




Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoctava
C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010
Tfno.: 914931988
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0006338



(01) 30117011156

ROLLO DE APELACIÓN Nº 360/2012.

Procedimiento de origen: Incidente concursal nº 545/2007. Concurso nº 505/2006 ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Parte recurrente: D. José Luis Bullido Aguado y otros

Procuradora: D^a Raquel Gómez Sánchez

Letrada: D^a Begoña Lucas Arenales

Parte recurrida: Administración Concursal de ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L.

SENTENCIA nº 360/2013

En Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Pedro María Gómez Sánchez, el presente incidente concursal sustanciado con el núm. 545/2007 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid, pendiente en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día catorce de noviembre de dos mil siete.

Ha comparecido en esta alzada la parte demandante, D. José Luis Bullido Aguado y otros, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Raquel Gómez Sánchez y asistida de la Letrada D^a Begoña Lucas Arenales.



Madrid

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sra. Raquel Gómez Sánchez, en nombre y representación de José Luis Bullido Aguado y otros, sobre impugnación de la lista de acreedores, con expresa condena en costas a los actores”

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición por la Administración Concursal, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día doce de diciembre de dos mil trece. Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

1.D. José Luis Bullido Aguado y otros 227 acreedores de ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L. (en adelante AyN) interpusieron demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de impugnación de la lista de acreedores solicitando que fueran reconocidos como créditos ordinarios las cantidades que figuraban en la lista de acreedores a nombre de los actores como crédito subordinado.

2.Los demandantes fueron clientes de la concursada y como tal suscribieron dos tipos de contratos. El primero de estos tipos era el denominado contrato de “Mandato de compra” (CMC) y contrato de “Mandato de venta” (CMV). Por medio de estos contratos AyN recibió el encargo de adquirir diversas obras de arte por una cantidad preestablecida y se comprometía posteriormente a vender las obras adquiridas por un precio mínimo pactado, con el compromiso de compra para el caso de que no se hubiese procedido a la venta en la fecha determinada. El mandante manifiesta su interés en operar en el mercado del arte, con el asesoramiento e intermediación de la concursada. Para ello entrega dinero a la concursada, adjudicando las obras según consta en el anexo. El encargo de venta de las obras que se relacionan en el anexo se efectúa durante un plazo y precio determinado. Si no se realiza la venta AyN se compromete a adquirirla satisfaciendo el precio acordado en la fecha determinada, deduciendo los anticipos que se hubieran hecho efectivos. La gestión es gratuita, salvo que la obra se vendiera a un tercero, percibiéndose en este caso por la gestión el 2% del precio. Se pactaba la percepción periódica de cantidades para el cliente que correspondían a anticipos o revalorizaciones.

3.El segundo de los contratos era el denominado de constitución de patrimonio artístico (CPA). Tenía por objeto la constitución de un patrimonio artístico mediante la adquisición de obras de arte a cambio de una cantidad de dinero entregada por el comprador, que normalmente era periódica. Las obras se adquieren de la concursada, profesional del sector, mediante pagos anuales con la intención de revenderlas. Las obras eran custodiadas en depósito por la concursada. AyN se obligaba a recomprar las obras objeto del contrato por el

precio de adquisición más un porcentaje determinado. Las obras debían estar en perfectas condiciones de conservación. Las obras podían ser retiradas de las oficinas de la concursada siempre que su importe hubiera sido satisfecho íntegramente y, en otro caso, previo pago de su importe total. El comprador o cliente podía cancelar totalmente el contrato siempre que hubiesen transcurrido 36 meses desde su vigencia y al final de cada anualidad, conforme a los precios de recompra fijados. La concursada se obligaba a recomprar de forma sucesiva las obras adquiridas durante el primer año, al año siguiente las adquiridas durante el segundo año y así hasta la adquisición total del patrimonio constituido. El pago podía efectuarse de una vez, pactándose una revalorización anual de un 15% sobre el precio de adquisición o en pagos mensuales consecutivos, en cuyo caso la revalorización sería de un 16%. El cliente se comprometía a la entrega de las obras una vez satisfecho el precio de recompra.

4.El informe de la AC consideró que las cantidades aportadas en virtud de estos dos tipos de contratos se clasificaban como créditos ordinarios mientras que el resto de cantidades deberían ser clasificadas como créditos subordinados. Por su parte los demandantes entendían que los anticipos impagados a la fecha de declaración del concurso y las revalorizaciones debían ser considerados créditos ordinarios, en tanto no se trata de intereses sino de revalorización pactada.

5.La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión ejercitada. Tras analizar el contrato CPA considera que no se trata de una compraventa. La revalorización resulta extraña a la propia naturaleza de la obra de arte y fuera de toda posibilidad que la obra plástica la obtuviera. No había voluntad del cliente de adquirir la obra, como lo demuestra que no había entrega de la misma, conservando la posesión el vendedor. La intención de las partes, concluye, era realizar una "operación de inversión". Respecto a los contratos de mandato (CMC y CMV) señala que no nos encontramos ante mandatos de compra o venta porque la voluntad del cliente no es adquirir una obra, sino la de efectuar una inversión. Se refiere la sentencia a la ausencia de instrucciones, a la gratuidad del encargo, a la fijación de precio de compra global, a que no consta la existencia de contrato de compra ni se entrega la cosa y a que las devoluciones en concepto de anticipos equivalen al beneficio que obtiene el cliente. Señala además que la revalorización es difícil de entender en tan poco tiempo, máxime cuando AyN tiene una gran cantidad de cuadros, según consta en el inventario.

6.Sobre esta base, la sentencia considera que los anticipos impagados devengados antes de la declaración del concurso y las revalorizaciones responden a la naturaleza de intereses derivados de un depósito remunerado. Como tales intereses debe calificarse el crédito como subordinado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 92.3 LC.

SEGUNDO.

7. Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por los demandantes.

En primer lugar se refiere el recurso a la calificación de los contratos. En el caso del contrato CPA:

Se realiza una aportación inicial que se incrementa anualmente en un 6% mediante aportaciones sucesivas para la adquisición de un patrimonio artístico.

