procede efectuar actuación alguna por parte del Banco de España"*.

**h) El informe de los Administradores Concursales de “FORUM”**, al que ya se han hecho algunas referencias en este escrito, analiza en profundidad tanto la naturaleza jurídica de los contratos que dicha empresa suscribía con sus clientes como la operativa fraudulenta y

engañoso en que se basaba. Nuevamente se aprecia la calificación de la actividad como financiera.

El informe constata que el inversor no era un coleccionista que estuviera interesado en los sellos sino en su valor, en cuanto que éste determinaría el beneficio de su inversión. Según la Administración Concursal, uno de los principales motivos de éxito de “FORUM” era la garantía de obtener un rendimiento económico algo superior al de otros productos de inversión ofrecidos en el campo financiero.

Esta conclusión de la actividad como financiera es ratificada de nuevo por los Administradores Concursales de Forum cuando, después de haberse resuelto todos y cada uno de los incidentes concursales presentados contra su informe inicial, en su Plan de Liquidación, pendiente aún de aprobar por el Juzgado, explican la pendencia de una acción de reintegración contra la hacienda Tributaria por ingresos de IVA indebidos puesto que los contratos debían de calificarse como financieros y no de compraventa.

**i) En el informe de los Administradores Concursales de “AFINSA”, y en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos, literalmente se dice: “La actividad social de AFINSA consistía en la compra y venta de sellos con compromiso de recompra, instrumentada a través de varios tipos contractuales, que son analizados pormenorizadamente en el informe emitido sobre la naturaleza jurídica de los mismos por los catedráticos Dña Carmen Alonso Ledesma y D Adolfo Sequeira Martín (...).**

*En el citado informe se recoge que la actividad desarrollada por Afinsa no se corresponde con la contemplada en la Ley 35/2003 de 4 de Noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva (Disposición Adicional cuarta) consistente "en la realización de mandatos de compra y de venta de bienes u otro concepto que permita instrumentar una actividad análoga, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del cliente, entregando a éste, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada", porque la actividad que realiza AFINSA mediante la*

*instrumentalización de sus valores filatélicos se lleva a cabo en un mercado cerrado sin libre formación de precios, que hace inviable el funcionamiento de todos los contratos que suscribe con sus clientes conforme a la apariencia con la que se presentan en los documentos.*

*Dichos contratos una vez analizados en detalle se revelan como negocios que sostienen verdaderas operaciones de **imposición o depósito de dinero a plazo en AFINSA** realizada por el mandante/inversor. **El inversor, por lo tanto, tendría un derecho de crédito** sobre las cuantías entregadas y debidas, pero **carecería, en consecuencia, de cualquier derecho real** sobre los lotes de valores filatélicos que, en ningún momento salieron de la propiedad de AFINSA y que constituían un simple elemento de referencia de valor para la configuración del importe que ella recibía como inversión del cliente y que, incrementado, se comprometía a devolver.*

*A esta Administración concursal no le consta que se cumplieran, tampoco, con todos los requisitos formales establecidos en dicha Disposición Adicional. En especial, no consta que se le explicara al cliente cuál fuera la legislación aplicable, o la formación de los denominados precios de baremo que utilizaba Afinsa basándose, en precios de los catálogos que ella sola escogía, como no consta tampoco que se le comunicara la existencia o no de garantías externas que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones o el precio mínimo que garantizaba el mercado. Es más, no consta a esta Administración concursal, que llegara a justificarse por la concursada, de una manera racional, cuál es la explicación o la base de esas revalorizaciones de la filatelia que pretendían dar solvencia al contrato, y, especialmente ante la gran variedad de filatelia de muy distinto tipo de procedencia, año y calidad como podía al fin revalorizarse en al menos cifras tan objetivas como el 5, el 7 o el 10% de su supuesto valor.”*

**j) El informe realizado a petición de la Administración Concursal de “AFINSA” de los Catedráticos de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid D. Adolfo Sequeira Martín y Dña. Carmen Alonso Ledesma, de marzo de 2007, también reconoce la inadecuación de la Disposición Adicional 4ª a la naturaleza de la actividad que pretendía regular, incurriendo en un**

error ya que concluye que *“la actividad real desarrollada por AFINSA, ni antes ni después de la promulgación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, se corresponde con la que se contempla en la Disposición Adicional 4ª de dicha Ley, (con independencia de que tampoco se cumpliera con las obligaciones de información precontractual y de claridad en la redacción del clausulado contractual que en dicha norma se le asigna), asemejándose más a la que sería propia de una intermediación financiera de captación de recursos dinerarios mediante aportaciones pasivas remuneradas, esencialmente, con el dinero obtenido a través de ellas.”* Sigue diciendo el informe que *“lo realmente querido es un negocio con causa financiera,.... El negocio que subyace bajo la estructura formal con que se presentan las diversas modalidades contractuales mediante las que AFINSA opera en el mercado se asemeja a las operaciones de captación de fondos reembolsables al público que son propias de las entidades financieras,.....”*

Del mismo modo, concluye que *“una primera aproximación a la calificación jurídica del negocio celebrado podría hacer pensar (...) que se está efectivamente ante una operación (...) semejante a otras operaciones financieras especulativas que se efectúan tomando como soporte dos compraventas distintas de signo contrario, como sucede en el caso de las operaciones bursátiles conocidas como dobles o repos. Podría sostenerse que los contratos celebrados por AFINSA (...) no son sino operaciones de obtención y colocación de recursos financieros.”* Por último, concluyen que *“los contratos usados por AFINSA presentan una naturaleza jurídica semejante a la que sería propia de un depósito a plazo fijo, aunque con diferencias en cuanto a las formas de entrega y devolución de dinero”*.

**k) Carta** de fecha 7 de mayo de 2.004 **de Don Emilio Ballester**, a la sazón Director Económico Financiero Corporativo de AFINSA, en la que comunicaba a Don Juan Antonio Cano la caótica situación contable de la empresa, la falta de beneficio, así como las consecuencias económicas y financieras de la actividad, y de la que se deduce, tras una atenta lectura, que la propia AFINSA era conocedora de los “malabarismos financieros” que tenía que realizar para que le cuadraran unas cuentas que realizaba bajo unos parámetros de

compraventa de sellos (operación comercial), y que en realidad encubrían operaciones financieras puras y duras.

**l)** El informe de la asesoría **Clifford-Chance**, que resulta de las diligencias previas del procedimiento penal de Fórum, realizado por D. Jaime Zurita y Saez de Navarrete, y D. Jaime de San Román, de fecha 22 de febrero de 1999 y titulado “INCIDENCIA DE LA REFORMA DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES SOBRE LA ACTIVIDAD DE FORUM FILATÉLICO S.A.”, emitido a petición de Forum Filatélico, S.A., destaca que “... *la actividad de FORUM excede de lo que tradicionalmente se entiende por negocio filatélico. En efecto, el objetivo de quienes adquieren de FORUM y le enajenan los citados valores filatélicos no es el coleccionismo (...) sino la simple inversión (...) resulta evidente que la adquisición de sellos no es la finalidad primordial perseguida por los clientes, convirtiéndose el sello en mero instrumento de una finalidad diferente: la inversión*”. Junto a múltiples consideraciones sobre el carácter financiero de la actividad analizada, el informe concluye que “*Como conclusión, cabe entender que FORUM realiza la captación de fondos reembolsables del público sin someterse a la normativa de ordenación y disciplina del Mercado de Valores y en forma análoga a la cesión temporal de activos financieros. En consecuencia, podría considerarse sometida su actividad a la reserva a favor de las entidades de crédito que establece el art. 28 LDIEC.*”.

La nota complementaria emitida al Informe anterior concluye de forma añadida que la causa verdadera de los contratos suscritos por Forum no es la compraventa de sellos, sino la obtención por el cliente de un rendimiento financiero respecto de los ahorros confiados en FORUM. Si bien esta causa no es ilícita, es una actividad reservada a las entidades de crédito.

**m)** En el borrador de informe de **Ernst&Young** de fecha 15 de febrero de 1999, que resulta también de las Diligencias previas del procedimiento penal de Fórum, relativo a la sujeción o no a la Ley del Mercado de Valores de la actividad desarrollada por la sociedad FORUM FILATÉLICO S.A., se concluye que “*los contratos típicos a través de los cuales la sociedad desarrolla su actividad, aunque giran en torno a un subyacente no financiero, presentan notas propias de la*

*captación de fondos reembolsables del público en los términos reservados a las entidades de crédito”, llegando a decir que elementos contractuales como el pacto de recompra, la indeterminación de los precios aplicables a los lotes de valores filatélicos, el componente financiero en la forma de determinación de los precios de recompra y la publicidad de la sociedad confirman el carácter típicamente crediticio y esencialmente financiero de la actividad de la sociedad.*

El último informe referido se tiene en cuenta en escrito presentado por la Fiscalía en fecha 21/03/2007 ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional que lleva el proceso penal de “FORUM”.

**n)** Así mismo el entonces **presidente de la CNMV D. Manuel Conthe**, en su **intervención ante el Congreso de los Diputados en fecha 14/06/2006** afirmaba lo siguiente: *“La legislación vigente, que se contiene en la Disposición Adicional cuarta de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, cometió un grave error técnico que el legislador debería enmendar cuanto antes. Ese gravísimo error técnico es permitir que entidades que no sean financieras asuman compromisos de recompra sobre bienes tangibles. Ese es un gravísimo error que es muy explícito en la norma, porque nada menos que en el primer párrafo de esa disposición adicional dice con claridad, yo diría que con contumacia, que las entidades que comercialicen bienes tangibles quedarán al margen de la supervisión de cualquiera de los tres organismos financieros, incluso aunque se comprometan frente al adquirente de estos bienes tangibles a recomprárselos si no los puede vender en el mercado. Ahí estamos precisamente ante la figura del pacto de recompra (...). Lo paradójico es que una norma de derecho positivo aprobada por este Parlamento permita a entidades no financieras realizar esa actividad sin sujetarlas a la supervisión de los organismos financieros especializados, que somos los que sabemos de esa materia, encomendando esa difícil función a las autoridades de consumo que están pensadas para otros cometidos diferentes (...). Si son entidades financieras y asumen esos compromisos de recompra, la regla competencial de si eso debe ser supervisado por el Banco de España o por la CNMV es evidente. Si el pacto de recompra gravita sobre un valor negociable sujeto a la Ley del Mercado de Valores, la*

*competente para supervisar el ejercicio por una entidad financiera de ese pacto de recompra será la CNMV; si el activo no es un valor sino un bien tangible, la competencia debe corresponder a quien supervisa la captación de depósitos bancarios del público, que es el Banco de España (...). Lo importante es que quien los adquiera no tenga la seguridad de que el intermediario financiero se los va a comprar en el futuro, porque cuando eso ocurre, lógicamente el que ha colocado el ahorro en esos bienes deja ya de prestarles atención, porque lo que le interesa es el compromiso de recompra que le protege (...). Tal vez el error técnico que contiene la norma derive de que su tratamiento también fue un poco 'sui generis', y en vez de formar parte de un proyecto de ley tramitado por la Cámara por el procedimiento ordinario fue una modificación de última hora”.*

**A los efectos probatorios oportunos hemos de manifestar que los documentos que acreditan los anteriores extremos de este apartado se acompañaron con la reclamación previa y obran por tanto en el expediente administrativo.**

o) Múltiples sentencias dictadas en los incidentes concursales habidos en los procedimientos universales seguidos contra las entidades Forum y Afinsa, han determinado claramente y sin que haya lugar a duda alguna, el carácter de financieros de los contratos suscritos por dichas entidades con sus clientes. Así y por citar solo algunas de ellas, dejamos señaladas las siguientes:

i.- en relación con Forum Filatélico, S.A.: S. nº 137/2007 de fecha 30 de octubre de 2.007, autos ICO nº 168/2007, así como S. nº 5/08 de fecha 28 de enero de 2.008, autos ICO 369/2007.

