

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN TERCERA BIS

Núm. de Recurso:

0000093/2008

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

02353/2008

Demandante:

Procurador:

Demandado:

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO

D. JOSÉ LUIS TERRERO CHACÓN

Madrid, a cinco de febrero de dos mil diez.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo numero **93/2008**, interpuesto por el procurador de los Tribunales doña, actuando en nombre y representación de contra la desestimación presunta de su reclamación de

responsabilidad patrimonial presentada contra la Administración del Estado en relación con el funcionamiento de la entidad Forum Filatélico S.A. Ha sido parte la Administración del Estado, asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 3 de marzo de 2009 en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se anule la resolución recurrida y se declare la responsabilidad patrimonial de la demandada condenándola solidariamente a pagar:

1) La totalidad de las cantidades invertidas por mis representados en Forum Filatélico S.A. y que han sido reconocidas por la Administración concursal designada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (procedimiento necesario 209/2006) minorada en las cantidades que hubieran sido aprobadas y efectivamente reintegradas por dichos conceptos en el mencionado procedimiento concursal con ocasión de la liquidación de la señalada mercantil.

2º) A pagar el interés legal del dinero desde el día que los demandantes invirtieron su dinero en el Forum Filatélico hasta que sea dictada sentencia.

3) A que indemnicen a todos y cada uno de los demandante en el 25% de las cantidades invertidas en Forum.

4) A pagar desde el momento en que se dicte sentencia y hasta el completo pago, el interés moratorio (el interés legal del dinero más dos puntos) sobre todas las cantidades señaladas en los puntos anteriores.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el tramite pertinente para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 2 de febrero del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo **PONENTE** el Magistrado ILMO. SR. D. Diego Córdoba Castroverde.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA RECURRIDA y ALEGACIONES DE LA PARTE RECURRENTE.

El presente recurso tiene por objeto la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra la Administración del Estado en relación con el funcionamiento de la entidad Forum Filatélico S.A.

Los recurrentes aducen apoyo de su pretensión los siguientes motivos:

1º Los contratos suscritos entre los recurrentes y Forum eran contratos de carácter financiero. Los tres contratos suscritos entre la entidad y sus clientes (contrato de venta de lotes filatélicos, depósito de sellos y compromiso de recompra) constituían un solo negocio jurídico con la finalidad común de la inversión del dinero de los clientes con un beneficio garantizado, así la catalogó la CNMV como “entidad financiera no registrada”. La Comisión Nacional del Mercado de Valores conocía que eran entidades financieras y operaba en el mercado como captador de ahorros sin autorización ni de la CNMV ni del Banco de España ni de la Dirección General de Seguros, dicha inactividad o pasividad ha permitido actuar a dichas entidades en perjuicio de sus clientes, en contra de lo que hizo con otra entidad “Bosques Naturales” a la que le prohibió la actividad de compra y recompra de árboles por entender que debía considerarse una captación de ahorro público. Correspondía al Ministerio de Economía y Hacienda controlar a las entidades que no cumplan con las prescripciones legales bien obligándoles a cesar en esa actividad o bien a sujetarse a los controles establecidos por la propia Administración, y su pasividad permitió que dicha entidad realizara actividades financieras sin estar habilitado para ello.

2º Falta de regulación, control y una incorrecta aplicación a la actividad de Forum Filatélico de la Disposición Adicional 4º de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre.

SEGUNDO. ALCANCE DE LA SENTENCIA

Con carácter previo a cualquier otra consideración, debemos recordar que el presente recurso se enmarca en el conjunto de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado, presentadas por un gran número de clientes de Forum y Afinsa, en una cifra cercana a los 200.000, que ha dado lugar a la interposición de más de 450 recursos ante este Tribunal.

Todos estos recursos, aun partiendo de una pretensión común -la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por su actuación u omisión en relación con la actividad desplegada por Forum y Afinsa- difieren en aspectos sustanciales, tales como la Administración o el órgano administrativo responsable, la actuación u omisión imputada a la Administración, el fundamento de la exigencia de la responsabilidad, etc.

En esta misma línea, existen diferentes puntos de partida en torno a la naturaleza jurídica de la actividad empresarial desarrollada por Forum y Afinsa, y consecuentemente, acerca de los contratos suscritos por dichas entidades con sus clientes, presupuestos que condicionan los motivos jurídicos que, en cada caso, se utilizan como título de imputación para sustentar la indemnización que se reclama.

Estos diferentes planteamientos, lógica consecuencia de la existencia de las distintas direcciones letradas y perspectivas desde las que se pueden enfocar las reclamaciones, pueden llegar a ser, incluso, contradictorios entre sí, pese a estar referidos a un mismo tipo de contratos y a una actividad empresarial objetivamente idéntica en todos los casos.

Es por ello que este Tribunal considera que una adecuada solución de la singular problemática jurídica que enjuiciamos, debe ser abordada desde una perspectiva general, en la que se contemple el problema de una forma global, dando una respuesta uniforme a todos o, al menos, a la gran mayoría de los motivos recogidos en las distintas reclamaciones de los perjudicados, más allá de los concretos matices argumentales o de la diferente redacción de alegaciones coincidentes en su esencia. Y ello por cuanto las respuestas de los Tribunales han de aparecer referidas, con carácter general, a las pretensiones y a los motivos de impugnación esgrimidos por las partes, no a los argumentos concretos utilizados.

No debemos olvidar, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que “el vicio de incongruencia” exige “el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado en sus escritos la pretensión o pretensiones que

constituyen el objeto del proceso.”, pudiendo denunciarse incongruencia omisiva o ex silentio, únicamente, “cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución”; y ello porque no es necesario, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, “una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales” (por todas, STS de 30 de septiembre de 2009, rec. 1718/2008).

Dicha doctrina justifica que en esta sentencia abordemos las cuestiones jurídicas suscitadas desde perspectivas que vayan más allá del planteamiento concreto y específico de un recurso determinado, sin que dicho presupuesto pueda entenderse como incongruencia extra petita, por cuanto, como nos recuerda con reiteración el Tribunal Constitucional, “....el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso” (SSTC 42/2006, de 13 de febrero, y 250/2004, de 20 de diciembre).

Pretendemos, en definitiva, con esta sentencia, garantizar una solución uniforme que asegure el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, principios especialmente relevantes en recursos masivos como el que ahora enjuiciamos.

Lo anterior no obsta, obviamente, para que demos una respuesta individualizada a aquellos motivos de impugnación, que no meras alegaciones accesorias, diferentes de los examinados en la fundamentación jurídica general de nuestra sentencia, garantizando así el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de Constitución.

TERCERO.- ANTECEDENTES MÁS RELEVANTES DEL SUPUESTO ENJUICIADO

Sentado lo anterior y antes de examinar la legalidad de la actuación administrativa recurrida, consideramos necesario referirnos, siquiera someramente, a los antecedentes fácticos más relevantes relacionados con las actividades de Forum y Afinsa, previos a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial formuladas por los perjudicados.

