

**INFORME SOBRE LA SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2010
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN
TERCERA BIS DE LA AUDIENCIA NACIONAL**

Con fecha 5 de Febrero de 2010 se ha dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional Sentencia en el Recurso 704/2007 interpuesto por el Bufete Marín en nombre de varios centenares de personas pertenecientes a las Asociaciones de perjudicados de Fórum Filatélico defendidas por este Despacho, y tras un detallado estudio de la misma podemos informar sobre los siguientes extremos:

1.- Los Magistrados de la Sala que ha conocido el Recurso, se reunieron para votación y fallo el día 2 de Febrero de 2010, procediéndose a la publicación de la Sentencia el día 5 del mismo mes y año, y debido al volumen y extensión de la referida Sentencia (60 páginas) todo hace indicar que estaba redactada con bastante antelación, puesto que la constante referencia a disposiciones normativas y citas jurisprudenciales implica la inversión de un volumen de tiempo importante.

2.- Han sido miles los afectados que han formulado recursos en fase Contencioso-Administrativa ante la Audiencia Nacional, reclamando igualmente la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso Fórum Filatélico y también en Afinsa. Nuestro Recurso y el de algunos otros interesados, defendidos por otros abogados, han sido los primeros en estudiarse por el Tribunal, que decidió dejar en suspenso la tramitación de todos los demás recursos hasta que se pronunciara sobre el que nos ocupa, dado que la pretensión contenida en todos los recursos que se presentaron era la misma, si bien y motivado por las diferentes asistencias letradas, divergían en cuanto a la Fundamentación Jurídica.

El Tribunal explica en la Sentencia que el contenido jurídico de la Sentencia de 5 de Febrero de 2010 va a ser el que se traslade a todos aquellos otros recursos cuya tramitación se suspendió, con independencia de cuales sean los argumentos jurídicos que en cada uno de ellos se propongan.

Quiere esto decir que la Sentencia dictada en nuestro Recurso se va a hacer extensiva a todos los que se han formulado.

3.- La Sentencia, a pesar de desestimar nuestras pretensiones, no formula condena al pago de las costas procesales, lo que hubiera determinado la obligación por parte de los reclamantes de abonar los honorarios del abogado del Estado que ha intervenido en el pleito, y en atención a la cuantía ventilada en el Recurso.

4.- La Sentencia, si bien exime de responsabilidad patrimonial al Estado (en cualquiera de sus vertientes, tanto estatal, como autonómica) deja abierta la posibilidad de que pueda obtenerse una condena económica subsidiaria contra el Estado si en el proceso penal que instruye el juez Garzón se terminara acreditando que determinados funcionarios o autoridades de instituciones públicas realizaron conductas que supongan algún delito o falta, por aplicación de la doctrina penal que determina que todo delito o falta lleva aparejada la responsabilidad civil con cargo al condenado.

Nuestros clientes ya conocen que este despacho está pretendiendo la acreditación de que por determinados funcionarios e integrantes de la CNMV y del Banco de España se realizaron conductas que pudieron contribuir notablemente a la comisión de los delitos que se investigan en el Juzgado Central de Instrucción 5 (Penal) de la Audiencia Nacional, por lo que si las investigaciones prosperaran en el sentido pretendido se podría finalmente lograr la imputación penal de funcionarios o autoridades que finalmente demostraran la

responsabilidad civil del Estado y la consiguiente indemnización a los perjudicados.

Debemos recordar en este punto que a pesar del criterio contrario de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y del Señor Magistrado Instructor (D. Baltasar Garzón), obtuvimos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Auto por el que –rectificando el criterio del Juez y de la Fiscalía- se acordaba llamar a declarar a los responsables de la CNMV, si bien como testigos y no todavía como imputados.

Lamentablemente, la inexorable lentitud con la que se están tramitando las Diligencias Penales ha impedido que obtuviéramos pruebas que tal vez hubieran resultado cruciales para el dictado de esta Sentencia de 5 de Febrero de 2010 en el procedimiento paralelo, puesto que nos hubiera permitido acreditar aquello que sospechamos fundadamente, y es que tanto en la CNMV como en el Banco de España no solo existió un conocimiento fiel y pormenorizado de los negocios que desarrollaba Fórum Filatélico, sino que además – y derivado de ese conocimiento- se elaboraron informes con el fin de determinar qué autoridad estatal era la competente para regular de manera adecuada las empresas de bienes tangibles.