La sentencia referida establece en su Fundamento de Derecho Segundo:

*“En realidad nos encontramos ante un solo negocio jurídico complejo con una finalidad común de inversión de su dinero por parte del cliente con un beneficio garantizado por FORUM FILATELICO. Aunque el núcleo central de negocio jurídico desarrollado por las partes parece ser el de una compraventa de sellos la realidad es que la causa del contrato es distinta, por cuanto*

*no se da en el contrato la finalidad traslativa del dominio que constituye la característica esencial del contrato de compraventa que, si bien tiene carácter meramente obligacional, es un modo hábil para adquirir el dominio a través de la tradición tal y como establece el artículo 609 del Código civil.”*

*“Ahora bien, como la tradición implica la entrega de la cosa y esta no se producía, por cuanto, como se ha visto, FORUM FILATELICO se constituía en depositario de los sellos, sin que estos llegaran a estar en poder del cliente, es evidente que nunca se adquirió el dominio sobre dichos sellos, algo que, por otra parte, no estaba en el ánimo del cliente cuyo interés se centraba no en el sello en si mismo, sino en su valor ulterior de venta con el que podía obtener un beneficio a la cantidad invertida.”*

*“En estos casos el cliente no pretende comprar sellos, por más que el contrato se revista de la forma de una compraventa, su finalidad no es sino obtener una rentabilidad a la inversión que constituye su valor inicial, rentabilidad garantizada por la vendedora.”*

ii.- en relación con Afinsa Bienes Tangibles, S.A.: SS. números 562/07, 659/07, 723/07, 782/07, 902/07, 273/08, 475/08, 668/08, 670/08, 673/08, 676/08 y 893/08, de fechas, respectivamente, 8 de octubre de 2.007, 8 de noviembre de 2.007, 14 de noviembre de 2.007, 22 de noviembre de 2.007, 20 de diciembre de 2.007, 12 de marzo de 2.008, 24 de abril de 2.008, 5 de junio de 2.008, 5 de junio de 2.008, 12 de junio de 2.008, 12 de junio de 2.008 y 3 de noviembre de 2.008, dictadas en los ICOs números 411/07, 1251/07, 545/07, 374/07, 442/07, 404/07, 607/07, 401/07, 406/07, 884/07, 773/07 y 610/07 también respectivamente.

De entre todas ellas baste transcribir algunos apartados de la última citada en dos aspectos, el de la naturaleza financiera de los contratos, y la no aplicabilidad a los mismos de las disposiciones de la Adicional cuarta de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva. Así y respecto a la primera cuestión la sentencia señala *“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 superávit...”; 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.*

*Partiendo de tales clarificadores conceptos resulta que la actividad en masa realizada por la concursada puede y debe calificarse 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 sus 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 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.*

*...La forma en que la Entidad lo haga (hacer frente a su obligación) 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 reserva 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 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.*

*Y en punto a la segunda cuestión manifiesta que “resulta de todo ello que con ocasión de la modificación de la regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva de 1.984, el Legislador de 2.003 dice que no es (inversión colectiva) y quienes no son (instituciones de inversión colectiva), dejando fuera de sistema financiero -definido legalmente- a las personas físicas o jurídicas que intermedian en la compra y venta de sello y otros bienes tangibles, por mandato de tercero, con o sin compromiso de recompra, en cuanto la formación de la voluntad negocial de la parte más débil –adquirente- y la desigual información de las partes, hace vulnerable al consumidor. Y continúa diciendo que “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 los 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”, continuando diciendo “que 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 une al contrato, lo que convierte tal actividad en financiera”.*

p) La propia calificación que como “entidades financieras no registradas” realizó tanto de Forum como de Afinsa la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su Memoria de 1.999, con la trascendencia tanto informativa como legal que ello tiene. Efectivamente en tal Memoria en las páginas 21, 22 y 23, aparece una relación de entidades financieras, tanto registradas como no, contra las que se presentaron reclamaciones en el año de 1.999, estando incluidas tanto Afinsa como Forum con al menos una reclamación y con informe favorable al reclamante. No se puede entender pues, como, después de esta consideración, de este acto propio –ajustado a Ley además- se pudo después decir lo que se dijo por la CNMV a la carta enviada por ADICAE y se pudo permitir continuar con una actividad de captación de ahorro público a una entidad no registrada. No consta ninguna actuación del Estado dirigida a inspeccionar estas empresas no registradas a pesar de la constancia de tal irregularidad.

Como **conclusión** a todo lo expuesto se infieren claramente los siguientes extremos acerca la actividad de captación de ahorro realizada por Forum Filatélico y Afinsa Bienes Tangibles:

- garantizaba una revalorización fija y predeterminada en todos sus contratos, estando incluida en tal garantía la devolución de capital invertido.
- trataba de ocultar dicha revalorización en una pretendida compraventa haciendo parecer que se producía una adquisición de bienes concretos.
- estos bienes en ningún caso podrían ser ni objeto ni causa de un contrato de compraventa civil o mercantil puesto que carecían de valor de mercado, ya que éste no existía y la propia empresa asumía los riesgos de esa revalorización que ofrecía.
- la única forma de sostener esta actividad era actuar en base a una operativa piramidal de captación de recursos, ya que los ahorros de las personas que accedían al sistema por primera

vez o renovaban los contratos, servían de activo para abonar las revalorizaciones y amortizaciones de clientes.

- esta operativa se ocultaba tras unos criterios contables de las empresas que contabilizaba las operaciones como compraventa, y no como de verdad correspondía a actividades de la naturaleza que se desarrollaba.
- los consumidores contrataban atraídos por el compromiso de revalorización cierto ofrecido, ignorando tanto la existencia, las características, la formación del precio, o el valor subyacente causa del contrato según pretendían las empresas, con lo que estaban plenamente convencidos de contratar productos destinados al ahorro.
- el sello y el contrato conformaban una unidad ya que ambos eran la plasmación de la única causa del contrato real: la rentabilidad que iba a obtener el cliente gracias a un compromiso de revalorización cierto y futuro que ofrecían las empresas. La revalorización del sello no proviene de un mercado (que no existe como tal) sino de un contrato.

Y a lo que nos afecta en esta demanda, el Estado no solo sabía sino que permitió, tanto la emisión como la comercialización de estos productos financieros y su inadecuado reflejo en balances, con las consecuencias que ello tiene en cuanto a la información a la que el consumidor puede acceder a través de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. ¿Cómo se conciliaba esa permisividad con el principio de “imagen fiel” que debe presidir la redacción de cualquiera cuenta anual?

## C.2.- Regulación jurídica de los contratos.

Hasta la entrada en vigor de la ya repetida Ley 35/2003, la regulación existente de las Instituciones de Inversión Colectiva venía dada por la Ley 46/1.984, de 16 de diciembre reguladora de la Instituciones de Inversión Colectiva, la cual estuvo vigente hasta el día 5 de febrero de 2.004, y si bien dicha Ley excluyó de su ámbito de aplicación la

operativa Forum y Afinsa, no es menos cierto que la Disposición Adicional Primera de la citada normativa establecía expresamente los requisitos previos que de forma general son exigibles a toda actividad de apelación pública de captación de ahorro, independientemente de si esta apelación se lleva a cabo por entidades que tengan el carácter de Instituciones de Inversión Colectiva o por cuales quiera otras. En este sentido, el tenor de la Disposición Adicional Primera hace referencia expresa al genérico “persona apelante”, y no expresamente a una tipología específica, como pudiera ser una Institución de Inversión Colectiva. Esta cláusula de cierre para garantizar su estado financiero y situación económica estuvo en vigor hasta el 5 de febrero de 2004.

Así dicha Disposición Adicional Primera establecía, textualmente, que “serán requisitos previos para la formulación de toda apelación general al ahorro del público por cualquier persona, física o jurídica, los siguientes: a) La verificación de los estados financieros de la persona apelante por los expertos o sociedades de expertos legalmente competentes; b) La difusión de información sobre su situación económica y financiera con el contenido mínimo que reglamentariamente se determine; y c) La autorización por el Ministerio de Economía y Hacienda de la publicidad que se realice sobre la apelación y que deberá referirse necesariamente a la información a que alude el párrafo anterior. Quedan exceptuadas de esta regla las Entidades Públicas y las Instituciones sujetas a un Estatuto financiero especial. El incumplimiento de lo establecido en esta disposición será sancionado con multa por un importe máximo del 2 % de los recursos captados mediante la apelación general al ahorro del público. Los órganos competentes para su imposición serán los mencionados en el artículo 32.3 de esta Ley.

**El error fundamental del Estado estribaba en no considerar la actividad de Forum y Afinsa como una apelación al ahorro público, lo que ha hecho que incluso el Estado, a través de su Ministerio de Sanidad y Consumo, haya llegado a decir que si se está ante una captación de ahorro público en sentido económico, pero no en el sentido a que se refería el antiguo artículo 26 bis de la Ley del Mercado de Valores, y ello por considerar que el objeto directo del contrato no era la captación de ese ahorro, sino que ese dinero era la contraprestación en que se materializaba el precio de un**

contrato bilateral de compraventa, lo que se ha visto, por las múltiples sentencias que se han dictado ya, que no era así y que lo importante para el inversor era el propio dinero (el que invertía y el que iba a recibir), siendo para el su objeto directo del contrato. Esta consideración que hace el Ministerio de Sanidad y consumo obvia, evidentemente porque no le interesa, lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Disciplina Intervención de las Entidades de Crédito que establece en su número 2.b) una reserva de ley, sin restricciones de ningún tipo, a aquellas entidades que captan fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.

Es desde esta perspectiva de negación que el Estado, en base a la negativa de la consideración de esta actividad como incluida dentro del sistema financiero, en la reforma que hace de la ley de 1.984, procede a dictar la tan repetida Ley 35/2.003 y trata de regular, si es que se puede denominar así, expresamente a estas actividades de intermediación de compra y venta de sellos y otros bienes tangibles, regulación que se ha demostrado por sí misma, no solo errónea, sino insuficiente. ¿Porqué no aplicarle los requisitos citados más arriba para toda empresa que se dedica a la captación de ahorro público?