En este sentido debemos recordar, que Forum y Afinsa comenzaron a desarrollar su actividad en el sector de la comercialización de bienes tangibles (sellos) a principios de la década de los años ochenta, incrementando desde entonces en considerable progresión su volumen de negocios.

La actividad negocial de Forum y Afinsa se estructuraba, esencialmente, de la siguiente forma:

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 pagares.

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.

Podía suscribirse, además, un contrato para el depósito en la sociedad de los valores filatélicos adquiridos por el mandante, en cuya virtud, el depositante (mandante y adquirente de los sellos), podía reclamar en cualquier momento de la sociedad depositaria la entrega de los valores filatélicos con un preaviso de siete días.

En el desarrollo de la referida actividad empresarial, Forum y Afinsa fueron objeto de diversas actividades inspectoras llevadas cabo por la Agencia Tributaria durante los años 1980, 1990 y principios de 2000. Dichas actuaciones se corresponden, en el caso de Forum, con los ejercicios fiscales de 1988 a 1992 y de 1998 a 2001, con posterior ampliación al ejercicio 2002, y en el caso de Afinsa con los ejercicios de 1991 a 1994 y 1998 a 2001, ampliada posteriormente al ejercicio 2002.

Sin embargo, las actuaciones inspectoras más relevantes de la AEAT sobre Forum y Afinsa se iniciaron, en el caso de Forum, con fecha 17 de julio de 2003, abarcando los conceptos de Impuesto de Sociedades (ejercicios 1998 a 2001), retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ejercicios 1999 a 2001), e Impuesto sobre Valor Añadido (ejercicios 1999 a 2001), con posterior extensión al ejercicio 2002; y en el caso de Afinsa con fecha 12 de febrero de 2003, abarcando los conceptos de Impuesto de Sociedades (ejercicios 1998 a 2001), retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ejercicios 1999 a 2001), e Impuesto sobre Valor Añadido (ejercicios 1999 a 2001), con posterior extensión al ejercicio 2002.

Decimos que las referidas actuaciones inspectoras fueron especialmente relevantes, porque la AEAT acordó con fecha 29 de julio de 2005 poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado la documentación obtenida en las mismas, por si pudiera derivarse de ella la existencia de indicios de delito.

Examinada la documentación remitida por la Agencia Tributaria, con fecha 21 de abril de 2006 la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción, presentó ante la Audiencia Nacional sendas querellas, respectivamente, frente a determinadas personas físicas vinculadas con Forum y Afinsa y frente a las propias empresas, imputando a los querellados la

comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de estafa, blanqueo de capitales, insolvencia punible y administración desleal, en el caso de Forum, y delitos contra la hacienda pública, blanqueo de capitales, insolvencia punible, administración desleal y falsedad en documento privado, en el caso de Afinsa.

Las referidas querellas dieron lugar a la apertura de las diligencias previas nº 148/2006, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, donde se investigan los hechos imputados a Forum, y las diligencias previas nº 134/2006, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, donde se investigan los hechos imputados a Afinsa.

Finalmente, los Juzgados de lo Mercantil números 7 y 6 de Madrid, en autos de 22 de junio de 2006, procedimiento de concurso ordinario nº 209/2006, y 14 de julio de 2006, procedimiento de concurso ordinario 208/2006, respectivamente, declararon a Forum y Afinsa en concurso necesario de acreedores dada su situación de insolvencia.

CUARTO.- PREJUDICIALIDAD PENAL Y MERCANTIL

Recogidos en el fundamento de derecho anterior los precedentes fácticos de mayor interés para la resolución del recurso que enjuiciamos, podemos examinar ya las distintas cuestiones que se suscitan en la resolución del presente recurso.

Y la primera de las cuestiones que debemos resolver, por constituir un presupuesto previo al examen de la legalidad de la actuación administrativa recurrida, es la incidencia que pueden tener en la resolución de este recurso, los procedimientos penales y concursales seguidos contra Forum y Afinsa y sus directivos.

En el caso de las actuaciones penales tramitadas ante los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional (diligencias previas nº 148/2006, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional y diligencias previas nº 134/2006, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional) debemos enjuiciar si las referidas actuaciones penales nos impiden conocer del presente recurso por prejudicialidad penal, de conformidad con el artículo 4.1 de la Ley de la Jurisdicción y el artículo 10.2 de la LOPJ.

Por lo que se refiere a la prejudicialidad penal, no hay duda que en los procedimientos abiertos en la vía penal ante los Juzgados Centrales de esta misma Audiencia Nacional pueden reclamarse por la acusación los mismos daños reclamados en este procedimiento por los recurrentes -importe de la inversión más intereses-, es decir, una responsabilidad civil “ex delicto”, ya sea directa, contra las personas criminalmente responsables de los delitos imputados en aquellos procedimientos, o indirecta, si se reclamara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Conviene advertir, en todo caso, que en vía penal la responsabilidad civil del Estado sería siempre subsidiaria, en defecto de la imputable a aquellos sujetos criminalmente responsables, y exigiría la responsabilidad penal de autoridades, agentes, contratados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones de la Administración responsable civilmente. Además, sería exigible, en todo caso, que la lesión fuera consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que estuvieran confiados a dichas autoridades, agentes, contratados o funcionarios (artículos 120 y 121 del Código Penal).

Y precisamente por esta razón, no hay duda de la compatibilidad de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado nacida de delito y la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, ya que son distintas en su origen, fundamento, características y régimen jurídico.

La existencia de una vía penal abierta en la que pudiera declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, no excluye la posibilidad de que se suscite reclamación para hacer valer, y en su caso obtener, una declaración de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este mismo sentido se pronuncia reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse al respecto, especialmente, la STS de 25 abril 1988 (caso Sofico), donde nuestro Alto Tribunal, en un supuesto similar al que ahora enjuiciamos, llega a la conclusión siguiente: “...la existencia de procesos penales pendientes y dirigidos a depurar las responsabilidades en que hayan podido incurrir los administradores del grupo de empresas de Sofico no da lugar a la existencia de una cuestión «prejudicial» penal. Para que pueda apreciarse la concurrencia de una cuestión de dicho tipo es preciso que la decisión a dictar en el proceso penal

condicione la sentencia de un recurso contencioso-administrativo de suerte que no pueda pronunciarse ésta sin conocer el resultado de aquél. No ocurre esto en el supuesto litigioso: lo que aquí se discute es en qué medida los perjuicios sufridos por los demandantes pueden ser atribuidos casualmente a la Administración, por lo que siendo los directivos de Sofico ajenos a ésta resulta intrascendente, en el sentido que ahora se considera, el resultado del proceso penal”.

En todo caso, no nos consta hasta la fecha imputación penal alguna dirigida contra autoridades, agentes, contratados o funcionarios públicos, en actuaciones penales seguidas contra Forum y Afinsa.