Se entregan los objetos, dejándolos el cliente en depósito

Se fija el precio en virtud del pacto de recompra. La revalorización es una consecuencia de la llevanza del negocio por parte de la concursada, lo que no afecta a la calificación y a este incidente.

Si el cliente no elige la obra es porque normalmente no es un experto en este tipo de mercado.

8. A continuación analiza el recurso los contratos CMC y CMV. La concursada asume la intermediación en la compra y venta, fijándose el precio de venta de forma global, lo que no desvirtúa la naturaleza del mandato, puesto que el cliente tiene la intención de vender los bienes adquiridos de manera que el precio por el que los venda individualizadamente es indiferente, siendo obligación de la concursada la entrega del precio pactado. Tras la adjudicación el cliente es propietario de los objetos, como señala el mandato de venta. Se establecen devoluciones en concepto de anticipo. La revalorización es objeto de la gestión más o menos afortunada de la concursada, lo que no afecta al objeto del incidente.

Los documentos que sustentan el negocio son aquellos contemplados en la D.A. Cuarta de la Ley 35/2003, de manera que no estamos ante un depósito remunerado.

Las cantidades a percibir por los clientes constituyen un precio de venta garantizado por la obligación de recompra de la concursada, de manera que la revalorización no constituye intereses.

Se remite el recurso a los pronunciamientos sobre revalorizaciones adoptados en el concurso de FORUM FILATÉLICO, S.A. y solicita en último término que no le sean impuestas las costas.

9. Reitera el escrito de oposición de la Administración concursal la calificación que efectúa la sentencia recurrida y considera que no es aplicable la D.A. Cuarta de la Ley 35/2003 y que no ha existido verdadera compra de bienes. Los anticipos y revalorizaciones, de este modo, tendrían naturaleza de interés y deben ser clasificados como créditos subordinados, como así fue.

TERCERO. Valoración del Tribunal.

Los contratos suscritos por los clientes de AyN.

10. Contrato CPA.

Su objeto era la creación de un patrimonio artístico, mediante la adquisición de obras de arte de los fondos de AyN, a cambio de una cantidad de dinero entregada por el comprador. Se preveía la entrega de una aportación inicial, que se iría incrementando anualmente respecto de la anterior en un porcentaje establecido. Con la suscripción de este contrato, la sociedad se obligaba, si ése fuera el deseo del comprador, transcurrido un periodo de tiempo recogido en el contrato, a volver a comprar las obras del mismo por el precio de adquisición incrementado en un porcentaje anual determinado en el contrato.

Según el informe de la AC el documento contractual firmado por el cliente incluye en su anexo un detalle de las obras adjudicadas, si bien éstas no están debidamente concretadas. Hemos de advertir que ello no altera la naturaleza del contrato, al margen de que, en cada caso, y a efecto de la reivindicación o separación de obras concretas, quedara o no determinado el objeto adquirido. Es más, lo que se pone de manifiesto en el informe no es que no exista adjudicación, sino la forma poco rigurosa en la que las obras se adjudicaban (pg. 133 del Informe AC: *“Tomando como límite el importe de los fondos captados, al cliente se le iban asignando de manera manual, sin previo criterio establecido, distintas obras [...] dependiendo del tipo de cliente, grado de amistad, etc., se podían asignar unas obras u otras, en principio, de las que estuvieran libres, las que decidía el administrativo en ese momento”*).

Señala también el Informe AC (pg. 132) que el proceso de adjudicación suponía un cambio en la calificación de la obra, de manera que de “obra disponible” se pasaba finalmente a la calificación de “obra no disponible” una vez firmado el contrato. El Departamento de Ventas era el encargado de dar de alta los contratos en el sistema informático y en función del tipo

de contrato de que se tratara se utilizaba un módulo informático específico: "Listado CPA" o "Listado de Mandato".

Lo expuesto, en definitiva, es aplicable a los Contratos de Mandato. Las obras adquiridas quedaban, pues, en depósito de la concursada, sin que ello suponga que la entrega fuera inexistente. De hecho, el propio Informe AC (pg. 133) señala que a la finalización de los contratos, la obra volvía a quedar libre y, por tanto, con posibilidad de ser adjudicada ante nuevas captaciones de fondos.

11. Contratos de Mandato.

Por medio de dichas figuras jurídicas, en el mandato de compra, el mandatario recibía como encargo el adquirir a su libre criterio una o varias obras de arte por una determinada cantidad. En el mandato de venta, el mandatario se comprometía a vender las obras adquiridas por el cliente por un precio mínimo determinado en el contrato, adquiriendo además el compromiso para el caso de que no se encontraran adquirentes en una determinada fecha, de adquirir estas obras pagando una cantidad también previamente fijada en el contrato.

El mandato es gratuito, salvo que la obra se vendiera a un tercero, percibiéndose en este caso por la gestión el 2% del precio. Debemos reiterar además que se efectuaba adjudicación de las obras, que después eran objeto de venta, como ya hemos señalado al referirnos al contrato CPA. Por ello, tras señalar que las obras proceden del stock de la concursada, el Informe de la AC destaca (pg. 50), que en el Anexo 1 del mandato de venta, las obras de arte propiedad del mandante aparecen ya con la referencia del inventario de AyN, por lo que se trata de obras que formaban parte del inventario de la concursada. Nos remitimos a lo ya expuesto sobre la forma de adjudicación.

CUARTO. La naturaleza de los contratos.

12. Es evidente la similitud de los contratos examinados con los referidos a otros bienes tangibles, como los que afectan a los concursos de FORUM o AFINSA, sobre los que ya nos hemos pronunciado. Esta similitud ha sido puesta de manifiesto en el recurso. Baste reproducir los contratos de mandato suscritos por las citadas entidades tal y como se describen en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso- Administrativo, de fecha 31 de enero de 2012:

El inversor suscribía un contrato de "mandato de compra" con Forum y Afinsa (la sociedad), para que ésta procediera a comprar un lote de valores filatélicos por un cierto importe; el contrato podía o no precisar qué sellos debían componer tal lote, si bien estipulaba que la adquisición realizada por la sociedad quedaba subordinada a su aceptación expresa por el mandante. Una vez adquiridos, los valores filatélicos eran puestos a disposición del mandante en un plazo máximo de 15 días; transcurrido dicho plazo sin que la sociedad pudiera materializar en el mercado la compra encomendada, el mandato quedaba resuelto y la sociedad procedía a vender al cliente los correspondientes valores filatélicos de sus propios "stocks". En la misma fecha el mandante recibía, en concepto de anticipo a cuenta de la cantidad pactada en el mandato de venta a suscribir pocos días después, una serie de pagarés.

