



POR FRANCISCO JOSÉ NAVARRO SANCHÍS MAGISTRADO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Responsabilidad patrimonial en Fórum y Afinsa (y II)

El gran mérito que, a mi juicio, tienen las sentencias de Afinsa y Fórum radica en la dificultad de reducir a la unidad argumental la gran complejidad del tema, fruto de centenares de reclamaciones, de la variedad y a veces contradicción de los motivos esgrimidos en ellas y, en suma, del carácter polifacético del pleito, donde está presente la denuncia frente a diversos órganos e instituciones de la Administración del Estado.

Decíamos la semana pasada que la causa de los contratos celebrados, en esencia, es el cambio de cosa -los sellos- por dinero, conforme al patrón típico de la compraventa que ya sistematizaron los romanos. Este mismo dato conduce a la Audiencia Nacional a ubicar la competencia administrativa en las comunidades autónomas, precisamente porque el título habilitante para su control -sea normativo, preventivo o disciplinario- es la protección a los consumidores y usuarios.

Pero las sentencias agotan el argumento y analizan, a efectos dialécticos, qué sucedería si mediante tales contratos, dadas sus cláusulas y condiciones, Afinsa y Fórum articularan verdaderas operaciones financieras de activo o pasivo, infringiendo así la reserva de actividad limitada a las instituciones de esta clase, sometidas a una intervención más intensa y específica.

Desde esa perspectiva, que la Sala considera puramente hipotética, el hecho de que los contratos supusieran captación de pasivo y no compraventas en sentido auténtico sólo sería admisible aceptando que en su celebración existía un acuerdo simulado por ambos contratantes. Esto es, que ni las empresas ni sus clientes querían pactar la compra, sino otra cosa distinta.

Este es otro de los momentos álgidos de la sentencia, en la medida en que se razona, a efectos prejudiciales, que no puede haber simulación contractual -en otras palabras más comprensibles, que quienes compraron lotes filatélicos y abonaron su precio adquirieron su propiedad-, lo que nos permite concluir que de tal titularidad no pueden ser ex-

LOS CONTRATOS SON MERCANTILES Y POR TANTO COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES

COMO SABEN MIS AMIGOS, NUNCA CREÍ QUE EL ESTADO FUERA RESPONSABLE

poliados sus dueños de una manera tan insensata como ya se ha procurado en los procesos penal y mercantil.

No cabe olvidar que el tratamiento contable y fiscal de los rendimientos obtenidos de sus clientes por estas empresas difiere radi-

calmente en función de esa primordial calificación: la tesis de la simulación, sin la cual, dice con claridad expresiva la Audiencia Nacional, no es concebible el carácter financiero de los contratos, llevaría, por ejemplo, a la deducibilidad fiscal de ciertas provisiones por responsabilidades que la propia Audiencia Nacional (Sección 5ª) había rechazado ya en una sentencia de 22 de marzo de 2006 -recurso nº 391/05-, y lo mismo cabe decir del IVA, deducible si la actividad fuera financiera y no en caso contrario.

Esta diferente calificación condiciona también la valoración de los activos a todos los efectos, desde el concursal -no es lo mismo calificar de existencias los sellos que considerarlos como un depósito de terceros- hasta el penal, pues no en vano uno de los delitos imputados es la insolvencia punible,

que depende a su vez de qué clase de contratos estemos analizando.

En cuanto a la simulación, sin ella no cabe, dice la Audiencia muy atinadamente, posibilidad alguna de estimar que estemos ante una actividad de captación de ahorro, en la que la filatelia ocuparía una función de garantía u otra, pero no sería el objeto mismo del contrato (lo que hace difícilmente explicable la situación jurídica de quienes mantuvieron en su poder los sellos y no los revendieron para hacer efectiva la revalorización prometida).

En suma, la razón por la que se resuelven las demandas descansa en la evidencia de que los contratos son mercantiles y, por ello, competencia de las CCAA y no del Estado; que este esquema no varía aunque los contratos fueran simulados -sería como considerar que miles de clientes han sido copartícipes de un fraude, lo cual ni siquiera los más desinhibidos son capaces de sostener-, y que no hay conducta negligente en las Administraciones evaluadas, aunque una de ellas, la Agencia Tributaria, había protagonizado durante décadas actos propios de los que ahora pretende zafarse, de inspección a ambas empresas partiendo sin discusión de la índole mercantil de su actividad.

Mis amigos y compañeros saben que nunca creí que el Estado fuera responsable patrimonial como se postula en estos litigios. Sé que es triste la aceptación de esta idea para los afectados, cualquiera que sea su nivel de indignación, pero yo tengo mi propia opinión al respecto y la voy a expresar con total franqueza: no puede ser condenada la Administración cuando la lesión patrimonial que han sufrido los clientes de Afinsa y Fórum se debe directamente a la intervención judicial de la otra Audiencia Nacional y a la insolvencia que esa circunstancia provocó. Lo que sin duda habría sucedido con cualquier empresa, incluso del Ibex, si su plana mayor fuera detenida a lo *Starsky y Hutch* y sus locales cerrados al público ¿O alguien cree lo contrario?

Kafka estaría de acuerdo.