La única incidencia que podría generar el seguimiento paralelo de ambas vías – contencioso-administrativa y penal- en el supuesto enjuiciado, se pondría de manifiesto a la hora de fijar la indemnización que, en su caso, pudiéramos reconocer a los perjudicados en el presente recurso, al objeto de evitar el eventual reconocimiento de una doble indemnización en sede penal y contenciosa, y consecuentemente, un enriquecimiento injusto.

En este sentido, la STS de 20 de mayo de 1996 nos recuerda que "la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto comporta el principio de la compensación con otras reparaciones surgidas de regímenes jurídicos y por títulos ajenos al de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: el principio "compensatio lucri cum damno", aunque, "el mero reconocimiento legal de aquéllas no lleva consigo una exclusión del régimen de responsabilidad patrimonial." Y en la misma línea, el artículo 121 del Código Penal, después de confirmar expresamente la compatibilidad de acciones penales y administrativas en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, advierte que en "ningún caso puede darse una duplicidad indemnizatoria”.

Ahora bien, la referida incidencia no plantea ningún problema en el supuesto enjuiciado si finalmente se estimara el recurso, ya que podría acordarse la minoración del importe de las indemnizaciones que se reconocieran a los perjudicados en las cantidades que pudieran serles reconocidas en la vía penal, remitiendo la determinación final del importe de la indemnización a la fase de ejecución de sentencia.

Tampoco los procedimientos concursales seguidos contra Forum y Afinsa ante los Juzgados de lo Mercantil pueden constituir un obstáculo para que dictemos

sentencia en estas actuaciones, y ello porque el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción permite a los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento y resolución de las cuestiones prejudiciales mercantiles que, en su caso, pudieran plantearse. Y aunque también en este caso podríamos encontrarnos con un enriquecimiento injusto, si nuestra sentencia fuera estimatoria y los perjudicados hubieran percibido o pudieran percibir cantidades en el procedimiento concursal, bastaría con que acordáramos en la sentencia que dictáramos la minoración de la indemnización en las referidas cantidades, en los mismos términos expresados anteriormente respecto de las indemnizaciones que pudieran fijarse en la vía penal (sobre este particular sigue el mismo criterio la STS de 25 de abril de 1988 anteriormente citada).

QUINTO.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA ACTUACIÓN DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES O DEL MINISTERIO FISCAL

Sentado lo anterior, consideramos necesario referirnos seguidamente a una cuestión de especial relevancia para fijar el ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial que enjuiciamos en el presente recurso.

Nos referimos a la eventual responsabilidad patrimonial en que hubieran podido incurrir los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en las actuaciones previas y subsiguientes al inicio de los procedimientos judiciales seguidos contra Forum y Afinsa.

Para llevar a cabo el referido examen debemos comenzar recordando, que la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, consagrada constitucionalmente en el artículo 106 de la Constitución y presupuesto de la reclamación formulada en el este recurso, exige para su reconocimiento, exclusivamente, haber sufrido un perjuicio antijurídico, que no se deba soportar y no imputable a la propia víctima, o causado por fuerza mayor, relacionado con el funcionamiento "normal o anormal" del servicio público.

Frente a la referida responsabilidad patrimonial general, la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, recogida en el artículo 121 de la Constitución, presupone, inexcusablemente, la acreditación de un funcionamiento "anormal" por parte de los Juzgados o Tribunales, o de sus órganos auxiliares o dependientes, en el desarrollo de los procedimientos judiciales,

entendiendo por tales aquellos procedimientos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y no a otras funciones de carácter gubernativo.

El artículo 121 de la Constitución se refiere a la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo el derecho a ser indemnizado en los daños causados por error judicial o a consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El Título V, del Libro III, de la LOPJ, desarrolla en los artículos 292 y siguientes el referido precepto constitucional, recogiendo los dos supuestos genéricos ya citados de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, e incluyendo un supuesto específico de error judicial en el artículo 294, relativo a la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho.

Por error judicial debemos entender, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en la sentencia de 18 de abril de 2000 (Rec. 1311/1996) “la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial (sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 2 de julio de 1999).”.

Ahora bien, tanto la reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en sentido estricto como la reclamación por error judicial, exigen el seguimiento de un procedimiento administrativo singular y el sometimiento a una serie de presupuestos y trámites específicos, distintos de los establecidos para la reclamación por responsabilidad patrimonial de los servicios públicos en general; y en el presente recurso los perjudicados han empleado esta segunda vía para la formulación de su reclamación, por lo que no podemos pronunciarnos aquí sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia en la tramitación de los procedimientos seguidos contra Forum y Afinsa.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por la intervención del Ministerio Fiscal en las actuaciones seguidas contra Forum y Afinsa, debemos distinguir según que la referida actuación fuera previa o coetánea al procedimiento judicial.

Las actuaciones del Ministerio Fiscal coetáneas al procedimiento penal seguido contra Forum y Afinsa carecen de relevancia a los efectos del reconocimiento de funcionamiento normal o anormal de la Administración general del Estado, ya que siendo en definitiva los órganos judiciales los únicos que tienen facultades definitivas para garantizar la adecuada marcha de los procedimientos judiciales y para tomar las decisiones propuestas o informadas por el Ministerio Público, el resarcimiento de los perjuicios derivados de la indebida actuación del Ministerio Fiscal durante el procedimiento judicial queda vinculado a la actuación del órgano judicial, y debe reclamarse a través de los cauces y procedimientos de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Podríamos cuestionarnos aquí la responsabilidad patrimonial por las actuaciones de la Fiscalía previas a la apertura del procedimiento judicial, es decir, las actuaciones del Ministerio Fiscal preparatorias de las querellas criminales presentadas ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, por cuanto, aunque el Ministerio Fiscal aparezca integrado en el Poder Judicial con autonomía funcional, las diligencias de investigación de la Fiscalía son independientes y aparecen sustraídas al concreto conocimiento y al control directo de la Autoridad Judicial, siendo previas al procedimiento judicial.

Y con relación a la referida actuación del Ministerio Fiscal previa a la apertura del procedimiento judicial, cabría plantearse la procedencia de la presentación de las querellas ante los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional contra Forum y Afinsa y sus directivos, la oportunidad temporal de dicha presentación (retraso o precipitación) desde que la AEAT puso en conocimiento de la Fiscalía los hechos que las fundamentaban, y la conveniencia de que el Ministerio Fiscal hubiera advertido públicamente sobre la apertura de las investigaciones penales.

Pues bien, con relación a la primera cuestión, el ejercicio de la acción penal, la actuación del Ministerio Fiscal no puede dar lugar a responsabilidad patrimonial, ya que todos los ciudadanos tenemos el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público en la persecución de presuntas actividades delictivas; y el Ministerio Fiscal estaba obligado a presentar querella ante los órganos judiciales una vez la AEAT puso en su conocimiento la posible existencia de delito en la actividad desarrollada por

Forum y Afinsa. Además, las querellas fueron admitidas a trámite acordándose las medidas cautelares solicitadas.