En dicho contrato de mandato de venta, la sociedad entregaba al mandante el lote de valores filatélicos adquiridos y éste encargaba a la sociedad la gestión de venta de dicho lote en la fecha que se determinaba en el propio documento y por la cantidad mínima que igualmente se establecía. Se estipulaba a continuación que si la sociedad mandataria no encontraba adquirentes en el mercado en la fecha y por la cantidad antes indicada, se

consideraba resuelto el mandato y la sociedad se comprometía a comprar, en su propio nombre, el lote de valores filatélicos por el importe mencionado; en ambos casos, debían descontarse de la cantidad a entregar al mandante, los anticipos a cuenta que el mismo hubiera percibido con anterioridad.

13. Y la referida similitud se ha puesto de manifiesto en las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, dictadas en relación a esta misma concursada, AyN. Así, la Sentencia de 7 de julio de 2011 destacó lo siguiente: *Conviene tener presente que es indudable la similitud del caso ahora suscitado con respecto a casos precedentes que han sido objeto de enjuiciamiento por esta misma Sala y Sección en relación a las entidades mercantiles Forum Filatélico, S.A., y Afinsa Bienes Tangibles S.A., ya que la mecánica seguida para canalizar la inversión en bienes tangibles es similar en un caso y en otro, variando únicamente los bienes tangibles sobre los que llevaba a cabo la operativa*

14. La calificación de los contratos fue examinada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en muy diversas resoluciones: Sentencias de 13 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 8997), recurso de casación 1416/2010, de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 696), recurso de casación 1340/2010, de 27 de junio de 2011 (RJ 2011, 5583), recurso de casación 2806/2010, que confirmaron las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional. Y esta línea se mantiene en las Sentencias de 25 de enero de 2012 (RJ 2012, 3196), recurso de casación 3170/2010, y 31 de enero de 2012, recurso de casación 4525/2010 (RJ 2012, 4540).

En las mismas se sostuvo que FÓRUM y AFINSA no realizaban actividades consistentes en captación de fondos reembolsables del público sino una actividad sometida al Código Civil y al Código de Comercio, y desde la aprobación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, sometida a la disposición adicional cuarta de la misma.

15. La actividad desarrollada por AyN tenía por objeto la compra, venta, representación, exposición, asesoramiento e intermediación, en el comercio nacional e internacional, como representante, agente o comisionista, de toda clase de artículos de arte.

Como hemos señalado, al igual que ocurrió en los casos de FORUM y AFINSA, la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los contratos de bienes tangibles suscritos por AyN.

De este modo, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), en su Sentencia de 7 de julio de 2011, destaca la finalidad de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 35/2003, que se dictó para dotar a los clientes de los productos sobre bienes tangibles de garantías adicionales a las contempladas en la legislación general de defensa de los consumidores y usuarios, con el mismo espíritu de protección que inspira esta última normativa, si bien para un sector concreto del libre mercado, que expresamente se excluía del ámbito de los mercados financieros y de valores. Aquellas garantías adicionales se referían, esencialmente, a la documentación de las operaciones, la información precontractual y la obligación de que las empresas o profesionales sometieran sus documentos contables a auditoría de cuentas. Añade la citada sentencia que se puede aceptar o criticar el marco regulador de la actividad en cuestión, pero tal marco era el que fijaba las reglas del mercado, representadas por la legislación mercantil, la legislación general de

defensa de los consumidores y usuarios, complementada por la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, y la libertad de pactos de las partes contratantes.

Tanto la mencionada D.A. Cuarta de la Ley 35/2003, como la Ley 43/2007, que ha derogado formalmente la citada disposición adicional, coinciden en excluir expresamente la actividad a la que nos estamos refiriendo de los mercados financieros, contemplándose precisamente en el artículo 1 de la Ley 43/2007 la revalorización como uno de los posibles contenidos de los contratos sobre bienes tangibles, sin que por ello la actividad deje de perder su carácter mercantil.

La citada sentencia de la Audiencia Nacional añade que la Ley 35/2003 dispone en su artículo 1.1 que son "Instituciones de Inversión Colectiva", "aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos" sin que en ninguno de los modelos de instrumento financiero previstos en dicha normativa sectorial puedan subsumirse los productos comercializados por Arte y Naturaleza dado que no se establecía la ganancia del cliente en función de los resultados colectivos, requisito que tiene carácter esencial en la propia definición de las instituciones de inversión colectiva.

Estos mismos criterios se reflejan, en relación también a los contratos suscritos por AyN, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 15 marzo 2012. Según esta sentencia, dichos contratos eran de carácter bilateral sinalagmático y el hecho de la expectativa de revalorización no convierte la actividad de venta de obras de arte en actividad financiera sujeta a referida legislación especial.

16. Atendiendo al diccionario RAE, el término "inversor" no supone otra cosa que la persona que emplea, gasta o coloca un caudal, comúnmente dinero, de manera que no es esta calificación la que determina la naturaleza de un contrato, sino los medios utilizados para desarrollar esa actividad. No es la posibilidad de obtener un rendimiento de ese caudal o capital lo que determina la calificación del contrato, puesto que el compromiso de revalorización se inserta en operaciones de comercialización sobre bienes tangibles basadas en la adquisición y, en su caso, venta de obras de arte.

Esta distinción se refleja en el mismo Preámbulo de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los consumidores en la contratación de bienes con restitución de precio:

En ocasiones el consumidor emplea o gasta un caudal monetario no sólo con la idea de satisfacer sus necesidades o deseos más inmediatos, sino también con el objeto de adquirir bienes cuya utilidad radica en su mera posesión y colección. En este sentido, la realidad demuestra que determinados bienes, unitariamente o formando parte de una colección o un conjunto, resultan particularmente atractivos para dicho fin y que, además, manifiestan una aptitud directa o indirecta para la denominada generación de valor o mero depósito de valor frente al carácter naturalmente perecedero de otros bienes consumibles.