Y es evidente que, por sí misma, esta regulación se ha mostrado notoriamente **insuficiente** a la hora de regular y controlar este tipo de actividad y en cualquiera de los casos para evitar el fraude y garantizar la protección de los consumidores mediante procedimientos eficaces que exige el artículo 51.1 CE. Y esta evidencia viene dada porque no se han cumplido, y lo que es más grave, nada les ha ocurrido a las empresas por incumplirlo, entre otras, las siguientes disposiciones que establecía la citada regulación:

- a) La obligación de depositar las auditorías de cuentas: La D.A. cuarta de la Ley 35/2003 exige que estas entidades auditaran sus cuentas con expertos independientes y las depositaran ante las autoridades competentes en materia de consumo. Nada dice expresamente la mencionada disposición sobre cuáles deberían ser las medidas que deberían adoptar las administraciones

receptoras de tales informes, lo que arroja claramente una idea de lo ambiguo e insuficiente del alcance de esta disposición para proteger al consumidor. Además, la D.A. cuarta señalada no transfiere ningún tipo de recurso económico-técnico a dichos organismos para que desempeñasen en su caso correctamente esta pretendida función (debiendo deducir ya que no se dice expresamente que lo que se buscaba con esta normativa era realizar una supervisión de las cuentas de estas empresas para evitar situaciones fraudulentas y/o perjudiciales para los consumidores). Es decir, la D.A. cuarta encomendaba una función a determinados organismos pero ni les especificaba cómo desarrollarla, ni qué desarrollar, ni le daba ningún tipo de recurso técnico-económico para su desempeño. La D.A. cuarta ignoró o no tuvo en cuenta la verdadera naturaleza, competencia y finalidad que tienen las administraciones de consumo y a pesar de ello le otorgó unas competencias a un organismo público que en ningún caso podía realizar de forma efectiva esta labor de control e inspección.

- b) Asimismo la reiterada D.A. cuarta de la Ley 35/2003 recoge en el párrafo 2 del apartado 2 una serie de obligaciones formales de los contratos: La obligación de comunicar a los consumidores cuáles eran los sistemas de valoración de los bienes comercializados y el modo de acceder a esos sistemas, la obligación de comunicar el valor nominal de los productos comercializados y el valor mínimo garantizado en el mercado y, en su caso, las garantías externas existentes. Pues bien, en modo alguno se cumplió por las empresas su obligación de informar a los clientes de estos extremos, puesto que en ningún caso éstos eran conscientes de cómo se formaban los precios en un hipotético mercado, desconocían las nociones básicas acerca de la calidad, escasez y otras características del sello que teóricamente lo dotaban de valor y también desconocían de la existencia de un valor mínimo garantizado. Más bien al contrario, eran perfectamente conscientes de la existencia de un valor garantizado superior al dinero que ellos depositaban, el cual constituía el auténtico reclamo para contratar.

Pero además, se ha revelado particularmente ineficaz el hecho de que las Administraciones competentes en materia de consumo fueran las únicas competentes para el control y supervisión de estos requisitos recogidos en el contrato. No puede alegarse que las empresas ya recogieran en el contrato la valoración de los sellos y su adjudicación (fuera ficticia o no), ya que la información que se facilite a los consumidores debe ser veraz, suficiente y eficaz, según el tenor del art. 13 de la LGDCU. En el caso de las empresas Forum y Afinsa, los contratos no informaban adecuada y eficazmente de todos los extremos mencionados en el párrafo anterior y exigidos por ley. Desde la administración de consumo no se hizo siquiera el control formal de los contratos respecto de este punto. Pero, además la administración de consumo solamente hubiera podido realizar una mera constatación formal del cumplimiento de la normativa, ya que carece de cualquier capacidad o medio para ir más allá y averiguar y controlar la formación real y efectiva de esos precios.

Es esa misma administración de consumo quien posee competencias en materia de inspección de la contratación y de velar del cumplimiento de todos estos requisitos. No puede alegarse que la supervisión o inspección, incluso la ulterior corrección, de cualquiera de los contratos utilizados por este tipo de empresas afectaría a la libertad de empresa de éstas, puesto que el bien jurídico protegido que representa la defensa de los consumidores se vislumbra como un aspecto más importante que justifica cualquier merma en aquélla. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1997 prevé que el sistema económico del mercado no puede suponer la falta de toda protección jurídica para los que en él operan. Y en particular porque, precisamente, el artículo 51 contiene un principio informador económico, corrector de la función reguladora del mercado y condicionante de la libertad de empresa que condiciona a procedimientos eficaces la actuación de los poderes públicos para la garantía y protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Así pues, el establecimiento de estas garantías formales y materiales en la actividad de estas empresas se ha mostrado como notablemente insuficiente para poder servir de protección a las más de 400.000 familias que se han visto afectadas en sus ahorros por esta crisis.

Respecto a la insuficiencia de la regulación, especial importancia tiene la valoración que hacen los Fiscales en ambos procedimientos penales seguidos contra los administradores de Forum y Afinsa, en cuanto al marco normativo aplicable al sector: *“Esta actividad queda **excluida** del ámbito de las actividades financieras y sujeta a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, bajo la rúbrica “Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes”, con un **amparo legal limitado** básicamente a la obligación para la entidad de someter sus cuentas anuales a auditoría y de informar de manera completa a sus clientes, especialmente de las garantías externas existentes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. **Tales obligaciones se han mostrado insuficientes** para la verdadera dimensión y naturaleza del negocio descrito (...)”*

En el mismo sentido, en el informe de los administradores concursales de Afinsa se recoge expresamente que *”de la lectura de los contratos se desprende que los mismos no recogían, de forma explícita, las obligaciones de las partes, especialmente las de Afinsa. Sin, por ejemplo, querer ser exhaustivos en el caso de los contratos PIC, de los documentos que han podido ser analizados, no se explica cuáles serán los efectos del incumplimiento producido por causa del cliente, sí se dice en cambio que Afinsa podrá resolver el contrato en ese caso pero no se aclara qué se hará con las aportaciones ya efectuadas por el cliente; y lo mismo en el caso de las liquidaciones de los contratos, especialmente en lo que se refiere a las sobreadjudicaciones”*.

Con estos dos informes se demuestra lo insuficiente de la D.A. para regular la contratación llevada a cabo por este tipo de empresas y también la incapacidad e incluso la pasividad de los organismos competentes para la verificación del cumplimiento de sus requisitos para evitar la falta de información veraz a los clientes que les evitara contratar sin contar con toda la información y garantías posibles.

Además esta insuficiencia legislativa no se revela sólo en las medidas de control establecidas, las cuales se han demostrado insuficientes e inoperantes, sino también en la **falta de medios de los organismos competentes para la aplicación de esta normativa, lo que acredita**

**de modo indubitado, por tanto, la ausencia de procedimientos eficaces para la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores a los que constitucionalmente vienen obligados los poderes públicos y particularmente, el Consejo de Ministros como directo aplicador de la normativa.**

Esta falta de medios de las Administraciones de Consumo se revela en varios hechos objetivos: ni el Consejo de Ministros como entidad administrativa y política superior, ni el Ministerio de Sanidad y Consumo por si mismo ni ninguna Comunidad Autónoma había desarrollado ninguna normativa al respecto (ni en la actualidad ha sucedido aún); por otra parte tampoco la Administración general del Estado (en el marco de las Comisiones de relación con las administraciones regionales), ni ninguna Comunidad Autónoma dispone de ningún organismo de control y supervisión que pueda asegurar un control eficaz de los estados contables, informes de auditoría, formación de precios y garantías financieras externas de cualquier tipo de empresa (no sólo de Fórum y Afinsa); y además, la formación de los inspectores de consumo es claramente insuficiente para que se hubiesen podido cumplir labores de inspección eficaces en la materia que nos ocupa, no sólo revisando los clausulados sino también la realidad contable y el modo de valoración recogido en los contratos.

Y lo que es más importante, esta insuficiencia queda reconocida por el propio Estado legislador cuando tiene que aprobar, solo unos pocos años después de haber entrado en vigor la Ley 35/2.003, una nueva **Ley sobre regulación de Bienes Tangibles, denominada oficialmente Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio** en el que se establecen, tras reconocer su necesidad, medidas de garantía para los consumidores, que no estaban previstas en aquella Disposición Adicional 4ª. Parte dicha Ley de reconocer que “la realidad ha evidenciado que el tráfico de este tipo de bienes, bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando el pacto de recompra se 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”. Es decir, aún reconociendo que lo que le interesa al inversor es la revalorización (que es lo que quiere decir la parte del preámbulo transcrita), la nueva Ley, que busca un nombre rebuscado para obviar la palabra “inversión”, sigue partiendo de la base, a nuestro juicio errónea, de que se está ante una verdadera actividad de compraventa y no ante una actividad de inversión en la que el subyacente (al igual que cuando compramos una participación de un fondo inmobiliario) no importa, lo importante es la revalorización prometida o media.

Dicha Ley impone dos requisitos nuevos para la contratación con este tipo de empresas que no estaban recogidos en la D.A. 4ª: de un lado la intervención de Notario como fedatario público en el momento de la firma del contrato y de otro la obligación de formalizar garantías financieras externas que cubran cualquier cantidad cuya devolución se garantice al cliente.

Aún a pesar de ser discutible por el fondo y la forma, estas medidas parecen asegurar una erradicación de cualquier conducta fraudulenta o perjudicial para los consumidores al exigir que se avale cualquier cantidad cuya devolución se garantice al cliente, minimizando así los riesgos de pérdida patrimonial por causas similares a las de las empresas Fórum y Afinsa.

En todo caso, retira a los organismos de consumo cualquier competencia sustancial en la revisión de contratos o estados contables de las empresas (en lo que es un reconocimiento implícito de la incompetencia e incapacidad de éstas para verificar estos requisitos), siendo en la nueva ley el Notario, como fedatario público, quién garantice el cumplimiento de la legalidad vigente al menos en lo que se pone por escrito en el contrato.

Esta opción legislativa, insiste además en que los sellos carecen de valor de mercado, algo cuando menos discutible si se pretende que sirvan de valor en operaciones de simple “compraventa” (tesis ésta de la compraventa que tanto ha discutido ADICAE). Sin embargo es más que evidente que gran parte de los riesgos de pérdida patrimonial y de desinformación que albergaban este tipo de operaciones quedan corregidos con los dos nuevos requisitos que exige la nueva ley. Estos

requisitos en ningún caso fueron exigidos por el régimen de la D.A. dejando el control de la contratación y de las propias empresas a administraciones sin recursos ni técnicos ni económicos con lo que se ha dado pie a la permisibilidad en el desarrollo de una operativa fraudulenta de proporciones históricamente descomunales y la pérdida de ahorros de más 400.000 familias.