Tampoco puede afirmarse que la presentación de las referidas querellas fuera precipitada o tardía, en cuanto se presentaron en el plazo de nueve meses desde que la AEAT puso en conocimiento de la Fiscalía General del Estado la documentación obtenida tras sus actuaciones inspectoras, plazo que debe considerarse razonable en atención a la complejidad y volumen del asunto objeto de la investigación.

Finalmente, la Fiscalía no podía advertir o informar públicamente sobre el curso y desarrollo de sus investigaciones penales sin poner en peligro el resultado de las mismas.

SEXTO.- JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN GENERAL Y EN SUPUESTOS DE SOCIEDADES POSTERIORMENTE DECLARADAS INSOLVENTES.

Habiendo quedado delimitado subjetivamente el ámbito de la responsabilidad patrimonial en el supuesto enjuiciado, nos gustaría hacer referencia ahora, siquiera someramente, a la doctrina jurisprudencial que fundamenta la responsabilidad patrimonial de la Administración con carácter general, y especialmente, en algunos supuestos similares al enjuiciado, donde se reclamaban perjuicios derivados de la pérdida de una inversión llevada a cabo en sociedad posteriormente declarada insolvente.

En lo que hace referencia a la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos recuerda que “la responsabilidad de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base, no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado por la jurisprudencia (Sentencias de 24 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993 y 2 y 22 de marzo de 1995, por todas) que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.

Asimismo, a los fines del art. 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia (sentencias de 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo” (STS de 21 de diciembre de 2006).

No podemos tampoco olvidar, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, que es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende su carácter objetivo o de resultado, “de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 -recurso de casación 1311/95, fundamento jurídico tercero-), aunque, es

imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido....” (STS de 21 de diciembre de 2006),

Ahora bien, la relación de causalidad, presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial, “no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar” (SSTS 27 de enero, 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009, y 16 de mayo de 2008).

En otro orden de cosas, “la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformarla aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico (SSTS de 30-9-03 y las que cita), sino que es necesario que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (SSTS de 15-12-97)....” (STS de 30 de septiembre de 2009).

También consideramos interesante recordar aquí la doctrina recogida en algunas sentencias del Tribunal Supremo, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración frente a reclamaciones formuladas por inversores en sociedades o empresas que posteriormente devinieron insolventes.

Concretamente, en la STS de 25 abril 1988 (Caso SOFICO), el Tribunal Supremo puso de manifiesto, entre otras, las siguientes conclusiones:

“Entre el funcionamiento anormal que se atribuye a la Administración -del que se dice que provocó la confianza de los inversores en Sofico- y el resultado dañoso sufrido por los actores se interponen dos tipos de actuaciones absolutamente voluntarias: a) en primer término la decisión de los demandantes de invertir en las sociedades del grupo de Sofico, y b) en segundo lugar, la gestión desarrollada por los directivos de aquéllas”.

“Pretender ligar causalmente la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas objeto de la publicidad resulta terminantemente excesivo...”:

“B) En esta línea, la actividad de inversión de capitales, en un modo diligente de conducirse, debe ir precedida de un asesoramiento de expertos, los cuales, por cierto, no suelen hacer indicaciones terminantemente favorables pues dejan normalmente a salvo la posibilidad de fracasos. Incluso, pues, la intervención de personas peritas en la materia se traduce en un dejar la decisión, siempre sometida a riesgos, en manos del futuro inversor.

Justamente por ello la decisión de invertir capitales tiene un carácter, en el sentido que viene indicándose, eminentemente personal en cuanto que la ha de tomar el interesado que debe saber que en el mundo de los negocios no todo son éxitos o beneficios sino que también existen los fracasos y las pérdidas. Este carácter «personal» de la decisión implica la asunción también «personal» de los riesgos, independientemente de las responsabilidades en que pueden incurrir los gestores de las empresas en las que se produce la inversión”.

En su sentencia de 16 de mayo de 2008 (caso AVA), nuestro Alto Tribunal se expresó en los siguientes términos:

“Las potestades de inspección sólo habilitan a la Administración para investigar hechos, sin que ello comporte automáticamente que la Administración puede hacer uso de cualesquiera instrumentos que reputé útiles para esclarecer los hechos. El art. 39.1 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246) es inequívoco en esta materia: "Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley". Lo que la Administración puede exigir a los particulares en ejercicio de sus potestades inspectoras es únicamente aquello que la Ley prevea en cada supuesto...”

“La función que la Ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular.

Los recurrentes citan, en apoyo de su tesis, toda una serie de sentencias de esta Sala en casos de responsabilidad patrimonial por omisión, tales como, entre otras, las STS de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 4051), de 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 3357) y de 18 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5740). Pues bien, en todos esos casos, al igual que en otros que también se podría traer a colación, acreditar la existencia de un nexo causal en sentido lógico entre la inactividad de la Administración y el resultado lesivo era, efectivamente, suficiente.... Pero es también claro que en esos casos había un deber jurídico, claro y preciso, de actuar, Aquí radica la crucial diferencia entre los casos citados por los recurrentes y el que es objeto del presente recurso de casación”.

Finalmente, en la más reciente sentencia de 27 enero 2009 (caso GESCARTERA), el Tribunal Supremo nos advierte lo siguiente:

“La Ley establece un órgano encargado de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales, atribuyéndole distintas facultades al efecto, cuyo ejercicio u omisión puede dar lugar a responsabilidad de la

Administración en la medida que se acredite la existencia de una lesión o daño imputable a tal ejercicio u omisión en relación de causa a efecto...

Ahora bien, tal actividad de control no convierte al órgano en operador del mercado ni traslada al mismo las obligaciones y subsiguientes responsabilidades exigibles a dichos operadores, caso de las sociedades de gestión de cartera o las agencias de valores, por la forma en que desarrollan su actividad al gestionar el encargo de los inversores, con un resultado negativo o perjudicial.

... No puede, por lo tanto, exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de los distintos operadores del mercado, de manera que la simple apelación al ejercicio de las facultades de supervisión no constituye título suficiente para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración."

"Como dice la sentencia de instancia, la entidad recurrente concertó de forma voluntaria con Gescartera operaciones de depósito remunerado (imposición a plazo fijo según su propia expresión), que esta no estaba habilitada para efectuar por su propia condición de sociedad gestora de carteras, condición plenamente conocida por la entidad inversora que, no obstante la naturaleza de la operación concertada, suscribe un contrato formalizado de gestión de cartera, de manera que asume no solo los riesgos del contrato sino los que derivan de concertar la operación con una entidad no habilitada al efecto. En estas circunstancias, no puede trasladar a la actuación de la CNMV la responsabilidad por el resultado negativo de la gestión encargada, alegando que si la Administración, apreciando la realización de tales operaciones por la entidad de inversión, hubiera revocado convenientemente su autorización para operar en el mercado de valores, habría evitado el perjuicio al no poder contratar con Gescartera por cese de actividad, pues la falta de habilitación de Gescartera para la concertación de las operaciones de depósito en cuestión existía desde el principio, lo que no impidió que la entidad recurrente, conociendo su naturaleza, acudiera a la misma, voluntariamente, para concertar tal operación propia de las entidades de crédito y no de la entidad a la que acudía, por lo que no puede ampararse en la confianza en la actividad de control de la CNMV, que intervino la entidad gestora cuando comprobó la gravedad de su situación financiera y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando."