Las condiciones de comercialización de estos bienes, entendiendo por tal su enajenación mediante contratos traslativos del dominio o figuras que cumplan similar función económica, pueden revestir las más diversas modalidades y en tal sentido el legislador ha venido dejando a la libre voluntad de las partes el establecimiento de cualesquiera pactos o condiciones que tengan por conveniente, no constituyendo en principio dicha

comercialización una actividad que requiriese de mayor atención regulatoria, quedando sujeta, por tanto, a los mecanismos de protección del consumidor diseñados por la normativa general reguladora de la actividad económica.

Y a tal efecto se añade que en la economía de mercado actual, se comercializa para un mercado impersonal y anónimo, guiado por motivaciones económicas y estimulado por la publicidad y la competencia.

Las condiciones de comercialización de estos bienes, entendiendo por tal su enajenación mediante contratos traslativos del dominio o figuras que cumplan similar función económica, pueden revestir las más diversas modalidades

[...] La realidad ha evidenciado, no obstante, 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.

17. En este caso es evidente que el inversor emplea su dinero para constituir un patrimonio compuesto por obras de arte, y lo hace adquiriendo dichas obras o efectuando un encargo a tal fin, es decir, a través de diversas modalidades, como con claridad expresan los contratos suscritos con la concursada, cuyas cláusulas, aquí no controvertidas, no dejan lugar a duda.

La claridad de los términos de los contratos, en sus diferentes modalidades, impide afirmar que nos encontremos ante un contrato de depósito. Lo que se desprende de los mismos sin género de duda es que el cliente emplea su dinero en adquirir obras de arte con las que constituye un patrimonio al efecto y que, tras esa adquisición y en determinadas condiciones, AYN se compromete a vender lo adquirido por el inversor garantizándole un valor en venta que se corresponde con el precio de adquisición más un porcentaje de interés.

La mayor parte de la actividad se desarrollaba a través de los contratos de mandato de compra y mandato de venta. El tenor literal de los mismos es concluyente. En el expositivo del mandato de compra se refiere la actividad de AYN, dedicada a la comercialización de toda clase de obras artísticas y el interés del mandante en operar en el mercado del arte bajo asesoramiento e intermediación de AYN. El mandante (estipulación primera) encarga a AYN la adquisición a su criterio de obras de arte por un determinado importe. Verificada la adjudicación de las obras se suscribe el mandato de venta, por el que AYN asume la gestión de venta de las obras por un precio fijado. Llegada la fecha prevista para finalización del contrato AYN se compromete a la recompra por ese precio si no se efectúa la venta a terceros, caso éste en el que está prevista una comisión del 2%.

Hemos de añadir que figura un anexo al mandato de venta en el que se recogen las obras que forman parte del patrimonio del mandante y que serán objeto de venta, obras perfectamente identificadas, descritas por su naturaleza, título, autor y características. Como señala el informe de la Administración Concursal (pg. 50) las obras se identifican también por la referencia de inventario de AYN.

Cuando las obras adquiridas quedan en poder del mandante se suscribe un documento de recepción, referido a las obras previamente relacionadas. Éstas quedan a disposición de AYN, lo cual no desvirtúa en modo alguno la naturaleza del contrato puesto que AYN se compromete a su venta en cualquier momento por una cantidad prefijada, de manera que debe tener a su disposición las obras conforme al normal desenvolvimiento del contrato. También se obliga el cliente a su conservación y custodia, lo cual no supone otra cosa que mantener la obra en buen estado y guardarla con cuidado para proceder a la venta, y no debemos olvidar que AYN asume un compromiso de recompra, esencial en este tipo de actividades (contratación de bienes con oferta de restitución del precio o pactos de recompra con promesa de revalorización, en los términos de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, que excluye en su Preámbulo que dicha actividad sea financiera), por lo que está interesada en el estado y guarda de la obra, quedando excluida su responsabilidad por pérdida o deterioro en tal caso y protegiendo sus expectativas de recompra.

Estas obligaciones no pueden interpretarse de manera aislada, como extrañas a un propietario, sino en conexión con un contrato de mandato y un pacto de recompra y con las relaciones que derivan de los mismos entre cliente, de un lado, y mandatario y futuro adquirente, de otro.

En orden a la calificación del contrato debemos atender a los criterios interpretativos que se establecen en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil. No obstante hemos de advertir que la regla de interpretación literal contenida en el artículo 1281 CC tiene carácter preponderante sobre el resto de criterios (SSTS de 10 de marzo de 2010, 27 de junio de 2011 y 26 de marzo de 2012, entre las más recientes), que son de aplicación subsidiaria. El artículo 1282 CC en particular, solo entra en juego cuando la falta de claridad de los términos del contrato impide alcanzar, a través de ellos, cuál es la verdadera intención de los contratantes, ya que no puede propugnarse simultáneamente la interpretación literal y espiritualista del contrato (SSTS de 21 de febrero de 2008, y 25 de marzo de 2011, entre otras).

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012, la aplicación del artículo 1.281 CC puede llevar a dos alternativas. En la primera, cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención querida por los contratantes, la interpretación literal es el punto de partida y también el punto de llegada del fenómeno interpretativo; de forma que se impide, so pretexto de la labor interpretativa, que se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. En la segunda, la interpretación literal colabora decisivamente en orden a establecer la cuestión interpretativa, esto es, que el contrato por su falta de claridad, contradicciones, vacíos, o la propia conducta de los contratantes, contenga disposiciones interpretables, de suerte que el fenómeno interpretativo deba seguir su curso, valiéndose para ello de los diferentes medios interpretativos a su alcance, para poder dotarlo de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y de conformidad con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

No podemos prescindir de los propios términos de los contratos, que expresan con claridad su objeto, para alterar la calificación que corresponde con arreglo a dichos términos empleando para ello, en lo esencial, el supuesto interés - o falta de interés de los clientes en las obras de arte - de cada parte a la hora de suscribir el contrato.