En conclusión, se aprecia que la normativa anterior pretendía un control que limitándose exclusivamente al ámbito de la contratación con el consumidor abarcara incluso el control financiero y de la viabilidad contable de estas empresas. En concreto, de los mecanismos previstos en la ley, se incumplieron tanto la obligación de recepcionar las auditorías de cuentas de estas empresas, como la exhaustiva revisión de los clausulados de los contratos, en especial si se informaba a los consumidores de los mecanismos de valoración y formación de precios de los bienes que teóricamente adquirirían y les servían de subyacente a la revalorización. Así pues aún en el caso de que esta regulación no hubiese sido equivocada desde su aprobación (por no haber tomado la opción de regular desde la óptica financiera) es clara y manifiesta la insuficiencia de ésta, así como la inactividad de los organismos competentes para su aplicación y ejecución. De hecho se ha procedido a la elaboración de una nueva norma que, aparentemente, pretende superar las carencias de la anterior, aunque para ello reitere como ya ha mantenido ADICAE, junto a otros especialistas en la materia, un error grave de base como es no calificar la actividad de estas empresas como financiera.

Para lo único que ha servido la disposición adicional de la LIIC, es para que las empresas la hayan utilizado para dar apariencia de legalidad a sus actividades, irrogándose un plus de imagen pública corporativa de honorabilidad empresarial, que en el ámbito financiero se conoce como imagen reputacional, lo que contribuyó en gran medida a que la captación de ahorro en masa tras la entrada en vigor de la norma se hubiese multiplicado exponencialmente.

### C.3.- Consecuencias de la naturaleza financiera de los contratos.

De lo hasta aquí expuesto se deducen y acreditan unas consecuencias en relación a la actuación de la Administración Pública, que se concretan tanto en una falta de control y regulación de la actividad de Forum y Afinsa, a pesar de conocer la Administración que se estaba realizando una captación masiva de ahorro público, y por ende una inactividad de la Administración Pública que pudo corregir la situación detectada y dar así cumplimiento al contenido del art. 51 de la CE; como una deficiente e ineficaz regulación en 2003, que incluso cooperó a la extensión de los daños.

Acreditada pues la naturaleza financiera de los contratos comercializados por Forum y Afinsa y, como después veremos, el error grave en la regulación legal de la actividad desarrollada por estas empresas, expresada en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003, es evidente que la primera consecuencia que se detecta es la grave inactividad de las Administraciones responsables del control y supervisión de las operativas de captación de ahorro público, achacable, en sus facultades más generales, a la falta de acción del Gobierno, y, en última instancia, a la particular actuación del Ministerio de Economía y Hacienda, así como de los organismos reguladores y supervisores.

La inactividad de estas Administraciones se pone de manifiesto en dos supuestos concretos: en primer lugar, inactividad ante la proliferación en el mercado, al menos desde los años setenta y ochenta, de empresas que captaban ahorro masivo del público a través de compromisos de revalorización sobre contratos de activos filatélicos. La insostenibilidad financiera de estas empresas se hizo evidente con la inviabilidad y quiebra de muchas de ellas y el consiguiente perjuicio para quienes allí habían depositado sus ahorros. Y en segundo lugar, ante las advertencias expresamente llevadas a cabo por ADICAE en 2002 a través de cartas de denuncia a los organismos públicos competentes para un efectivo control de la captación masiva de ahorro.

En el primero de los supuestos hay que recordar empresas como Banco Filatélico Nacional, Caja Filatélica Popular, Inverfisa, Unión o Bolsa Nacional Filatélica, con una estrategia de inversión similar: invertir en “valores filatélicos” y utilizar una terminología financiera

como banco, caja, fondo, rentabilidad, etc., todo ello con la finalidad de captar clientes. Mención expresa debe hacerse a Cafisa (Caja Filatélica, S.A.) y Banfisa (Banco Filatélico Español). Cafisa fue fundada en Barcelona en 1964. En 1974 llegó a contar con 21 oficinas repartidas por toda España y con un Capital Social de 120 millones de pesetas. Esta empresa quebró en 1984 dejando sin ahorros a 27.900 inversores con pérdidas de 10.000 millones de pesetas. Banfisa por su parte quebró en 2002, dejando a más de un centenar de ahorradores con unas pérdidas de 200 millones de pesetas. La proliferación de estas empresas y el modo de operar, pese a los escándalos y quiebras, pasó inadvertido a las Administraciones y organismos reguladores y en particular al Ministerio de Economía.

Con relación al segundo de los supuestos, ADICAE a raíz precisamente de la quiebra de Banfisa en 2002, remitió una serie de cartas-denuncia a diferentes administraciones públicas y organismos reguladores del mercado financiero, preocupado por la quiebra de dicha empresa del sector, por la proliferación de estas empresas de inversiones y por la carencia de su regulación y control. En particular se remitieron estas cartas-denuncia al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la Dirección General del Tesoro, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y al Ministerio de Economía (a este Ministerio se remitió carta en 2002 y 2005). A través de estas cartas-denuncia, (que obran en el expediente administrativo) ADICAE ponía de manifiesto expresamente las siguientes cuestiones:

*“Después de 20 años de denuncias y escándalos, no se ha tomado la decisión de incluir estas empresas dentro del ámbito del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra institución cuando resulta claro que la actividad es de carácter financiero y recoge el ahorro inversión de muchos pequeños ahorradores.”*

*“Nos encontramos ante un sector no regulado más allá de las leyes mercantiles, societarias, generales, con un peculiar sistema de inversiones que esta produciendo una notable situación de*

*inseguridad. Esta situación se produce porque, a pesar de estar estructuradas estas empresas como sociedades mercantiles de compraventa de valores tangibles, en la práctica acogen el ahorro-inversión de no pocas familias españolas y actúan como entidades de depósito o de inversión.”*

*“Estas entidades aseguran un capital garantizado a través de la compra de activos de rentabilidad variable, especialmente valores filatélicos de lujo, que se negocian en mercados no estructurados, lo cual las aleja de las agencias de inversión.”*

*“El hecho de que estas empresas sirven como vía, real y efectiva, del ahorro-inversión de los ciudadanos se observa desde el momento en que en su publicidad apenas se habla de los valores filatélicos, sino que se estructuran productos muy parecidos a los financieros, sin las garantías que éstos ofrecen de cara a la información y a la transparencia del consumidor.”*

*“Parece problemático el hecho de que, a pesar de canalizar el ahorro-inversión de muchos ciudadanos, no cuenten con más control o supervisión que el de otra sociedad mercantil cualquiera. Todos los documentos de sus informes de solvencia parecen más dirigidos a una finalidad comercial que a una finalidad de asegurar el dinero de los inversionistas.”*

Asimismo ADICAE solicitaba los siguientes extremos:

*“a) La opinión o análisis del organismo que V.E. preside de la situación que permita, en el más breve espacio de tiempo posible y en beneficio de los consumidores, dar una respuesta a la situación creada en este sector. Posibilidad de creación de un órgano de supervisión o subsunción de estas entidades en los órganos de supervisión ya existentes.*

*b) Situación actual de control de estas entidades, de su solvencia. Estudio de riesgos del sector.*

*c) Estudio puntual para el caso de la quebrada BANFISA, referencia a actuaciones, si han existido, del control de sus actividades.*

*d) Estudio de la regulación y la supervisión del sector que permitiera un avance en la seguridad del ahorro-inversión de centenares de miles de familias españolas en este campo de inversión.*

*e) La posibilidad de una próxima entrevista de nuestros técnicos con los representantes de su institución que V.E. considere oportuno para tratar el tema planteado e intercambiar opiniones y sugerencias, en la confianza de encontrar posibles vías de desarrollo y solución del problema.”*

Las respuestas a estas cartas por parte de estos organismos y administraciones (las cuales obran también en el expediente administrativo) fueron de diverso tenor:

Así, el Banco de España, contestó el 12/03/2002 que *“en relación a dicho asunto puedo confirmarle que el mismo se encuentra actualmente en estudio por el Banco de España. No obstante debo adelantarle que la posible respuesta dependerá de la que el Ministerio de Economía entienda procedente”*. En la contestación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, respuesta del 14 de marzo de 2002, se decía, entre otras cuestiones, que *“tampoco cabe considerar los contratos mediante los que se formalizan este tipo de negocios entre ninguno de los instrumentos financiero del acitado artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores, ya que (...)”* en ellos no se *“contempla la existencia de ningún subyacente”*. Igualmente señala que *“no estamos ante una captación pública de ahorro, ya que el dinero que se aporta es el precio que se paga, en el contrato de compraventa, a cambio de una cosa cierta que constituye su objeto.”*

Por último, hay que recordar el informe realizado por el Banco de España a petición de la Fiscalía General del Estado en fecha 18 de enero de 2002 que ponía de manifiesto la necesidad de que la operativa de Afinsa estuviera sometida a la normativa de ordenación y

disciplina del mercado de valores cuya competencia corresponde a la CNMV y, caso de no entenderse sujeta a esta normativa, la autoridad competente para solicitar información e inspeccionar a Afinsa sería el Ministerio de Economía. Pero es que es más, la propia CNMV, como ya se ha avanzado antes, conocía toda la operatoria de estas entidades, habiendo incluso resuelto reclamaciones que al respecto se le habían planteado como, por ejemplo, la 1999/10226, resolución que además fue favorable al reclamante.

Pero es que es más, habiendo concluido ya que los contratos eran financieros y que por ende los mismos se encontraban dentro del denominado “sistema financiero”, este “sistema” es un ámbito de actividad que debe ser objeto de especial vigilancia por los poderes públicos, y en el caso presente no lo ha sido. Las actividades financieras deben estar sometidas a una intensa tutela del Estado ya que son un aspecto fundamental en el funcionamiento de las modernas economías por su función, como así lo reconoce la normativa y un sector importante de la doctrina. Así G Pérez de Armiñan en su obra *Legislación Bancaria Española, 1.983*, pag.3 señala que *“un sistema financiero es un delicado equilibrio entre instituciones, mercados, instrumentos financieros y técnicas operativas, con una doble y esencial función: a) garantizar el abastecimiento de medios de pago a la economía en las mejores condiciones de estabilidad, y b) fomentar la formación de ahorro y facilitar su canalización en aras a la más eficaz asignación de ese recurso escaso (...) De esta sucinta enumeración se desprende que el Estado no puede mantenerse al margen de unos mecanismos de tanta significación en el funcionamiento de la economía”*

Y en este sentido también la Exposición de Motivos de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito señala que *“numerosas experiencias internacionales y la propia española, acumuladas a lo largo de muchos años, han puesto de manifiesto la absoluta necesidad de someter las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos. Esas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de*

*la solvencia de aquellas. La regulación y supervisión públicas aspiran a paliar los efectos de esa carencia, y facilitan la confianza en las entidades, una condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento, esencial no solo para los depositantes de fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen esas entidades en los mecanismos de pago.*

*Esos problemas se suelen afrontar en todas las partes articulando unos dispositivos especiales de supervisión de las instituciones. Dichos mecanismos se componen básicamente de un conjunto de normas tendentes a facilitar a la autoridad supervisora una completa información sobre la situación y evolución de las entidades financieras, y de otro conjunto de normas tendentes a limitar o prohibir aquellas prácticas u operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez, y a reforzar los recursos propios con que pueden, en su caso, atenderse esos riesgos, evitando perjuicios para los depositantes.”*

Pese a todo lo acontecido en el sector desde prácticamente los años 70 y las advertencias realizadas por Adicae en 2002, así como a las reuniones mantenidas, los informes existentes tanto del ICAC como de la Dirección General de Tributos, etc., todo ello no provocó la apertura de un expediente serio y riguroso como la situación requería ni la aplicación de los mecanismos de control de los mercados financieros a estas empresas incurriéndose en una clara responsabilidad por parte de la CNMV, Banco de España y el Ministerio de Economía como organismo del que dependen ambas instituciones.