SÉPTIMO.- NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DEARROLLADA POR FORUM Y AFINSA, Y CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Presupuestos preliminares.

No hay duda que la naturaleza de la actividad desarrollada por Forum y Afinsa constituye el tema nuclear del presente recurso y presupuesto para analizar la responsabilidad patrimonial que demandan los perjudicados por la insolvencia sobrevenida de ambas entidades, debiendo advertirse, ya desde este momento, que la complejidad que presenta esta materia requerirá el estudio de la imputación que pueda hacerse respecto de los diferentes órganos o entes administrativos que, de alguna manera, se hubieran visto concernidos por la naturaleza de dicha actividad.

Inicialmente debemos sostener, en relación con la actividad desarrollada por Forum y Afinsa, que la comercialización de sellos como bienes tangibles con un compromiso cierto de revalorización, se enmarca dentro de la legislación mercantil, y los contratos suscritos en el ámbito de dicha actividad se regulan por dicha legislación y por las disposiciones contractuales convenidas por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad; siendo también de aplicación a dicha actividad la legislación general de consumidores y usuarios, que en la materia que nos ocupa fue objeto de desarrollo complementario sectorial mediante la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, derogada y sustituida posteriormente por la Ley 43/2007, que versa precisamente sobre la protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

Ahora bien, sentado lo anterior, en una primera aproximación al contenido concreto de los contratos suscritos por Forum y Afinsa podría estimarse que subyace en los referidos contratos una causa financiera, al referirse a un producto de ahorro/inversión en sentido económico, dada la revalorización cierta comprometida, sin que, no obstante, ello implique necesariamente que estemos ante un producto financiero en sentido estricto, en función del Derecho positivo que rige los productos y mercados financieros y de valores, como más adelante analizaremos. Deberemos examinar, también, por ello, las consecuencias que la referida causa financiera subyacente pudiera tener en la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración demandada.

Las ideas preliminares que acabamos de esbozar nos sirven de introducción y nos permiten ya el estudio de la materia desde la perspectiva de los diferentes títulos de imputación que se esgrimen frente a aquéllos órganos y entes de la Administración que se consideran responsables de los perjuicios reclamados, concretamente, el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España.

2. Imputación al Ministerio de Sanidad y Consumo.

Se plantea por gran parte de los perjudicados de Forum y Afinsa, la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado porque el Ministerio de Sanidad y Consumo no llevó a cabo un desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, ni ejerció las correspondientes facultades de inspección y control que hubieran evitado la producción del daño cuya indemnización se reclama, y todo ello sobre la base de que Forum y Afinsa desarrollaban una actividad mercantil.

Examinemos ambas omisiones imputadas a la Administración.

2.1. Omisión de desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.

Por lo que hace referencia al desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, conviene recordar, previo a cualquier otra consideración, que la referida disposición adicional se dictó con la clara finalidad de 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 auditoria de cuentas.

Pues bien, compartimos con relación a la exigencia de desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 el criterio del Consejo de Estado, en cuanto sostiene que esta norma no “requería necesariamente un desarrollo para su aplicación”.

En efecto, hemos de reiterar que la disposición adicional a la que nos referimos venía a entronizar determinadas medidas de garantía que se sumaban a las ya contempladas en la legislación general de consumidores y usuarios, bastando la lectura del extenso texto de la mencionada disposición para advertir que su eficacia no quedaba demorada a un ulterior desarrollo reglamentario, siendo sus prescripciones de directa e inmediata aplicación después de la entrada en vigor de la norma.

La única previsión de desarrollo reglamentario a que aludía la disposición adicional en cuestión, se refería a aquellos extremos que por esta vía (reglamentaria) podían introducirse en relación con el contenido de la información precontractual, lo que en modo alguno enervaba la sustancia normativa que, sobre el particular, se recogía en la propia disposición, que, además, no contenía ni siquiera sobre dicho extremo una clara habilitación o mandato de desarrollo reglamentario, sino más bien una previsión eventual sobre el mismo.

En conclusión, la normativa de la tan citada disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 era suficiente y no estaba necesitada de un desarrollo por vía reglamentaria, sin que, por tanto y a tenor de la propia disposición, existiese un deber imputable a la Administración de dictar un reglamento que la desarrollase.

Y no existiendo un deber imputable a la Administración de llevar a cabo el expresado desarrollo reglamentario, difícilmente puede exigirse responsabilidad patrimonial a la Administración por la referida omisión.

En este sentido, enlazando con lo anterior y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, conviene recordar que “únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico” (STS de 28 de junio de 2004). Consecuentemente, la “nulidad por infracción omisiva ... es teóricamente posible en dos supuestos señalados ya en Sentencia de ... 16 enero de 1998: a) cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el

incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y b) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico” (STS de 14 de diciembre de 1998).

La anteriormente descrita doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al supuesto enjuiciado, en cuanto la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2004 no imponía a la Administración Pública el dictado de una determinada norma reglamentaria, conteniendo tan solo la previsión de un eventual desarrollo que, por otra parte, no aparecía como el complemento necesario para la aplicación de la normativa recogida en la expresada disposición adicional, disposición adicional que, insistimos, albergaba una sustancia normativa suficiente para la implementación de las medidas precautorias en ella contempladas.

Consecuentemente, la omisión de la norma reglamentaria en el presente caso no generó situación jurídica alguna contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico, no concurriendo, por tanto, las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para reputarla ilícita.

Por otro lado, al no existir en el supuesto enjuiciado infracción alguna por falta del desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, se hace inútil la labor de determinar el tipo de Administración –Estatual o Autonómica– que debería haber asumido la referida obligación.

Quizá no resulte superfluo señalar, antes de concluir este apartado, que tanto la existencia como el contenido de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 responden a una opción legislativa, sin que podamos en esta sede someter a juicio dicha opción, y que la repetida disposición adicional supuso, como ya hemos expresado anteriormente, un incremento de las garantías para los clientes de las empresas que comercializaban bienes tangibles, en relación con las garantías ya establecidas por la genérica legislación de defensa de los consumidores y usuarios, si bien los productos de las referidas entidades quedaban en todo caso excluidos de los sistemas tuitivos articulados en el seno de los mercados financieros y de valores, y ello por la sencilla razón de que la actividad de referencia se producía al margen de los referidos mercados.

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.

No nos encontrábamos, por tanto, ante una actividad desarrollada sin cobertura jurídica, sino ante un sector del mercado con un marco regulador propio, claramente diferenciado de los mercados financieros y de valores, debiendo estarse, en consecuencia, a sus propias normas, cuyo conocimiento debe presumirse por parte de quienes contratan en su ámbito de negocio.