18. La calificación no depende de los móviles internos de cada una de las partes, tampoco coincidentes. El que los clientes se desentiendan de los bienes y solo busquen la rentabilidad es perfectamente lícito en cualquier adquisición, sea del tipo de bienes que sea, sin que ello desvirtúe su naturaleza, y no supone que el objeto del contrato no sea la constitución de un patrimonio conformado por obras de arte y mucho menos que, en función de esa esperada rentabilidad, el contrato pase a transformarse en un depósito, lo que supone dar un salto en el vacío para prescindir total y absolutamente de los términos contractuales.

Y otro tanto sucede con el interés de AyN en captar el ahorro de los inversores. La forma en la que AyN desarrolle su actividad, la forma en la que contabilice sus operaciones, la manera en la que adjudique las obras de arte o la falta de una adecuada individualización, cuando así sucediera, no altera los términos del contrato, ni por supuesto su calificación. AyN podrá incumplir o no esos términos, pero incluso la observancia o inobservancia de los términos del contrato no desvirtúa su naturaleza, ya que afecta propiamente a su ejecución.

El hecho de que los clientes vean o no los bienes adquiridos, o tengan o no interés en los mismos, o pretendan obtener una rentabilidad de estas operaciones, no altera la naturaleza del contrato, ni la forma de selección de los bienes por parte de AyN, o su custodia, o la forma de adquirir o adjudicar los bienes, o el modo en que AyN contabilice sus operaciones o el procedimiento que emplee para cumplir con su obligación de recompra, alteran lo que los contratos claramente establecen.

19. Estas observaciones nos introducen en el problema de la causa de los contratos y de los motivos que internamente puedan llevar a las partes a suscribir el contrato.

Siendo onerosos los contratos, de conformidad con el artículo 1274 del Código Civil, se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte y, en consecuencia, para la vendedora la causa del contrato sería la percepción del precio y para la compradora la entrega de la cosa objeto del contrato. Hay que añadir al respecto que las fórmulas reducidas de tradición que refiere el artículo 1462 Código Civil no son *numerus clausus*, por lo que se ha seguido un progresivo proceso de espiritualización en relación a las formas de tradición (STS 14 de marzo de 2003).

Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1987 y recuerda la sentencia de 8 de febrero de 1996, entre otras, que “el art. 1274 del Código Civil, al concretar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto de la misma, sino que la específica con sentido objetivo para los contratos de igual clase significando el fin que se persigue, ajeno a la nueva intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia”.

De este modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003, con cita de la sentencia de 17 de enero de 1985, en relación a aspectos que no inciden de manera estructural en el contrato, sostiene que *«al margen de las diversas posiciones mantenidas en el terreno de la doctrina científica sobre la causa del contrato, la jurisprudencia ha señalado, a la vista de la precisa definición legal contenida en el artículo 1.274 del Código civil, que en nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones -sentencias del Tribunal Supremo de 8 Jul. 1974 y 8 Jul. 1983, entre otras- fin inmediato al que la*

atribución se dirige, y en consecuencia cifrada la causa en la finalidad genérica prevista por la norma, salvo los supuestos excepcionales en que el designio concreto ha sido incorporado al negocio como determinante de la declaración de voluntad, la ineffectividad de la prestación prometida, en cuanto evento posterior a la formación del contrato, no opera en la reglamentación del Código civil como falta sobrevenida de dicho requisito, a manera de causa fallida (causa non secuta), sino que tal circunstancia está relacionada con la posibilidad de instar la resolución del vínculo con arreglo al artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal dada la interdependencia de las obligaciones, o, si se trata de imposibilidad sobrevenida y, por lo tanto, de una situación que impide alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual, se liga con la teoría de los efectos de tal frustración, que, precisamente, parte de un negocio válidamente celebrado, como tal, sin falta de ninguno de sus elementos a tenor del artículo 1.261»

Y por lo que se refiere al móvil o interés que impulsa a las partes a suscribir un contrato, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003 resume la doctrina jurisprudencial al respecto:

« [...] esta Sala desde antiguo viene distinguiendo la causa de los contratos, de carácter objetivo, de los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes. Así establece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 Feb. 1981 que «aún operando en el campo de la causa concreta del contrato ésta ha de ser separada del móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa y como tal integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista siempre será menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 Feb. 1935, seguida por las de 20 Jun. 1955, 17 Mar. 1956, 30 Ene. 1960, 23 Nov. 1961, 27 Feb. 1964 y 2 Oct. 1972, entre otras, de suerte que la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que anima a cada contratante en su proceder, y en consecuencia para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concreto, operando a manera de causa impulsiva --sentencia del Tribunal Supremo de 27 Dic. 1996--, doctrina acogida en sentencias del Tribunal Supremo de 1 Abr. 1982 y 30 Dic. 1985» (sentencia del Tribunal Supremo de 17 Feb. 1989). Finalmente, como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 1 Abr. 1998 «a la vista del artículo 1.274 del Código civil se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición. Sin embargo, puede darse el caso de que el móvil se incorpore a la causa; como elemento, afecta a la existencia --momento de la perfección--, pero no al desarrollo o al cumplimiento del contrato» (sentencia del Tribunal Supremo de 1 Abr. 1998).

20. Los adquirentes pueden servirse instrumentalmente de los bienes para obtener una rentabilidad en virtud del compromiso de recompra asumido por AyN, como puede suceder con otros adquirentes de bienes, pero ese interés no transforma la causa del contrato, ni conduce a forzadas interpretaciones que, sobre la base de móviles o intenciones no

incorporadas al contrato, den lugar a una calificación distinta de lo que en términos, claros, precisos y comprensibles quedó reflejado. El mayor o menor interés individual en las obras de arte no altera la calificación del contrato. Incluso el mismo Preámbulo de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los consumidores en la contratación de bienes con restitución de precio destaca que el consumidor tiende a prestar poca atención a los bienes objeto del contrato:

No obstante, cuando la actividad de venta directa a los particulares de dichos bienes lleva aparejado un pacto de recompra de los mismos, el consumidor, desde una situación asimétrica respecto a la información, tiende a prestar poca atención a los bienes objetos del contrato y a las condiciones del vendedor, debilitándose su posición frente a este último.