**Siendo la actividad real de Forum y Afinsa la de una intermediación financiera de captación de recursos dinerarios mediante operaciones de pasivo remuneradas, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Economía, con independencia de lo dispuesto en la Ley 35/2003, debería haber actuado de alguna de estas formas: bien la implementación de normativa y planes que hubieran facultado a la Administración General del Estado, mediante sus propios órganos, inspeccionar, supervisar y, en su caso, impedir el desarrollo de estas operaciones de pasivo por empresas no habilitadas a estos efectos, o bien**

**arbitrar un impulso normativo que facultara expresamente al Banco de España para que desplegara su actividad ordinaria sobre Forum y Afinsa. Es de destacar que la inactividad de los poderes públicos provoca no solo que el daño aumente en progresión geométrica por cada día que pasa, si no que los inversores de Forum y Afinsa carezcan del mecanismo de garantía del Fondo de Garantía de Depósitos, por el que sus operaciones de pasivo remuneradas hubiesen estado garantizadas hasta un límite de 20.000 euros por inversor.**

Y la segunda consecuencia es la regulación errónea de la actividad en la única ley que los contempló, después de mucho tiempo de funcionamiento, la Ley 35/2.003 de Instituciones de Inversión Colectiva, sin que el principal encargado del impulso normativo en nuestro sistema constitucional, el Consejo de Ministros, a través de los proyectos de ley, realizara actividades en tal sentido.

Si ya hemos concluido, como hemos hecho, que estamos ante productos financieros y no ante simples compraventas de sellos, y con independencia de que tal actividad y su control, en consecuencia, deberían haber estado incluidos en la regulación relativa a estos productos (Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 1.984), es lo cierto que ello no se hizo así, ningún impulso normativo hubo por el Consejo de Ministros, hubo una desatención clara por el Estado y que los procedimientos eficaces de protección de los consumidores se impulsaron normativamente tarde y mal, en la Ley 35/2.003 ya citada.

Efectivamente, la Disposición Adicional 4ª de dicha Ley, única regulación al respecto en el momento en que ocurrieron los hechos, imponía una serie de deberes de información para con el cliente por parte de las empresas y la obligación de auditar las cuentas y depositarlas ante la Administración de Consumo, administración esta dependiente de las Comunidades Autónomas.

Los primeros párrafos de la disposición adicional, exigen unos deberes formales a las empresas que ya eran directamente exigibles por el art. 13 de la LGDCU, esto es, la normativa general de consumo sin que

aporten prácticamente ninguna novedad regulando y controlando las relaciones entre empresa y cliente.

En el párrafo segundo del apartado dos de la citada disposición adicional se exige que *“antes de celebrar el contrato, se deberá informar al cliente de forma clara y precisa sobre la legislación aplicable al contrato, sobre las disposiciones relativas a las reclamaciones que puedan formularse, sistemas de valoración de los bienes que se comercialicen y modo de acceder a los referidos sistemas, valor nominal de los productos comercializados, valor mínimo garantizado en el mercado, así como, en su caso, garantías externas a la entidad que desarrolla la actividad regulada en esta disposición que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones y los demás extremos que se determinen de conformidad con lo que reglamentariamente se establezca. Toda la información a que se refiere el párrafo anterior, así como el informe de auditoría de cuentas y las condiciones contractuales deberán ser puestas a disposición de los clientes con antelación suficiente al momento en que éste asuma cualquier obligación derivada del contrato”*.

Este párrafo, impone unas exigencias que trascienden de la relación empresa-cliente, puesto que aluden a la valoración de los bienes, sistemas de valoración, esto es, al sistema de formación de los precios. Esta conducta del legislador revela sin lugar a dudas varios datos:

a) Al pedir que se informe del valor nominal de los productos y del sistema de formación de precios, algo que no es ni mucho menos habitual en la mera contratación de bienes de consumo, denota entender que es clave el modo en el que se forme el precio en el devenir de la actividad de estas empresas. Intuía el legislador, sin reconocerlo, ya el carácter financiero de esta contratación lo que todavía agravaría aún más su error a la hora de ejercer esta opción legislativa. Y ello porque está trasladando al consumidor y no a un organismo de la Administración o externo de la regulación, verdadera y única garantía exigida a los poderes públicos por el art. 51.1 CE, la carga de comprobar la correcta formación de los precios. Evidentemente huelga decir que el consumidor no tiene a su disposición los elementos necesarios para llevar a cabo un análisis de las entidades, máxime cuando dicha supervisión corresponde por

definición al Estado en su papel de garante de la legalidad y del respeto a la seguridad jurídica (y comercial) para con el consumidor.

b) El legislador demuestra ya desde el primer párrafo de la disposición adicional pero especialmente en el segundo párrafo de este apartado 2, que desconocía o pretendía desconocer el sistema y la naturaleza de la contratación seguido por estas empresas. Y es que no resultaba relevante, ni en esencia ni para el consumidor, el valor del bien que se comercializaba sino que lo relevante era el compromiso de recompra fijo y garantizado que adquiriría con el cliente.

c) También al prever “*garantías externas a la entidad que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones*” el legislador quiso aumentar las exigencias de control de las empresas. Sin embargo utilizó para ello el sistema de exigir a las empresas garantías de tipo privado eludiendo deliberadamente cualquier control por parte de una administración u organismo regulador, al no exigir que estas garantías estuvieran externalizadas, como ocurre con los fondos de garantía en el ámbito financiero y que dotan al consumidor de mayor protección. En esta norma la carga de verificar este requisito recae, como otras, en el consumidor (parte débil del contrato), sin intervención de ningún organismo.

Asimismo la Disposición Adicional 4ª recoge que “*deberán someter sus documentos contables a auditoría de cuentas realizada por un profesional inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. Las personas o entidades sujetas a auditoría de cuentas conforme a la presente disposición deberán remitir copia del informe de auditoría a las autoridades competentes en materia de consumo*”.

De nuevo desde el ámbito financiero se trae de forma errónea un tercer elemento a esta Disposición Adicional (el primero y el segundo eran la pretendida transparencia en la formación del precio y la garantía a cargo de la empresa): el régimen de supervisión de viabilidad financiera que se prevé para los mercados financieros a cargo de la CNMV y Banco de España. Sin embargo, al encomendar esta supervisión a un auditor y su posterior depósito en una administración que carece de recursos y conocimientos técnicos para controlar contablemente a empresas, esta exigencia se ha revelado del

todo insuficiente para detectar y advertir sobre los agujeros patrimoniales en la contabilidad de estas empresas generados por un sistema de contratación como el que se ha planteado, esto es, que simulaba compraventas cuando realmente formalizaba préstamos, con lo que los sellos, valor teóricamente subyacente en estos contratos, en ningún caso podían soportar las operaciones que sobre ellos se contruían.

Este elemento supone la constatación de una deficiente técnica legislativa pues determina que ante una identidad real de circunstancias (captación de ahorro público bien por una entidad financiera bien por una entidad filatélica) los estándares de protección al consumidor en uno y otro caso son distintos, suponiendo, para los segundos, una merma de los sistemas de protección de los inversores. Y si el contrato es lo que es con independencia de la nomenclatura que al mismo le den las partes, habrá que concluir que, estando ante contratos financieros, era la regulación de estos la que había que haber aplicado en Forum y Afinsa.

En conclusión, se importan desde la normativa financiera elementos de protección al inversor que el legislador entiende adecuados y suficientes para controlar ese ámbito. Sin embargo como quiera que no reconoce la verdadera naturaleza financiera de estos contratos, el legislador de la Disposición Adicional 4ª adulteró estos elementos de control al encomendarlos a las partes contratantes, ya sea el consumidor (algo inaceptable debido a la posición de inferioridad que ostenta por su propia definición), ya sean las empresas y, en último término, a una administración pública, la Comunidad Autónoma correspondiente, que ni por conocimientos ni por su finalidad, ni por los recursos técnicos y económicos tiene capacidad para ello.

La regulación, al catalogar esta materia desde la óptica del derecho del consumo y no financiera, parte de una opción errónea. La actividad de estas empresas se fundamentaba en una modalidad de contratación claramente emparentada con los productos de ahorro e inversión que requería del legislador en el año 2003 un trato normativo adecuado a las exigencias del art. 51 de la Constitución y a la propia naturaleza del contrato. Entender estos contratos como financieros con todas sus consecuencias hubiera conllevado un control exhaustivo en la

formación de precios de una forma objetiva y transparente, la constitución de una verdadera garantía financiera con un régimen de aportaciones empresariales pero gestionada por la administración financiera competente y un control contable por el organismo regulador pertinente y capaz.

En ningún caso, ni por el legislador, ni por el ejecutivo, ni por los grupos parlamentarios en el momento de discusión y aprobación de la norma, se contempló firmemente la posibilidad de catalogar esta actividad y la contratación que lleva aparejada como financiera, aunque los aspectos mencionados que se han traído desde el ámbito financiero hacen sospechar que si tenían una intuición acerca de cómo controlar efectivamente estas inversiones, que no quedaron plasmadas conscientemente en una norma con las graves consecuencias que ello ha tenido para los afectados.

Ante la realidad y la constatación de los anteriores hechos, hay que concluir que la Administración no ha realizado ninguna actuación eficaz, tal y como le exige el art. 51.1 de la CE y la propia configuración del Estado Social de Derecho, tendente a evitar la desprotección, inseguridad y en último término, el daño a los consumidores. En este contexto, en el que la naturaleza de la actividad era manifiestamente financiera, los poderes públicos no realizaron ninguna labor de defensa de los consumidores acorde con la especialidad de la materia. Si solamente se hubiera enfocado cualquier medida, ya fuera legislativa, ya fuera de supervisión sobre los contratos, contabilidad y mercados desde un punto de vista financiero se podría haber detectado y erradicado una práctica que perturbó enormemente al mercado, a sus operadores y que tuvo a los consumidores como los máximos perjudicados.