2.2. Incumplimiento de las facultades de inspección y control por las autoridades de consumo.

Un segundo reproche que se hace al Ministerio de Sanidad y Consumo para reclamar a la Administración General del Estado la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, consiste en imputarle la falta de ejercicio de unas supuestas facultades de inspección y control sobre las empresas comercializadoras de bienes tangibles, ejercicio de dichas facultades que, en hipótesis, habría impedido, según los perjudicados, el daño cuya indemnización reclaman.

Ahora bien, debemos reparar que en este caso se estaría reprochando a la Administración una dejación en el ejercicio de determinadas facultades, lo que exige, obviamente, constatar con carácter previo la existencia de tales competencias.

En efecto, el principio de legalidad impone que la actuación de la Administración dimane de un poder previamente conferido legalmente, de modo que sólo si la Administración cuenta con cobertura legal previa puede actuar. Este principio aparece recogido con claridad –por lo que ahora interesa- en el artículo 39.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), a cuyo tenor, “los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la ley”.

De conformidad con el referido precepto legal, el alcance de las facultades de inspección e investigación de la Administración viene determinado por lo que en cada caso disponga la correspondiente norma de rango legal, sin que, por tanto, pueda la Administración apoderarse de facultades en esta materia por vía

reglamentaria. Como hemos expresado anteriormente en esta misma sentencia, la STS de 27 de enero de 2009 nos advierte, en aplicación del artículo 39.1 de la Ley 30/1992, que “lo que la Administración puede exigir a los particulares en ejercicio de sus potestades inspectoras es únicamente aquello que la ley prevea en cada supuesto”.

Sentado lo anterior, debemos recordar que las garantías adicionales que la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 introdujo en la comercialización de bienes tangibles se referían a la documentación de las operaciones y a la información precontractual, así como a la obligación de someter los documentos contables de las empresas a auditoria de cuentas, anudando al incumplimiento de tales obligaciones una infracción administrativa, cuya sanción incumbía a la Administración Pública competente en materia de protección de los consumidores y usuarios, Administración a la que debían remitir copia del informe de auditoria las personas o entidades obligadas.

En relación con esta última previsión normativa, la disposición adicional cuarta no añadía nada más, por lo que debemos entender que aquella remisión a las autoridades de consumo lo era a los limitados efectos de facilitar la correspondiente información a los consumidores o usuarios, lo que ciertamente estaba en línea con el espíritu de la norma, que se insertaba en el grupo normativo de la legislación protectora de los consumidores y usuarios, debiendo ahora recordarse que el artículo 2.1.d) de la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante Ley 26/1984), establecía como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios el derecho a la información.

Los expresados argumentos deben llevarnos a concluir sin dificultad, con abstracción de la Administración competente por razón de la distribución de competencias en materia de consumidores y usuarios, que la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 no otorgaba facultades de inspección o control sobre las empresas comercializadoras de bienes tangibles, sin que conste tampoco otra norma que pudiera servir de cobertura legal para el ejercicio de tales facultades por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo, de manera que la falta de ejercicio de las indicadas facultades por el expresado Ministerio no puede suponer dejación alguna, sino sujeción a los límites de su actuación establecidos legalmente.

Por otro lado, tampoco existía norma legal alguna que habilitara a las autoridades de consumo para supervisar la solvencia de las entidades encargadas de la comercialización de bienes tangibles, ni los consumidores que contrataron con Forum y Afinsa formularon reiterada o manifiestamente denuncias ante las autoridades de consumo sobre el funcionamiento de aquellas entidades, por lo que difícilmente puede imputarse al Ministerio de Sanidad y Consumo el resultado de la gestión económica de las referidas sociedades.

No podemos, en definitiva, aceptar este título de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

3.Responsabilidad patrimonial por la actuación de la CNMV, Ministerio de Economía y Hacienda y Banco de España.

3.1 Presupuestos básicos.

El estudio de la posible imputación del daño reclamado por los perjudicados de Forum y Afinsa a la CNMV, al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España, tiene que hacerse desde la perspectiva de la regulación de los mercados financieros y de valores, y sobre la base de aquella causa financiera a que aludíamos más arriba presente en los contratos suscritos por Forum y Afinsa, donde se venía a convenir una revalorización cierta como ganancia del cliente.

Hemos de ser conscientes de que esta perspectiva de enjuiciamiento choca en principio con la regulación sustantiva que sobre la actividad de las empresas comercializadoras de bienes tangibles, y entre ellas Forum y Afinsa, se recogía en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, regulación confirmada en lo sustancial y por lo que ahora importa en la Ley 43/2007, que ha derogado formalmente la citada disposición adicional. Ambas normas 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.

Ello no obstante y aunque ya hemos concluido con anterioridad que la actividad desarrollada por Forum y Afinsa era mercantil, nos referiremos seguidamente, por agotar todos los títulos de imputación alegados por los perjudicados, a las consecuencias que puede tener la existencia en los contratos de Forum y Afinsa del

pacto de revalorización cierta como ganancia para el cliente, a los efectos de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

3.2. Responsabilidad patrimonial por la actuación de la CNMV.

La posible imputación del daño litigioso a la CNMV ha de examinarse en atención a las facultades que le atribuyen la Ley 24/1988, que regula el Mercado de Valores, y la Ley 35/2003, que regula las Instituciones de Inversión Colectiva.

La Ley 24/1988 crea la CNMV, a la que se encomienda la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en la propia Ley. La misma Ley contempla una expresa reserva para la actividad de los servicios de inversión y configura como infracción muy grave la violación de dicha reserva mediante el ejercicio de las actividades por entidades o personas no habilitadas al efecto (artículo 13 y concordantes de la Ley 24/1988, objeto de numerosas modificaciones).

Aunque la Ley 24/1988 ha sido reformada por la Ley 47/2007, esta última reforma no es aplicable al supuesto que enjuiciamos por razones temporales.

Por su parte, 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”.

El artículo 14 de la misma norma establece una reserva de actividad a favor de las instituciones de inversión colectiva, facultando a la CNMV para requerir el cese de la actividad de quien incumpla la referida reserva. La Ley 35/2003 previene además la correspondiente sanción por vulneración de la reserva de actividad y ante el incumplimiento del requerimiento o requerimientos de la CNMV dirigidos a obtener su cese y la imposición de sucesivas multas coercitivas, articulando también un régimen de supervisión e inspección a cargo de la CNMV (artículos 69 y 70 de la Ley 35/2003).

Partiendo de los referidos antecedentes normativos, ninguna imputación cabe hacer a la CNMV por razón de la actividad desarrollada por Forum y Afinsa, y ello en cuanto la actividad desarrollada por las referidas entidades escapaba del ámbito de los sectores financieros a los que la CNMV extendía las facultades de supervisión, inspección y sanción que legalmente le habían sido atribuidas.