Desgraciadamente, la constante obstaculización de la CMNV en la entrega de documentación se ve favorecida por la lentitud en la tramitación de las Diligencias Penales, con el inexistente apoyo de la Fiscalía, lo que determina unas razonables dificultades para obtener pruebas que a nuestro juicio son cruciales para el proceso penal y que hubieran sido determinantes para demostrar la responsabilidad del Estado en el Proceso Contencioso- Administrativo.

5.- Generalmente, las sentencias de los tribunales, amén de sostenerse en normas jurídicas, se suelen sustentar en antecedentes jurisprudenciales, es decir, procesos judiciales anteriores similares al

enjuiciado, de modo que el tribunal sentenciador tiene ya unos precedentes sobre los que basarse y, además, fundamentos para evitar que la Sentencia contradiga la doctrina anterior de otros tribunales similares o superiores.

Nuestro Recurso se extendía en proponer al Tribunal antecedentes jurisprudenciales que apoyaban nuestra tesis, que sin embargo han sido palmariamente ignorados en la Sentencia de 5 de Febrero de 2010. Por el contrario, el Tribunal utiliza como antecedentes para rechazar el Recurso casos tan variopintos como el de SOFICO y GESCARTERA, resultando ocioso extendernos en explicar que los supuestos de hecho enjuiciados en esos dos casos apenas tienen alguna coincidencia con el de Fórum Filatélico, por lo que no acertamos a comprender cómo el Tribunal ha podido encontrar alguna proximidad entre aquellos antecedentes y el problema actual.

6.- Una de las cuestiones angulares en el caso es determinar si los contratos que celebraba Fórum con sus clientes eran mercantiles o financieros, debiéndose en este punto recordar que son mercantiles los contratos habituales entre empresas o particulares, pero tienen el carácter de financiero aquellos otros en los que se realizan negociaciones que afectan a inversiones o dinero con una retribución pactada o previsible, de modo que el inversor hace entrega a un tercero de sumas dinerarias con el fin de recuperar en un plazo previsto la inversión con una determinada rentabilidad económica.

El Informe que en su día realizó la Inspectora de la Agencia Tributaria, y que fue el sustento fáctico y jurídico para la intervención de la empresa, determinaba con claridad que la actividad de Fórum Filatélico era financiera. Por su parte, la querrela que presentó la Fiscalía en la Audiencia Nacional y que motivo las Diligencias Penales que actualmente se siguen contra determinadas personas que

gestionaban Fórum Filatélico y otras empresas satélite, argumentaba que la actividad de la empresa era financiera.

La Sentencia de 28 de Enero de 2008 del Juzgado de lo Mercantil 7 de Madrid, en el que se tramita el Concurso Necesario de Fórum Filatélico (procedimiento concursal) se extiende en acreditar de forma pormenorizada que la actividad de Fórum Filatélico era financiera.

En nuestro Recurso (Hecho VII) decíamos que las cosas son como son y no como se las llama, y a tal efecto debemos insistir, con apoyo en los reiterados criterios antedichos, que la actividad de Fórum Filatélico era financiera. Por tanto, aunque el negocio se revistiera con la forma comercial de venta de sellos con pacto de recompra por un precio superior, la realidad no era otra que la de entregar a la empresa sumas económicas para recuperar en un plazo previsto esa inversión con una rentabilidad económica. Por el volumen de los impositores o clientes de Fórum Filatélico, debemos compartir aquellas opiniones que consideran que la empresa se dedicaba a captar ahorro público de manera masiva, y suscribir la opinión del expresidente de la CNMV, Don Manuel Conthe, que aseguró que según su criterio Fórum Filatélico era un “banco de hecho”.

Con estos antecedentes, el criterio contenido en la Sentencia de 5 de Febrero de 2010 acerca de que los contratos de Fórum Filatélico no eran financieros sino mercantiles, no solamente nos merece nuestras mayores críticas, sino además el sostenimiento de la idea de que el Tribunal precisaba necesariamente argumentar la inexistencia del carácter financiero para así exonerar al Estado de responsabilidad.

No olvidemos aquí que los controles normativos acerca de los contratos financieros son mucho más rigurosos que cuando estos son mercantiles y que son diversas las instituciones públicas que deben

vigilar las entidades con actividad financiera y velar por que sus actuaciones se acomoden a derecho.

Este será uno de los argumentos principales del Recurso de Casación que pretendemos formular ante el Tribunal Supremo.

7.- El Tribunal Sentenciador, para justificar y acomodar su tesis acerca de que los contratos son mercantiles, no ha podido (so pena de incurrir en grave imprudencia) dejar de analizar el evidente carácter financiero que se traduce de la actuación de Fórum Filatélico, si bien ha terminado encontrando un argumento que ciertamente nos parece inadmisibile y carente del más elemental sustento jurídico.