Es más, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid referenciada dictada en el ICO nº 610/07 de fecha 3 de noviembre de 2.008 llega a concluir que ni siquiera las actividades realizadas por estas entidades, aún cuando la sentencia se refiere exclusivamente a Afinsa, podrían estar incluidas en el ámbito de lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003 y ello por que “*resulta de todo ello que con ocasión de la modificación de la regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva de 1.984, el Legislador de 2.003*

*dice que no es (inversión colectiva) y quienes 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 sello y otros bienes tangibles, por mandato de tercero, con o sin compromiso de recompra, en cuanto la formación de la voluntad negocial de la parte más débil –adquirente- y la desigual información de las partes, hace vulnerable al consumidor. Y continúa diciendo que “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 los 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.” ¿Y que quiere decir esto?; Muy sencillo: que habría que seguir aplicando la normativa existente de carácter general para las entidades que se dedicaban a captar ahorro público masivo, normativa que establece unas cautelas que hubieran permitido, cuando menos, que la Administración hubiese podido controlar las actividades de Forum y Afinsa.*

Por el Estado , y en particular por el Poder Ejecutivo, a cuyo frente se encuentra el Consejo de Ministros, no se aplicó a la actividad desempeñada por Forum y Afinsa la regulación existente antes de la Ley 35/2003, (Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 1.984, Ley del Mercado de Valores, Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, etc.), regulación que era de obligado cumplimiento en tanto en cuanto aquella actividad consistía en una captación de ahorro público, habiéndola excluido expresamente de tal consideración al incluirla en la Disposición Adicional tantas veces citadas. De no haberlo hecho así y habiendo obligado a Forum y Afinsa a cumplir los requisitos de la Ley de 1.984, es decir a cumplir los requisitos de las entidades que se dedicaban a la comercialización de productos financieros, requisitos que, entre otras normas, se

encontraban regulados por la Ley 13/1992 de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, Real Decreto 1343/1992 que la desarrollaba, las mismas estarían debidamente registradas, gozarían de un control administrativo –o lo que es lo mismo de un régimen de supervisión-, tendrían una estructura de inversión más o menos equilibrada, pero en cualquier caso controlada, y sus operaciones hubieran quedado amparadas, cuando menos, por el correspondiente fondo de garantía. Pero no solo eso, se les habría aplicado los principios de prudencia y supervisión financiera a que se encuentran sometidas este tipo de entidades, más específicas y concretas que las correspondientes a los planes de inspección para las empresas mercantiles ordinarias, con lo que se habría detectado, además de la verdadera naturaleza de la actividad, las faltas de provisiones a las dotaciones a que ya se ha hecho referencia; se les habría obligado a mantener un determinado nivel de recursos propios y a mantener un determinado coeficiente de solvencia; se les habría obligado a ponderar, y se hubiese podido controlar incluso, los elementos de riesgo de las empresas, y además habrían tenido que tener un determinado régimen de información para con los organismos de control.

Por otro lado y teniendo en cuenta la existencia obligatoria de un Plan de Contabilidad Sectorial para Instituciones Financieras, desde el principio dichas empresas hubieran contabilizado sus operaciones de acuerdo con los criterios establecidos en dicho Plan, no habiendo inducido a error en el consumidor cuando este creía que ahorra o invertía para obtener una rentabilidad económica, y sin embargo, a los efectos contables, compraba.

Es pues evidente que, siendo como son financieros los contratos celebrados por Forum y Afinsa para con sus inversores, la falta de consideración por el Estado de dicha actividad bajo ese prisma, ha privado a los consumidores de unos mecanismos de protección y defensa que hubieran evitado, o al menos atenuado al haber podido detectar con antelación esa actividad nociva para los intereses de los consumidores, los perjuicios que se han ocasionado.

#### **D.- Hecho causante.**

Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto podemos llegar a concluir que el primer presupuesto de la responsabilidad del Gobierno como director de la Administración General del Estado, el hecho causante que motiva el daño objeto de posterior reparación, se identifica, en el supuesto que nos ocupa, tanto con una **falta de control** de una actividad que claramente captaba los ahorros reembolsables de los consumidores y usuarios, garantizando una rentabilidad cierta a los mismos, al modo de los tradicionales depósitos a plazo de las entidades financieras y que se vislumbraba – desde hacía mucho tiempo y después de muchos avisos en forma de quiebras fraudulentas de otras empresas del mismo sector- como financiera, como con el **defecto normativo** que constituye la única disposición que, hasta la crisis, tenía la pretensión de regular de forma expresa y completa el sector (aún cuando fuera del campo de lo financiero), y que se concretaba en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva. Dicha disposición configuró un marco normativo desenfocado y erróneo, y por tanto ineficaz en cuanto al cumplimiento del artículo 51.1 de la Constitución. Y es que, los particulares no están obligados a soportar los perjuicios económicos derivados, bien de una falta de control por parte de los organismos competentes del Estado, bien de una normativa defectuosa o insuficiente (y anteriormente inexistente –o inaplicada en la tesis de la Ley 46/1984- a pesar de la existencia de la realidad del hecho inversor por la contumaz actitud de la Administración de querer excluir la actividad del campo financiero).

En el año 2003 la regulación del sector de la inversión filatélica se formuló con una técnica legislativa deficiente ya que se incluyó como una Disposición Adicional en el marco de una ley que regulaba las Instituciones de Inversión Colectiva y lo que se hacía era, precisamente, excluirlas de dicho ámbito, máxime, además, si tenemos en cuenta que ello suponía, según el Gobierno, una regulación ex-novo de la materia, y había existido un no menos deficiente debate y estudio en sede parlamentaria, pues no hay que olvidar que la citada Disposición Adicional 4ª fue incluida en el Senado a petición del Grupo Parlamentario Popular de forma precipitada y sin un estudio previo, aún siendo las autoridades económicas y otras plenamente conocedoras de los problemas que provocaban este tipo de empresas a raíz de las reiteradas denuncias tanto de particulares ante la CNMV

(veáse la memoria del Servicio de Reclamaciones del año 1.999 ya referenciada), como de Asociaciones de Consumidores como ADICAE, de investigaciones llevadas a cabo de oficio por la Agencia Tributaria, por la Fiscalía General del Estado, etc.. siendo responsable de todo ello el Estado-Administrador en su conjunto y, directa o indirectamente, los siguientes organismos:

- El Consejo de Ministros como máximo órgano de la Administración General del Estado encargado ex artículo 97 de la Constitución y 1 de la Ley 50/1997, de la dirección de la política interior y la administración civil del Estado, y expresión de la aplicación de la ley y garante de los derechos de los ciudadanos, y en concreto de los consumidores, tal y como exige la Constitución. La Carta Magna en sus artículos 87 y 88 concede al Gobierno, es decir al Consejo de Ministros, la facultad tanto de la iniciativa legislativa como de aprobación de los proyectos de ley, por lo que la falta tanto de una como de otros es responsabilidad de este organismo. La Ley ha venido posteriormente a desarrollar estos extremos, y, en tal sentido valga, en este momento, simplemente invocar la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la cual, en su art. 5 determina como funciones del Consejo de Ministros, entre otras, a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado; h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan; j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado; k) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

- La Agencia Tributaria, por los datos de los que dispuso desde el año 1998 y con los que no actuó debidamente al no comunicárselo a las autoridades competentes en el control y supervisión del mercado financiero y de crédito. Esos datos sobre el sistema contable utilizado por las empresas pusieron de manifiesto la existencia de una operativa netamente

financiera a la hora de contratar con los consumidores que debía ser inspeccionada por la autoridad financiera.

- La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y, por tanto, el Ministerio de Economía, por no haber controlado, regulado y ni siquiera investigado, a pesar de todos los indicios existentes y que se han puesto de manifiesto a lo largo de este escrito (de las denuncias remitidas por ADICAE, Asociación de Consumidores, requiriendo medidas de control de tipo financiero para garantizar los derechos de los clientes de este tipo de empresas del sector), o cuando menos por no haber ordenado la paralización (con la correspondiente sanción) de una actividad no autorizada y reservada, ex artículo 28 de la Ley 26/1.988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en exclusiva a favor de las entidades financieras y, en definitiva, por no investigar a iniciativa propia tal y como le exige su normativa reguladora para garantizar la transparencia de los mercados.

Poco importa ahora saber si estamos ante productos financieros de carácter crediticio (bancario) o de inversión (valores); lo cierto y verdad es que cualquiera de los organismos reguladores tenía habilitación legal expresa para conocer e investigar, no solo por denuncias –que las hubo- sino también de oficio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 bis de la Ley del Mercado de Valores (vigente entonces) y 28 y disposición adicional 10ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y sin embargo no actuaron. Y no lo hicieron a pesar de que la publicidad, el modo de comercialización, el sistema de contratación, la rentabilidad ofrecida, etc., constituían ya motivos suficientes para que ambos organismos actuaran en consonancia con las habilitaciones legales que les correspondían.

En resumen y en relación con el hecho causante, de tres motivos se deriva la responsabilidad de la Administración:

- a) porque nunca se reguló adecuadamente la actividad de estas empresas.

- b) porque cuando se reguló en el 2.003 se hizo sin ninguna virtualidad y eficacia ya que, en la práctica, volvía a dejar fuera de control la actividad de estas entidades.
- c) a lo largo de todos los años de funcionamiento de estas empresas no se actuó administrativamente, ni positiva ni negativamente, por los órganos competentes (Consejo de Ministros, Ministerio de Economía, CNMV, Banco de España, Dirección General de Seguros, etc).

### E.- Daño causado.

Los afectados por la intervención de “FORUM” y “AFINSA”, todos ellos clientes de estas empresas han sufrido **daños reales y efectivos**.

Desde el descubrimiento de la actividad, aún hoy, presuntamente defraudatoria y la consecuente actuación de la justicia, más de 400.000 personas han dejado de poder disponer del capital invertido, fundamentalmente ahorro captado a través de la operativa llevada a cabo por dichas entidades. Sus clientes han perdido los ahorros que tenían invertidos, y lógicamente no recibirán tampoco los intereses que tenían reconocidos por contrato, siendo además esto un hecho totalmente cierto y constatable a la vista de los informes de los Administradores Concursales tanto de Forum como de Afinsa.

Los daños ya producidos son distintos en cada afectado en función de las cantidades invertidas por cada uno, y por supuesto, se pueden individualizar; son antijurídicos, ya que no existe ninguna norma que obligue a soportarlos; y son evaluables económicamente.

El tiempo permitirá saber las cantidades que los afectados podrán recuperar en función del desenlace que tengan los procesos penales y concursales que están en curso. En todo caso, no es necesario (al margen de que tampoco es posible) determinar ahora la cuantía de los daños, procediendo en este momento tan solo el reconocimiento y/o declaración del derecho de los afectados a ser indemnizados de un “quantum” a fijar en ejecución de resolución/sentencia (STS 3ª, de 05/06/2002) de acuerdo con el criterio que allí establecemos y que no es otro que el resultado de sumar tanto el importe del crédito ordinario

como el subordinado reconocido a cada afectado en los respectivos informes concursales de Forum y de Afinsa.

A la totalidad de las sumas se deducirán las cantidades que todos ellos perciban de la masa activa de las empresas y/o de sus responsables, ya sea por el procedimiento concursal o penal.