Las referidas sociedades no estaban formalmente constituidas como empresas de servicios de inversión, y lo que es más importante, su actividad era enteramente ajena a los servicios de inversión que tienen por objeto los correspondientes instrumentos financieros, que no solo comprenden los valores negociables, sino otras figuras que aparecen tipificadas por el Derecho positivo, sin que en ninguno de los modelos de instrumento financiero previstos en la normativa sectorial a la que nos venimos refiriendo, puedan subsumirse los productos comercializados por Forum y Afinsa (véanse al respecto, sobre los valores negociables e instrumentos financieros, el artículo 2 de la Ley 24/1988, el artículo 2 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores y el artículo 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988 en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, que deroga el anterior).

Consecuentemente, ninguna actuación podía exigirse a la CNMV respecto de unas actividades, las de las empresas comercializadoras de sellos, que eran enteramente ajenas a su ámbito de actuación en el mercado de valores desde la óptica de la Ley 24/1988.

Tampoco desde la perspectiva de la Ley 35/2003 podemos imputar una dejación de facultades a la CNMV, por la sencilla razón de que en los contratos suscritos por Forum y Afinsa 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.

Antes de concluir este apartado debemos hacer un breve comentario con relación al artículo 26 bis) de la Ley 24/1988, introducido por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que reforma la Ley 24/1988, y en relación con el 39 de la Ley 35/2003, y ello ante la hipótesis de que los referidos preceptos pudieran constituirse en eventuales soportes de la pretensión los perjudicados.

El precitado artículo 26 bis) dispone que, sin perjuicio de las actividades reservadas a las entidades de crédito, “conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ninguna persona o entidad podrá apelar o captar ahorro del público en territorio español sin someterse a este Título o a la normativa sobre inversión colectiva o a cualquier otra legislación especial que faculte para desarrollar la actividad antes citada”.

El referido precepto podría entenderse, prima facie, como una cláusula de cierre del sistema, pero en realidad se trata de una norma redundante, y en cuanto tal, superflua, lo que explicaría su desaparición posterior; y ello porque nada añade a la situación existente en el momento de su nacimiento a la vida jurídica, dada la reserva de actividad que ya se prevenía en la legislación del mercado de valores y e inversiones colectivas a que hemos hecho referencia anteriormente.

Por su parte, el artículo 39 de la Ley 35/2003 establece que las instituciones de inversión colectiva no financieras, distintas de las Instituciones de inversión colectivas inmobiliarias, se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, adicionalmente, por las disposiciones especiales que apruebe el Ministro de Economía o, con su habilitación expresa, la CNMV.

En línea con lo anterior, el apartado VII de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1309/2005, de 4 noviembre, que aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, señala lo siguiente: “El capítulo II del título II regula las instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero. En realidad, este capítulo desarrolla las instituciones inmobiliarias. El desarrollo de las demás instituciones de carácter no financiero queda pendiente del posible desarrollo que pudiera efectuarse en el futuro por orden ministerial”.

Pues bien, esa falta de desarrollo de las instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero, distintas de las inmobiliarias, carece de relevancia a los efectos de la reclamación por responsabilidad patrimonial que examinamos, habida cuenta de que, en todo caso, la norma se estaría refiriendo a instituciones de inversión colectiva, entidades jurídicas ajenas a las empresas comercializadoras de sellos, en cuanto las ganancias de los clientes de estas últimas no se establecen en función de los resultados colectivos.

Para terminar este apartado, debemos recordar que los mercados de valores se encuentran cuidadosamente regulados en los diferentes aspectos o piezas que los componen (tales como los sujetos participantes, productos que constituyen su objeto, entes de supervisión e inspección, fondo de garantía de inversiones, etc.), y aparecen claramente diferenciados del sector del mercado en el que actuaban Forum y Afinsa, sin que las facultades de la CNMV se extendieran a este último sector, por lo que ninguna imputación puede hacerse a la CNMV con relación al título de imputación examinado.

3.3. Responsabilidad patrimonial por la actuación del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España.

La posible imputación de responsabilidad en el supuesto enjuiciado al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España ha de hacerse desde el enfoque del mercado del crédito y de las entidades financieras, sometidas a un régimen especial de regulación y supervisión administrativa.

No podemos ahondar en dicho régimen especial sin indicar lo siguiente:

El artículo 43.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante Ley 26/1998), dispone que corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, autorizar la creación de las entidades de crédito, cuya definición se contiene en el artículo 1 del Real Decreto-Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas.

El artículo 28.1 de la Ley 26/1998, establece una reserva de actividad a favor de las entidades de crédito, disponiendo el apartado 2.b) del mismo precepto que se entenderá reservada a las entidades de crédito la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.

En relación con el incumplimiento de la expresada reserva de actividad, el artículo 29 de la misma Ley 26/1998 otorga al Banco de España facultades para requerir el cese de actividad y para sancionar, y la disposición adicional décima de la misma Ley concede al Ministerio de Economía y Hacienda facultades para solicitar información y realizar inspecciones.

Sobre la bases del expresado régimen normativo, se trata ahora de examinar si es posible imputar responsabilidad patrimonial al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España, por entender que Forum y Afinsa realizaban en realidad auténticas operaciones financieras de activo o de pasivo con sus clientes - según la óptica de cada una de las partes contratantes-, infringiendo con ello aquella reserva legal de actividad en favor de las entidades de crédito, sin que el Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España ejercieran las facultades de control que legalmente tenían atribuidas para impedirlo.

En una primera aproximación a la actividad contractual desarrollada por Forum y Afinsa, se hace obligado advertir que el objeto directo de la referida actividad no venía representado por la captación de fondos reembolsables del público, ya que el objeto principal del entramado contractual articulado por las referidas sociedades era la compraventa de sellos, con una especie de pacto de recompra, siendo el dinero la contraprestación del contrato sinalagmático. Desde esta perspectiva, resultaría evidente que no se habría producido una infracción de la reserva de actividad de crédito y, por tanto, no cabría hacer ninguna imputación al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España, por una deficiente supervisión de las actividades comerciales llevadas a cabo por Forum y Afinsa.

Ello no obstante, si admitiéramos en hipótesis que la ganancia cierta y predeterminada en favor de los clientes que generaba los contratos de Forum y Afinsa imprimía a los mismos una verdadera naturaleza financiera, convirtiéndolos en el fondo en operaciones crediticias de activo o pasivo (según el punto de vista de cada parte contratante), con invasión de la actividad propia de las entidades de crédito e infracción de la reserva de actividad establecida legalmente, entrarían en juego aquellas facultades de supervisión y control que, en relación con la materia, atribuye la Ley al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España.

Lo anterior se entiende, insistimos, partiendo de la base de considerar que los contratos suscritos por Forum y Afinsa representaban verdaderas operaciones de activo o pasivo propias de las entidades de crédito, lo que en el actual estadio del discurso no pasa de ser una mera hipótesis.

La premisa de que los contratos de Forum y Afinsa articulaban verdaderas operaciones financieras de activo o pasivo, infringiendo así la reserva de actividad,

solo puede sostenerse aceptando que en los referidos contratos existía un acuerdo simulado por parte de los contratantes.

El acuerdo simulado implica una disparidad entre lo querido y lo declarado.