La Sentencia sostiene que en el caso de que pudiera considerarse financiero el contrato entre Fórum y sus clientes se trataría de una “simulación” de modo que aunque ambas partes estaban formalizando un acuerdo financiero lo revestían de forma y estipulaciones típicas de un contrato mercantil. Esta tesis es jurídicamente inaceptable por cuanto la “simulación” implica necesariamente que las partes intervinientes en el contrato confabulan para pergeñar un documento fraudulento que, en apariencia, regula una situación legal a pesar de que el sentir y el consentimiento de las partes pretenden un sentido distinto o contrario.

No es compatible con la más elemental de las lógicas que contratos de adhesión como eran los de Fórum Filatélico, en los que el impositor jamás podía introducir modificaciones en las estipulaciones y que además eran idénticos para todos los clientes, puedan calificarse de actos de simulación. Peor entendimiento tiene el argumento de que un modesto ahorrador, con nulos conocimientos jurídicos o financieros, pudiera negociar con los representantes legales de Fórum Filatélico un contrato con consecuencias financieras pero bajo estipulaciones de sentido mercantil.

Este será también uno de los elementos fundamentales de nuestro Recurso de Casación.

8.- La Sentencia se extiende en analizar la regulación legal de las diversas instituciones públicas que consideramos omitieron regulación y vigilancia respecto de Fórum Filatélico, para concluir que existe en España una sólida y amplia regulación jurídica que garantiza sobradamente los derechos de los consumidores y especialmente de los clientes de Fórum Filatélico.

Por otro lado la Sentencia igualmente suscribe que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003 contiene una regulación suficiente para garantizar igualmente los derechos de los ahorradores.

Tras una reiterada alabanza acerca de las bondades del sistema legal de control contenido en diversas normas, la Sentencia concluye que merece desestimarse el Recurso por cuanto, con tan generoso elenco de normas, no puede atribuirse al Estado responsabilidad por falta de control o vigilancia en la actuación de Fórum Filatélico. Nuestro argumento es fácilmente entendible: no acertamos a comprender cómo siendo tan riguroso el control normativo pudo estar la empresa funcionando durante más de 25 años de manera aparentemente irregular sin que ninguna autoridad se apercibiera de ello.

Más aún, es difícilmente comprensible que dada la constante inspección que padecía Fórum Filatélico por las autoridades tributarias, no fueran capaces años antes de comprobar el verdadero sentido financiero de los contratos de la empresa con sus clientes.

Finalmente, y si efectivamente el control normativo era tan estricto, no acertamos a comprender que se terminara llegando al extremo de realizar una intervención “manu militari” en lugar de haberse promovido con antelación suficiente las acciones habituales

para la regularización y administración de sociedades que atraviesan situaciones irregulares o crisis económicas, acciones que esa supuesta regulación hubiera permitido en el caso de existir realmente. Tampoco entendemos que, seis meses después de la intervención de la empresa, fuera necesario crear una Ley para regular el sector de los bienes tangibles si, como dice la sentencia, ya estaba suficientemente regulado para garantizar la seguridad de los consumidores.

9.- Por estricta aplicación de las normas que regulan los recursos de casación, y así especialmente se menciona en la Sentencia, solamente pueden acceder al Recurso de Casación aquellos perjudicados que acrediten tener una cuantía defraudada superior a los 150.000 euros, mientras que los demás con sumas inferiores pierden toda posibilidad de acudir a mencionado recurso, con la incomprensible particularidad de que si el recurso se gana en el Tribunal Supremo, el triunfo solo afectaría a los que pudieron recurrir por tener cuantías superiores a 150.000 euros, mientras que a los demás no les afectaría esa Sentencia positiva. La estricta aplicación de la norma en un caso del calado social de éste, supone una discriminación manifiesta para cientos de miles de personas que ven cómo se les cierra la puerta para reclamar sus derechos, segregación intolerable a la que nos oponemos con todas nuestras fuerzas.

Deseamos comunicar a todos nuestros clientes que el Bufete Marín va a formular el Recurso de Casación por todos los interesados, sea cual sea la cuantía de sus contratos, y en el caso de que no se admita para aquellos con sumas inferiores a 150.000 euros, agotaremos los recursos en instancias nacionales (Recurso de Queja ante el Tribunal Supremo y Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional,) sin descartar acudir después a tribunales internacionales si ello fuera necesario.

En Madrid, a 11 de Febrero de 2010.