Ni hay ningún interés común perseguido por ambas partes distinto al expresado en el contrato, ni tal móvil común se incorpora a la causa del contrato. Los fines individuales de cada una de las partes no permiten prescindir de lo pactado para acabar convirtiendo la adquisición de obras de arte en un depósito a plazo. La actividad que desarrolle AyN por medio de esos contratos puede ser la que sea, incluso ilícita o delictiva, pero ello no transforma la adquisición de obras de arte en depósitos a plazo.

21. Los particulares intereses de las partes se acaban mezclando con la existencia de un negocio simulado, con simulación relativa. Sin embargo, el negocio simulado requiere un acuerdo simulatorio entre las partes del contrato por el que se establece que la declaración o declaraciones que se emiten no son queridas en la realidad, al margen de un fin de engaño a los terceros extraños al acto. Pretender derivar de los fines individuales de las partes un acuerdo simulatorio por el cual en realidad lo que se constituye es un depósito a plazo carece de consistencia alguna. La actividad que desarrolle AyN, incluso si fuera ilícita, no altera la naturaleza del negocio celebrado ni representa acuerdo simulatorio alguno. Esa actuación de AyN en todo caso supondría una reserva mental que no determina la existencia de acuerdo simulatorio. Por supuesto la inversión que realizan los clientes con el compromiso de una revalorización tampoco representa tal acuerdo simulatorio, que no olvidemos requiere una divergencia consciente y querida por ambas partes para disfrazar como inversión en obras de arte un depósito a plazo.

Y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2008, con cita de las sentencias de de 21 julio 2003, y de 1 abril 1998 , *«a la vista del artículo 1274 del Código civil se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición»*. En el supuesto ahora contemplado, *el móvil ilícito e inmorral perseguido por los contratantes no se integra en el contrato para dotarle de causa ni ha de producir efectos civiles*.

No debemos olvidar, en relación a los propósitos de AyN, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1981, entre otras, al referirse a la ilicitud de la causa ex artículo 1275 CC, que ésta descansa en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes, y que esta exigencia de comunidad de propósitos viene rotundamente impuesta por un texto prestigioso en el Derecho comparado, como es el artículo 1345 del Código civil italiano, al declarar que "el contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas".

En suma, ni una finalidad ilícita sostenida por una de las partes se proyecta sobre el contrato para alterar su naturaleza, ni los fines de cada una de las partes al suscribir el contrato lo alteran, ni cualquier actividad, incluso delictiva, de una de las partes transforma la calificación del contrato que hubiera suscrito, por mucho que se pueda servir del mismo para fines espurios.

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de febrero de 2010 (Rec. 249/2008), en referencia a los casos FORUM y AFINSA, ya destacó (FJ 7) que la operación de simulación solo podría advertirse mediante una interpretación contraria a la voluntad de los contratantes *“sin que podamos desconocer, además, que no nos consta que alguno de los miles de contratantes de Forum y Afinsa formulara acción alguna de nulidad contractual ante la jurisdicción civil, en contra de su aparente voluntad expresada en los contratos suscritos con dichas entidades”*.

Debemos añadir que se trata de una actividad desarrollada desde 1996 con miles de clientes.

Como ya advertía dicha resolución, el objeto del contrato no es la captación de fondos reembolsables y, desde la perspectiva de la Ley 35/2003, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, los contratos suscritos no establecían una ganancia en función de los resultados colectivos, por lo que no estamos ante operaciones comprendidas en dicha legislación especial. Nuevamente hemos de reiterar que no cabe confundir los contratos y sus consecuencias con la actuación que pudiera desarrollar AyN en su ámbito interno o con sus intereses o intenciones a la hora de suscribir esos contratos. Por eso señalaba la citada sentencia que ninguno de los modelos de Instrumento financiero previstos en la normativa sectorial pueden subsumirse en los productos comercializados (FJ 7).

En definitiva, ni concurre una intención común de simular un negocio jurídico, ni el particular interés de los inversores en obtener una ganancia derivada de la comercialización de obras de arte determina la existencia de ningún acuerdo simulatorio.

22. Las concretas circunstancias que se desprenden de las actuaciones impiden apreciar la pretendida simulación, en cuanto nos encontramos ante cantidades efectivamente satisfechas para dar lugar a la adquisición de obras de arte que, perteneciendo al adquirente, permanecían en poder de AyN en concepto de depósito. Se trata por lo tanto de prestaciones que se acomodan a la naturaleza de los contratos y a su objeto, y no de una mera apariencia, como tampoco el precio satisfecho, aunque pudiera entenderse superior al precio de mercado, comporta simulación alguna. Sin embargo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990:

“ [...] «precio cierto» que caracteriza a la compraventa, sobre el cual, y con referencia a su cuantía, es doctrina de la Sala que carece de trascendencia la circunstancia de que el fijado por las partes fuese inferior al normal, por tanto, atendiendo a la literalidad del contrato es de llegar a la conclusión de que el mismo respondió a una compraventa efectiva, a cuya consecución se dirigió el consentimiento de los contratantes”.

El precio inferior al normal no es trascendental y menos conforma prueba determinante para decretar simulación contractual (STS 15 de junio de 1994), pues en nuestro derecho, el *pretio vitare sucti* ni siquiera origina la invalidez radical del contrato, por no estimarse

indispensable la existencia de una exacta adecuación entre el elemento integrante del pacto y el verdadero de la cosa enajenada con relación a la percepción de beneficio por el enajenante (STS 25 de abril de 1981, 16 de septiembre de 1991 y 3 de febrero de 1992.)

Ni existe en el caso que nos ocupa falta de precio, ni su determinación o indeterminación afecta a la naturaleza del contrato, sino en todo caso a su validez, que aquí no se cuestiona, ni la mayor o menor adecuación al valor de mercado de los bienes convierte la adquisición en un depósito a plazo, como se pretende.