Y a la existencia de este daño no obsta la tramitación de sendos procedimientos penales de los que pudiera derivarse una hipotética responsabilidad civil derivada de un ilícito penal, ya que la razón de ser de ambas responsabilidades es diferente. En cualquier caso y como nunca podría llegar a existir la figura del enriquecimiento injusto, lo cierto y verdad es que, de estimarse esta demanda y abonarse la oportuna cantidad por el Estado, este se subrogaría en el cobro de todas las otras cantidades que, por cualquier concepto, tuviera que percibir el administrado afectado.

#### **F.- Relación de causalidad.**

Habiéndose acreditado por organismos y administraciones públicas, tribunales, instituciones diversas y el propio parlamento, el, además, notorio y público carácter financiero de los contratos de Forum y Afinsa, acreditaremos a continuación cómo la falta de regulación y control, primero, y la errónea e insuficiente regulación posterior, han jugado un papel determinante en la producción y extensión de los daños causados a más de 400.000 ahorradores-inversores, todo ello partiendo de la consideración de que la actuación de la Administración no está para garantizar el resultado de la inversión, pero sí para que los operadores del mercado financiero cumplan las normas a las que vienen obligados.

Conforme a la tesis de la **causalidad adecuada**, y aún cuando hablamos de una responsabilidad de tipo objetivo, hay que decir que en el caso que nos ocupa y después de los razonamientos efectuados con anterioridad en el presente escrito, la concurrencia de los daños referidos era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, no teniendo obligación de soportarlos ningún consumidor en una sociedad en la que los sistemas de control y

regulación de los mercados de carácter especial como el que nos ocupa deberían de actuar a la menor señal de alarma.

La empecinada obstinación de la Administración de no considerar la actividad de estas empresas como incluida en el campo de lo financiero, o incluso como no financiera pero si de captación de ahorro público, y su consiguiente falta de control e incluso de regulación específica, no podía significar otra cosa que, con el transcurrir del tiempo, las mismas se pudiesen en una situación de total insostenibilidad ya que, como se ha visto, los bienes en que se hacía ver que invertían y que servían de teórico soporte a su vez a la inversión de los consumidores, no podían tener la revalorización que ofrecían. Y que esto era así lo conocía la Administración quien, al menos desde el año de 1.998, es decir ocho años antes de la intervención judicial de las empresas, ya puso de manifiesto que estas empresas, en realidad, estaban realizando actividades reservadas, y por tanto prohibidas, no haciendo nada al respecto. Su única actuación, y ya cuando las empresas llevaban más de 20 años funcionando y la pirámide se había convertido prácticamente en insostenible, fue sacar una regulación atropellada y torpe que nada podía ya solucionar, máxime si además no dotaba a los organismos a quienes otorgaba las competencias de control, de medios para poder poner en marcha dicha norma.

Lo anterior se encuentra ratificado por la sentencia ya citada dictada en el ICO 369/07 de Forum que textualmente llega a decir que *“esta actividad no era desconocida para nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien estaba escasamente regulada en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva.”*

El funcionamiento de los servicios públicos, concretado en un actuar defectuoso o en una no actuación de la Administración cuando tiene la competencia para ello, constituye un presupuesto sin el cual no puede concebirse que se produjera el resultado dañoso.

El Estado se encuentra obligado a poner las condiciones en el mercado a de que los ahorradores no pierdan la confianza, pieza fundamental del sistema. En este sentido *“la confianza en el correcto funcionamiento del mercado...es no ya un bien jurídico*

*supraindividual, sino el bien más valioso, con autonomía propia y pieza clave en las relaciones económicas de un país. La confianza de los inversores tiene una importante significación por lo que su tutela debe conseguirse mediante una política de ordenación estatal y de estabilidad en las condiciones de actuación de los operadores económicos, todo ello tendente a mantener la liquidez del mercado y la confianza del mismo” (GOMEZ INIESTA, DJ., Barcelona 1.997, Pág. 294 y 295)*

Pues en el caso que nos ocupa el resultado dañoso se produce a consecuencia tanto de la falta de control como de la inexistente regulación, inicialmente y hasta 2003, y de la posterior defectuosa regulación que se realiza al no incluir a esta actividad dentro de las actividades financieras o de captación de ahorro público y por ende dotarlas del control que para las mismas existe en nuestra legislación, lo que hace que se produzca una clara quiebra y falta de confianza en el sistema. Y esta relación de causalidad también existiría aun cuando no se considerase como financiera a la actividad, pues desde la publicación de la única norma que se refiere a la misma (a la actividad) esta se ha revelado, por los propios acontecimientos acaecidos, insuficiente para evitar la producción del daño.

Al no controlar la actividad de estas empresas cuando tenía conocimiento de que, al menos, realizaba actividades de captación de ahorro (recibía préstamos dice la administración tributaria), consideraba que eran rendimientos (los obtenidos por los inversores) que debían considerarse como de valores mobiliarios (léase las consultas vinculantes aportadas con la reclamación previa), o admitía incluso que eran entidades financieras no registradas (CNMV); o bien al regular en la forma en como lo hizo (excluyéndolos de la categoría de inversiones financieras y dotándoles de un control que correspondía a las CCAA y que no fue dotado económicamente) la inversión en supuestos bienes tangibles, realizó, primero, una clara omisión en sus competencias que incluyen, entre otras, la protección de los consumidores y usuarios, y segundo, una defectuosa actuación al regular de forma errónea y, en todo caso, insuficiente para evitar el problema, la inversión en bienes tangibles.

Teniendo en cuenta la naturaleza real subyacente de la actividad desarrollada por FORUM y AFINSA, el resultado que cabía esperar de la falta de regulación o de la regulación de la Disposición Adicional tantas veces referida, no era otro que el acaecido. En este sentido la **STS de 25/2/1998**, la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial *“impone que no solo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos (...)*

*(...) Debe pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo, y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”.*

La **STS, 3ª, de 25/2/1998** establece que *“entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.*

*No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en este en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*

*La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que*

*comportan fuerza mayor, única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente (...)*”.

Del mismo modo, la **STSJ Baleares, de 04/4/2006** establece que *“excluido el criterio de la culpa, el concepto de lesión junto con el criterio de la causalidad constituyen el centro neurálgico de la responsabilidad de las Administraciones Públicas (...)*.

*El reconocimiento de la responsabilidad de la Administración precisa la existencia de lesión que le sea imputable mediante una relación de causalidad (...). Esa lesión imputable a la Administración lo ha de ser por el ‘funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos’, siendo exigible, además, que entre el hecho determinante y daño sufrido exista una relación de causalidad (...)*.

*Cuando la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, el resultado es adecuado a la actuación que lo originó, de modo que se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar (...). Por el contrario, cuando el daño no era de esperar, no existe relación causal ni deber de indemnizar”*.

En términos muy similares se pronuncia el **TSJ Cataluña en reciente S. de 15/02/2007**.

Resulta, por otra parte, innegable que la Administración General del Estado no solo podía esperar, sino que debía saber por las inspecciones realizadas, que las empresas de inversión filatélica tarde o temprano dejarían de poder cumplir con sus compromisos de recompra, a menos de permitirles que se hiciera aún más grande lo que la Fiscalía y los Jueces de Instrucción de la Audiencia Nacional ya han calificado como “(presunta) estafa piramidal”. La Administración lo conocía a partir de las inspecciones realizadas por la Agencia Tributaria, y que sirven de base de las querellas presentadas por los Fiscales Anticorrupción; y lo sabía porque la historia financiera de nuestro país estaba plagada de antecedentes, “CAFISA” y “BANFISA” entre otros.

Y en punto a esta relación de causalidad no es posible admitir la tesis de la inexistencia de la misma entendiendo que los perjuicios patrimoniales sufridos por los afectados sean consecuencia de la comisión de unos hechos presuntamente delictivos por parte de los cargos directivos de Forum y Afinsa, no afectando para nada a ello el que los contratos sean o no de naturaleza financiera, ya que de haber sido correctamente considerados tanto en la regulación de 1.984 como en la de 2.003, las empresas Forum y Afinsa hubiesen estado sometidas a un control especial y distinto al existente (que fue nulo) y se hubiesen prevenido las conductas que han dado lugar a la situación en la que los afectados se encuentran en este momento, ya que los delitos de los que se imputan a los directivos de Forum y Afinsa, en lo que afectan al consumidor, se ciñen exclusivamente a la existencia de estafa o apropiación indebida, siendo el resto de los delitos, bien afectantes al orden público e interés general (blanqueo de capitales), bien a la propia sociedad mercantil en si misma (los delitos societarios).

Y en orden a esta cuestión resultaría de aplicación el contenido del voto particular incluido en la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de fecha 26 de enero de 2.006 dictada en el recurso nº 374/2003 en el que, también en un supuesto de solicitud de responsabilidad patrimonial, se concluye que “no basta con acreditar que (en este caso) la CNMV realizó actuaciones, promovió reuniones, o formuló requerimientos, pues cuando se detectan los incumplimientos descritos (en el caso que nos ocupa el ser una entidad financiera no registrada considerándola como tal por la CNMV) y el requerido no regulariza su situación en un plazo razonablemente inmediato (en el caso que nos ocupa ni siquiera se produjeron dichos requerimientos) y además se le permite seguir actuando (a pesar de saber que no está registrado), se potencia el riesgo de que dicho operador en el mercado, que captará fondos de inversores convencidos de que el operador actúa en el marco de la legalidad pues esa circunstancia debe ser garantizada por la CNMV que tiene un detallado conocimiento de su actividad y la tolera”.

Con independencia de la comisión o no de los delitos por los administradores de las sociedades Forum y Afinsa, delitos de los que evidentemente no se responsabiliza a la Administración pública, y de

las consecuencias que las querellas de la Fiscalía tuvieron en la intervención de las entidades, es lo cierto que el sistema piramidal utilizado por aquellas estaba llamado a, más pronto que tarde, explotar, y es precisamente la no actuación del Estado cuando conocía el actuar de aquellas entidades, lo que hace que este sea responsable de los daños que se producen a los afectados. Con el simple hecho de haber instado a su registro como entidad financiera de estas empresas (lo que debió instar la CNMV al menos en el año 1.999 cuando las calificó así en su Memoria y con el fin de cumplir lo dispuesto en el artículo 28 y disposición adicional 10ª de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), hubiese sido suficiente tanto para que las mismas hubiesen cumplido con los requisitos establecidos en la Ley, como para que, al menos, se hubiese podido controlar su actividad y haber evitado la situación en la que nos encontramos.

Para terminar con la cuestión relativa a la relación de causalidad, a la existencia de la misma no obsta la atribución competencia a las Comunidades Autónomas efectuada por la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003 ya que dicha atribución, en tanto que estamos ante actividades de carácter financiero, además de estar sometidas al principio de reserva de ley del artículo 28 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ya citado, son competencias reservadas al Estado de conformidad a lo establecido en el artículo 149.11ª de nuestra Constitución.