23. Por otra parte, respecto a la entrega de las obras de arte hemos de advertir que el hecho de que puedan adquirirse del propio fondo de AyN no desvirtúa la adquisición misma y la constitución a favor del inversor de un patrimonio de su propiedad, como tampoco resulta determinante el que las obras de arte puedan permanecer bajo la custodia de AyN, lo que no representa sino una forma espiritualizada de tradición en la que el anterior propietario se constituye en poseedor. Como hemos señalado, a partir de ese momento las obras en poder de la concursada se consideraban "obras no disponibles". Y nuevamente hemos de reiterar que las actividades de AyN pueden ser incluso ilícitas, pero tal ilicitud no repercute en la naturaleza del contrato suscrito. Cabe la posibilidad incluso de que AyN no llegase a adquirir las obras de arte, lo que supondría un incumplimiento contractual. Cabe también que las hubiese adquirido pero fuese incapaz de individualizarlas por negligencia en su propia organización o en el modo de efectuar la adjudicación, que antes hemos expuesto. Sin embargo, estas posibilidades no desvirtúan la naturaleza de lo pactado. Lo que corresponde en todo caso a los contratos suscritos es la obligación de recompra asumida por la concursada.

También tenemos que añadir, en lo que se refiere a los contratos de mandato, que éstos se definen por el encargo que efectúa el cliente para la realización de determinadas operaciones, aquí de compra y venta de obras de arte, operaciones que no requieren otra especificación que los pactos establecidos entre las partes, pudiendo ser sus términos más o menos genéricos. El modo por el que el comisionista o mandatario mercantil cumpla el encargo no transforma la comisión en depósito a plazo. Ya nos hemos referido al mayor o menor interés de los clientes en las obras de arte o al modo en que se efectúa la adquisición y adjudicación de las obras. Son las obras adquiridas las que conforman el mandato de venta. No obstante hemos de señalar también que la retribución del comisionista no constituye un elemento que determine la naturaleza del contrato, retribución que por otra parte está prevista para el caso en que las obras se vendieran a tercero. En la comisión cabe pactar la gratuidad, quedando el comitente liberado de esa obligación, del mismo modo que el comitente puede autorizar que la adquisición, en la comisión de compra, se efectúe sobre los propios bienes del comisionista o que el comisionista, en la comisión de venta, adquiera los bienes del comitente para sí. Es precisamente la obligación de recompra que asume AyN la que justifica, conforme a lo pactado, que puedan satisfacerse anticipos, dado que asume la condición de adquirente.

Este tipo de contratos representan una forma de comercialización de bienes tangibles también empleada en otro tipo de bienes y es que, como luego señaló la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con restitución de precio, dicha comercialización puede efectuarse a través de diversas modalidades contractuales en las que está presente el pacto de recompra, lo que se produce cuando se autoriza, en determinadas condiciones, la auto-entrada del comisionista.

24. Y para concluir, vamos a remitirnos a las observaciones efectuadas en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en los casos FORUM y AFINSA, en sus sentencias de 9 y 13 de diciembre de 2010, por su relación con el caso que nos ocupa. La primera de ellas, a la que se remite la segunda, recoge los argumentos empleados en la sentencia recurrida, dictada en fecha 5 de febrero de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Rec. 249/2008). Citamos los apartados de ésta última resolución:

En el supuesto enjuiciado, Forum y Afinsa sólo estaban sujetas a las facultades de control que ostentan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España, en la medida que hubieran infringido la reserva de actividad legalmente establecida a favor de las entidades de crédito. Sin embargo, las mismas actuaban en el mercado de bienes tangibles a través de un entramado de diversos contratos cuyo objeto principal venía constituido por las recíprocas prestaciones de sello y precio, añadiendo una especie de pacto de recompra, sin que el objeto directo de los contratos que constituían su oferta fuera la captación de fondos reembolsables de público, siendo obligado recordar, en este punto, que los contratos mercantiles han de interpretarse según sus propios términos y conforme a las exigencias de la buena fe, por lo que era razonable entender que tales empresas desarrollaban en el mercado una actuación comercial sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes, definida por el legislador como mercantil y totalmente ajena a la legislación financiera.(3.3)

En cuanto a la distinta calificación de la actividad de Forum y Afinsa como mercantil o financiera desde distintas instancias de la Administración del Estado, carece de relevancia a la hora de valorar la concurrencia de la responsabilidad patrimonial pretendida y no puede avalar un actuar amparado por la confianza legítima generada desde la Administración, no sólo por la contundencia que implicaba la realidad del derecho positivo vigente sobre el particular, sino por el aviso claro, público y general de que las inversiones en bienes tangibles y no fungibles no podían beneficiarse de las garantías y cautelas adicionales que llevaban consigo las inversiones en otros sectores intervenidos (bancario, mercado de valores, instituciones de inversión colectiva, seguros, etc.). Ante la prudencia que se recomendaba desde la Administración, los inversores no debieron perder de vista la realidad del objeto material de su inversión - sellos, cuadros, antigüedades etc.- en beneficio de un pacto de recompra con garantía de una rentabilidad fija superior a la media del mercado. (9)

Y, de manera concluyente en relación a los contratos, la primera de las sentencias del Tribunal Supremo citadas, de fecha 9 de diciembre de 2010 (Rec. 1340/2010) destaca lo siguiente:

[...] Y es que el conocimiento de esos contratos en sus diferentes variantes no muestra más que la existencia de unos contratos suscritos entre dos personas, una jurídica y otra física generalmente y excepcionalmente jurídica, y que como describió la Sentencia de instancia en los folios 7 y 8 consistía en unos contratos con mandato de compra a la empresa para la adquisición de lotes de valores filatélicos por un importe determinado encargando a la sociedad la gestión de venta de los mismos o en caso de no efectuarse se pactaba la posterior recompra por un precio revalorizado previamente establecido. Pues bien esas operaciones no encajan en las propias en el mercado de valores por que los sellos no tienen esa condición ni las sociedades que con ellos comerciaban eran entidades de inversión

colectiva sino individual y, que además tenían un neto carácter de contrato mercantil. (FJ Quinto).

FÓRUM y AFINSA no realizaban actividades consistentes en captación de fondos reembolsables del público sino una actividad sometida al Código Civil y al Código de Comercio, y desde la aprobación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, sometida a la disposición adicional cuarta de la misma.

[...] Y ello porque los contratos suscritos entre las empresas y sus clientes no consistían en operaciones financieras de activo o pasivo o la prestación de servicios financieros. (FJ Sexto).

25. Lo relevante aquí no es el control que el legislador deba establecer sobre la actividad desarrollada, o la actividad que desarrolle AyN sirviéndose de esos contratos, sino la naturaleza de los mismos, distinción que se puso de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo (3^a) de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera) entre los contratos suscritos y la actividad regulada. Y es lo cierto que con reiteración se ha considerado que la comercialización de bienes tangibles tiene naturaleza mercantil y se articula por medio de operaciones de compra y venta, como reitera la vigente Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los consumidores en la contratación de bienes con restitución de precio en su Preámbulo:

El artículo 1 define el ámbito de aplicación, poniendo el acento en lo que constituye la auténtica naturaleza de la actividad mercantil: la comercialización de bienes con oferta de recuperación del precio y, en la mayor parte de los casos, con ofrecimiento de revalorización. Aclarando, no obstante, para mayor seguridad que, en todo caso, se incluyen en el ámbito de aplicación de esta Ley las actividades reguladas hasta ahora como comercialización de bienes tangibles.

Quedando claro en la norma que la actividad regulada no es financiera, se aborda la regulación de las relaciones jurídicas con los consumidores estableciendo mecanismos de transparencia en la información y garantías adicionales para la protección del consumidor.

Y en su artículo 1 establece:

[...] En particular, quedan sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley las relaciones jurídicas con los consumidores y usuarios de las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional:

a) Comercializan bienes mediante contratos de mandato de compra y venta de bienes y otros contratos que permitan realizar esta actividad, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del consumidor 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.

b) Comercializan bienes mediante los contratos indicados en el párrafo anterior con ofrecimiento de revalorización, o en su caso, con garantía de restitución del precio de adquisición o cualquier otro importe.

2. Los bienes a que se refiere el apartado anterior son sellos, obras de arte, antigüedades, joyas, árboles, bosques naturales, animales en todo caso y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de ser objeto de la actividad descrita en el apartado anterior.

Los contratos suscritos no tienen por objeto recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables, como señalan las sentencias citadas, sino, según hemos expuesto, la

constitución de un patrimonio por medio de la compra de obras de arte con compromiso de revalorización.

QUINTO. La clasificación de los créditos por revalorizaciones y anticipos.

26. La calificación de los contratos determina la clasificación de los créditos objeto del incidente. Como ya señalamos en nuestra sentencia de 12 de marzo de 2010, rec. 327/2009, entre otras dictadas en relación al concurso de FORUM FILATÉLICO, S.A., o en nuestra sentencia de 19 de octubre de 2012, rec. 170/2012, entre otras dictadas en relación al concurso de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., las denominadas "revalorizaciones" de los bienes adquiridos por los clientes resultan del compromiso de ulterior recompra por parte de la entidad que los comercializa a precio superior al de la inicial adquisición. Se trata de una obligación de que tiene su anclaje en una estipulación contractual (con efectos obligatorios, según los artículos 1089, 1091, 1254, 1255 y 1258 del C Civil) merced a la cual se garantiza a los clientes que en la recompra percibirían no solo lo que pagaron inicialmente sino además una cantidad complementaria que puede resultar de la aplicación de un determinado porcentaje prefijado.

27. No procede la equiparación del crédito que por ese concepto o por anticipos se reconoce a los clientes, al que merecerían los intereses, para llegar al tratamiento concursal de subordinado, tal como prevé el artículo 92.3 de la LC, que es lo que preconiza la resolución recurrida. No estamos ante un concepto accesorio, sino ante una parte del precio comprometido (o garantizado) por la recompra de las obras de arte adquiridas, de manera que no constituye propiamente ni una retribución por el uso de un capital ajeno (como lo sería el interés remuneratorio) ni una indemnización por retraso o por incumplimiento (como lo sería el interés moratorio). La actividad de comercialización de bienes tangibles se efectuó a través de diversos contratos cuya naturaleza hemos analizado, actividad inicialmente contemplada en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y después finalmente regulada, aunque lo fuera con vistas a futuro, como operación no financiera, por la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, que contempla las relaciones jurídicas entre los consumidores y usuarios y las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera, comercializan bienes (entre ellos los sellos, obras de arte, antigüedades, joyas, árboles, bosques naturales, animales) con oferta de devolución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de ese importe.

28. Por otro lado, la aplicación con carácter extensivo del artículo 92 LC para dar cabida a otros créditos, aparte de los que en él se relacionan, que hayan de resultar postergados en el seno de un concurso nos parece fuera de lugar, cuando la Ley Concursal no da pie, precisamente, a ese tipo de interpretaciones, pues se señala en su exposición de motivos (expositivo V) que la calificación de ordinarios de los créditos constituye la regla general del concurso, a la que solo caben excepciones contadas y muy justificadas, que pueden serlo positivas (los privilegios) y negativas (la subordinación crediticia). No resulta adecuado incurrir en ampliaciones de las mismas para comprender supuestos no previstos en tales

excepciones, que no guarden clara identidad de razón hasta el punto de permitir subsumirlas en las ya existentes sin llegar a forzarlas.

29. En consecuencia, debemos estimar el recurso para estimar a su vez la demanda rectora de las actuaciones y reconocer a los acreedores demandantes que las cantidades que figuraban en el listado de la administración concursal como subordinadas por el concepto de revalorizaciones y anticipos han de ser clasificadas como crédito ordinario.

SEXTO.

30. No cabe efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC. Respecto a las costas causadas en la primera instancia tampoco efectuaremos expresa imposición puesto que, como señalamos en idénticos supuestos al aquí enjuiciado, el debate procesal estaba justificado a la vista de las particularidades del caso, de lo discutible de las situaciones y calificaciones jurídicas esgrimidas, de la novedad que han supuesto los conflictos en este tipo de contratación y de la ausencia por tanto de una jurisprudencia que pudiera orientar a los litigantes.

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. José Luis Bullido Aguado y otros, según la relación de demandantes obrante en las actuaciones, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid en el incidente concursal del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y en su lugar, estimando la demanda interpuesta contra la concursada ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L. y la Administración Concursal,

Declaramos que procede el reconocimiento a los acreedores demandantes como crédito ordinario de las cantidades que en el listado de la administración concursal se reseñaban como subordinadas por el concepto de revalorizaciones y anticipos, debiendo la administración concursal proceder a la correspondiente modificación en la lista aneja a su informe, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.