La actividad de captación de ahorro público por estas empresas no se desarrolló durante 25 años al margen o con desconocimiento de la autoridades públicas, al contrario se desplegó (a lo largo y ancho del territorio nacional, en los mejores emplazamientos de nuestras ciudades, con patrocinios sonados y con una enorme estructura comercial y de marketing) con la aquiescencia y permisividad de la administración pública que amparaba con sus actuaciones públicas de reconocimiento social la actividad de la filatélicas, dándole una cobertura y apariencia de legalidad ante los administrados de lo que no se puede derivar más que la responsabilidad patrimonial de la administración pública, pues tenía suficientes medios (quien si no va a tenerlos) para conocer y evitar los perjuicios patrimoniales de los consumidores, siendo además su obligación hacerlo.

Y no es admisible alegar una concurrencia de culpas por una inexistente ambición desmedida de los consumidores que les llevaba a realizar unas inversiones de riesgo. Respecto a los supuestos riesgos de insolvencia del captador del ahorro popular y riesgos sobre el teórico subyacente, hay que precisar lo siguiente: en cuanto al primero, Afinsa y Forum mostraban públicamente una imagen de solvencia (que luego se demostró ficticia) y de cumplimiento puntual de los pagos durante 25 años, con la aquiescencia y beneplácito de la Administración Pública; y respecto al riesgo sobre el teórico subyacente, la filatelia, el depósito del ahorro se realizaba siempre y en todas las modalidades contractuales con garantía de devolución del principal, y lo que es más importante, con rentabilidad mínima prefijada y garantizada desde el mismo momento de la contratación. Por lo que no puede achacarse responsabilidad alguna a los propios afectados por las pérdidas patrimoniales sufridas.

**VI.-** En punto a finalizar la cuestión relativa al fondo de la cuestión, solamente queda por desarrollar lo relativo a la Administración que debe responder por la responsabilidad que se solicita en esta demanda, y en ello debemos reiterar lo que también argumentamos en nuestra reclamación previa.

El **Estado** tiene la consideración de persona jurídica según la Constitución Española, y por tanto, ostenta legitimación pasiva en un eventual proceso judicial. Es perfectamente posible dirigir la acción contra el Estado sin necesidad de concretar el órgano de la Administración Pública correspondiente que ha cometido la acción u omisión generadora del daño.

El Estado es el titular de los poderes públicos cuya responsabilidad viene garantizada por el artículo 9.3 de la CE.

En el caso que nos ocupa, la reclamación se dirigió frente a la **Administración General del Estado**, y debió ser resuelta por el Consejo de Ministros, en razón a que corresponde a este organismo aprobar los Proyectos de Ley y su remisión al Congreso de los

Diputados y en su caso al Senado, así como el ulterior desarrollo reglamentario de las normas con rango de ley y su ejecución, y ello con independencia de la responsabilidad de otros organismos inferiores a quienes también hemos citado. En esos términos lo ha resuelto la jurisprudencia en sentencias como la **STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 6ª, de 29/9/2002**. También se puede dirigir al Consejo de Ministros en su condición de máxima instancia orgánica de la Administración General del Estado entendido como Estado-administrador.

Como razona la última de las sentencias citadas, *“el artículo 106.2 de la Constitución Española establece que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Del mismo modo el artículo 139.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece idéntico derecho, dentro del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. La responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido configurada en nuestro sistema legal y jurisprudencialmente, como de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, debe ser en principio indemnizada porque, según jurisprudencia reiterada, de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad. Para que concurra tal responsabilidad patrimonial de la Administración, se requiere según el artículo 139 antes citado: a) Un hecho imputable a la Administración, bastando por tanto con acreditar que un daño antijurídico se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público; b) Un daño antijurídico, en cuanto detrimento patrimonial injustificado porque quien lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo y que ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) Un nexo causal directo y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, pues la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; d) La*

*ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar”.*

*“... La competencia para efectuar el desarrollo reglamentario al que se refiere el recurrente corresponde al Consejo de Ministros (artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), a quien compete ‘aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan’. Tal actividad, por tanto, no puede concretarse en un órgano ministerial, sino que compete al propio Consejo de Ministros. Por ello, a juicio de la Sala, la competencia para resolver la petición de responsabilidad patrimonial derivada de la ausencia de desarrollo reglamentario de un precepto legal corresponde al Consejo de Ministros, por ser el órgano de la Administración General a quien la Ley confiere dicha atribución (el desarrollo reglamentario). Así se infiere de lo previsto en el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a cuyo tenor corresponde resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial ‘al Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone’, de manera que, en el caso de autos, tal Ley estaría constituida por el artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre”.*

*“(...) La Sala entiende que si el hecho causante de la supuesta responsabilidad patrimonial deriva de la falta de desarrollo reglamentario de una disposición con rango de ley, debe ser el Consejo de Ministros (órgano competente para efectuar dicho desarrollo) quien tramite y resuelva la petición correspondiente”.*

Por último decir que, en cualquier caso también a lo largo de la argumentación tanto de la reclamación previa presentada en su día como de esta demanda, se han expuesto los motivos para poder reclamar, y por ende poder dirigir, la reclamación contra la CNMV, Banco de España y Ministerio de Economía, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y las autoridades competentes para la aplicación de la normativa recogida en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003, habiéndose dirigido en cualquier caso aquella reclamación contra el Consejo de Ministros por ser el órgano de mayor rango, siendo por ende ante el Tribunal Supremo, por la

desestimación de la reclamación previa, ante quien hay que interponer la presente demanda.

Y, como ya se ha dicho, no es de recibo atribuir la culpa de la deficiencia de regulación a las Comunidades Autónomas y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar porque definida la inversión como de carácter financiero, existe un principio de reserva tanto de Ley como de competencias a favor del Estado para regular este tipo de inversiones; y en segundo lugar porque, desde el punto de vista del que se solicita la responsabilidad en esta demanda, nunca las Comunidades Autónomas tuvieron competencia para regular la actividad de las empresas Forum y Afinsa, competencia que, por otro lado, nunca fue más allá de constituirse en meros registros de la documentación que había que aportar.

**VII.-** Resumiendo todo lo hasta aquí expuesto diremos que se dan los requisitos necesarios para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado pues ha existido una actuación anormal de la Administración que ha considerado como no financiero algo que si que lo era y que no ha regulado como tal, ni como cualquier otra cosa en un principio, pasando a regularlo de forma incorrecta o insuficiente para la naturaleza de los contratos con posterioridad, lo que ha producido un daño en los inversores que han perdido su inversión, existiendo entre aquel anormal funcionamiento y el daño sufrido la necesaria relación de causalidad.

El inversor, en su buena fe y en la confianza del funcionamiento del sistema y de las instituciones, ha visto vulnerado ese principio por el defectuoso funcionamiento de aquel sistema y de estas instituciones, habiendo depositado su dinero en unas empresas que captaban masivamente el ahorro, cuya actividad era conocida por las Instituciones del Estado, y que no fueron controladas, ni mucho menos paralizada su actividad de captación de ahorros u obligada a solicitar las autorizaciones precisas, no teniendo el inversor el deber de soportar la pérdida de la totalidad de la inversión, como ha sucedido, sino solo y en su caso, el resultado de la misma, ya que dichos ahorradores-inversores nunca coadyuvaron a la comisión de los delitos que, por la falta de regulación y control, hayan podido ser cometidos.

**VIII.-** Las costas deben ser impuestas a la Administración demandada al estimarse las pretensiones de esta parte, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 68.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1.998.

Por todo lo expuesto,

**SUPlico A LA SALA:** Que tenga por presentado este escrito, con sus copias y documentos, en tiempo y forma se sirva admitirlo, y con ellos por formulada la demanda en el recurso referenciado y, previos los trámites oportunos, se llegue a dictar Sentencia por la que:

- a) Se declare la existencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado;
- b) Se condene a la misma a indemnizar a los representados por parte de mi mandante en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, fijándose las bases de ejecución en las cantidades reconocidas a cada perjudicado tanto por crédito ordinario como subordinado en los informes definitivos de la Administración Concursal tanto de Forum como de Afinsa, una vez descontados o deducidos los importes ya percibidos efectivamente por cada uno en los procedimientos concursales o penales sustanciados, y subrogándose el Estado en la posición acreedora de los afectados respecto a cualquier otra cantidad que éstos puedan percibir hasta el importe máximo del crédito ordinario y subordinado reconocido;
- c) Se impongan a la demandada las costas del presente procedimiento.

Pues todo ello resulta de Justicia que pido en Madrid a nueve de diciembre de dos mil ocho.

**OTROSI PRIMERO DIGO:** que interesa al derecho de mi parte que el presente recurso sea recibido a prueba en su momento, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establezco que la misma versará sobre los extremos necesarios a fin de acreditar las cuestiones que se han puesto de manifiesto en el cuerpo de esta demanda, y especialmente los relativos a los siguientes puntos de hecho: acreditación del daño sufrido por mis representados, acreditación de la actividad realizada por las empresas Forum y Afinsa, actividad desarrollada por la Administración Pública en relación con dichas empresas, denuncias presentadas ante la CNMV y el Banco de España, informes elaborados tanto por la Fiscalía General del Estado como por la Brigada de Delitos Económicos en relación con las actuaciones de ambas empresas, así como sobre cualquier otro extremo derivado de los relatados en esta demanda o que se deriven de la contestación que en su momento se de por la Administración.

**OTROSI SEGUNDO DIGO:** que a los mismos efectos probatorios designo los archivos de los siguientes organismos y entidades: Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 1 y 5, Juzgados de lo Mercantil nº 6 y 7 de Madrid, Agencia Tributaria, Instituto de Contabilidad y Auditoría Contable (ICAC), Dirección General de Tributos, Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado, Congreso de los Diputados, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España, Clifford Chance, y Ernst&Young.

**OTROSI TERCERO DIGO:** que con independencia de los documentos adjuntados en su día con el escrito de reclamación previa, acompañando al presente escrito se adjuntan los siguientes:

1.- Estudio, parcial, elaborado por la Asociación ADICAE relativo al perfil relativo a la inversión efectuada por los afectados.

2.- Recorte periodístico en el que se recoge la entrega de un premio al Administrador de Forum por el ex ministro de Justicia Don Juan Fco. López Aguilar.

3 a 16.- Sentencias reseñadas en el apartado o) i e ii del epígrafe “naturaleza jurídica de los contratos celebrados por dichas entidades”.

17.- Memoria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores correspondiente al ejercicio de 1.999.

18.- Auto de Medidas Cautelares contra administradores de Afinsa.

**SUPlico A LA SALA** tenga por efectuadas las alegaciones precedentes a los efectos oportunos. Pues ello resulta de Justicia que reitero en el mismo lugar y fecha.

Ltdo. Juan Fco. Llanos Acuña. Proc. Jorge Luis de Miguel López.  
Colegiado nº 40.358

Ltdos. Agenor Gómez Alvarez y Luis Francisco García Perulles.