En el supuesto que examinamos, estaríamos ante un simulación relativa, donde el acuerdo simulado –la compraventa de sellos- estaría encubriendo en realidad el acuerdo disimulado –la operación crediticia de activo o pasivo-, y ello utilizando la libertad de pactos de las partes en el seno de la contratación mercantil, para ocultar el verdadero negocio jurídico, que no podía aparecer a la luz pública por constituir una infracción jurídica, al vulnerar la reserva de actividad establecida legalmente.

En este caso, el negocio simulado, de naturaleza mercantil, se habría pactado con la finalidad de defraudar la normativa vigente, en cuanto prohíbe ejercer las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito a cualquier persona física o jurídica que no haya obtenido la preceptiva autorización y esté inscrita en los correspondientes registros (artículo 28.1 de la Ley 26/1988).

Pues bien, aún partiendo de dicha premisa, tampoco consideramos razonable imputar al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de las facultades de supervisión y control que les atribuye la Ley, con relación a la reserva de actividad de crédito en el desarrollo de la actividad de negocio de Forum y Afinsa.

En efecto, aunque no se trata ahora de determinar las consecuencias de la simulación respecto de la eficacia del negocio jurídico en el ámbito del Derecho privado, cuyos efectos están condicionados en parte por la expresión de una causa falsa en el contrato (artículo 1276 del Código Civil), no podemos olvidar que la eventual nulidad del contrato simulado no puede perjudicar a los terceros de buena fe, y que aquélla –la nulidad- no puede oponerse por los simulantes a estos últimos, quienes, en cambio, sí la pueden alegar frente a los primeros; y en el supuesto que enjuiciamos, la Administración Pública demandada bien podría merecer la posición del tercero respecto del negocio simulado.

Pero es que, además, en el hipotético caso que estamos examinando, podríamos encontrarnos con la paradójica situación de que una de las partes que ha intervenido en la operación de simulación, trataría de hacer valer la situación jurídica disimulada e ilegal, frene a un tercero –la Administración Pública- para reprocharle,

precisamente, que no ejercitó las facultades que legalmente le correspondían para impedir una actividad en la que ella misma ha sido directa partícipe, que está en la raíz del daño sufrido y que quiere convertir en lesión resarcible.

Conviene recordar ahora la anteriormente citada STS de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera), relacionada con las obligaciones de supervisión de la CNMV en relación con los mercados de valores, pero aplicable –con las adecuadas modulaciones- al supuesto que enjuiciamos, donde se concluye, en síntesis, que no puede trasladarse a la CNMV la responsabilidad por el resultado negativo de determinadas operaciones financieras, pues la falta de habilitación de la entidad financiera para la concertación de las operaciones en cuestión, cuando la referida falta de habilitación existía desde el principio y no impidió que la parte recurrente, conociendo su naturaleza, acudiera a la misma, voluntariamente, para concertar tal operación propia de las entidades de crédito y no de la entidad a la que acudía.

Pero la exigibilidad de responsabilidad patrimonial a la Administración en este hipotético caso, también debe descartarse desde el parámetro que nos proporciona el estándar del rendimiento medio del servicio público al que se imputan los perjuicios.

En este punto, consideramos de especial utilidad citar una vez más la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009, que interpreta las facultades de supervisión e inspección en el ámbito de los mercados de valores en los siguientes términos: “no puede... exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de los distintos operadores del mercado, de manera que la simple apelación al ejercicio de las facultades de supervisión no constituye título suficiente para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados y todo ello en congruencia con el criterio general en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad

de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la sentencia de 20 de junio de 2003, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. En otros términos, la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico como la CNMV, con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma”.

La doctrina que se desprende de la sentencia del Alto Tribunal que acabamos de transcribir nos lleva a la conclusión de que no puede exigirse a la Administración en el ejercicio de sus facultades de supervisión e inspección una garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema y que la mera apelación al ejercicio de las referidas facultades no puede constituir título suficiente para la imputación de responsabilidad patrimonial, que dependerá de las actuaciones que razonablemente fueran exigibles a la Administración -en función de las circunstancias concurrentes en cada caso- en el ejercicio de las facultades legalmente reconocidas para el cumplimiento de sus funciones.

En línea con lo anteriormente expresado, interesa igualmente recordar, que la Directiva 1997/9/CE, de 3 marzo 1997, que versa sobre los sistemas de indemnización de los inversores en el ámbito de las empresas de inversión – comprendiendo también a las entidades de crédito-, señala en su considerando tercero que “ningún sistema de supervisión puede ofrecer una garantía completa, particularmente en el caso de que se cometan actos fraudulentos”.

Y el artículo 4.6 del Real Decreto 2606/1996, de 20 diciembre, que regula los Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, tiene en cuenta la posible relación o participación del depositante con las causas motivadoras de la

obligación de indemnizar para suspender el pago de las correspondientes indemnizaciones

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.

Partiendo de dichos presupuestos, la exigencia del ejercicio de las facultades de control al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España con relación a la actividad desarrollada por Forum y Afinsa, de considerarse la naturaleza simulada de los contratos suscritos por dichas entidades, rebasaría el estándar del rendimiento medio del servicio como parámetro de medida de la actuación exigible a la Administración Pública en el cumplimiento de sus funciones, en cuanto resultaría excesiva y no razonable en una estimación ponderada de las circunstancias concurrentes en el caso, agravadas por la colaboración necesaria de los propios perjudicados en la operación de simulación que subyacía en los contratos, simulación que solo podía advertirse mediante una interpretación contraria a la voluntad expresada por 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.

4. Consideración final.

No queremos concluir este fundamento de derecho sin advertir, en lo que se refiere a la posible imputación por la actuación (omisión) de los distintos órganos administrativos y entes que hemos examinado, que el artículo 51 de la Constitución

no otorga cobertura genérica a una supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter universal frente a cualesquiera riesgos o daños de que puedan ser víctimas los ciudadanos, pues los principios que en el mismo se recogen sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, según precisa el artículo 53.3 de la propia Constitución.

OCTAVO.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.

1. Planteamiento general.

Los perjudicados de Forum y Afinsa imputan responsabilidad patrimonial a la AEAT por un doble motivo. En primer lugar, por no haber ejercido adecuadamente las potestades de inspección y comprobación de los hechos imponibles; y en segundo lugar, por demora o precipitación en la puesta en conocimiento de la Fiscalía de las conclusiones de las actuaciones de comprobación iniciadas a partir de 2003.

Examinaremos seguidamente ambas motivos de imputación.

2.Responsabilidad patrimonial de la AEAT por no haber ejercido adecuadamente las potestades de inspección y comprobación de los hechos imponibles.

Para examinar este motivo de imputación debemos partir del presupuesto, expresado anteriormente, de que el principio de legalidad de la Administración exige que su actuación dimanar de un poder previamente conferido legalmente, de modo que la Administración sólo puede actuar si cuenta con esa cobertura legal previa.

El referido presupuesto nos obliga a analizar las funciones que tiene atribuidas legalmente la AEAT para determinar si las incumplió en el supuesto enjuiciado.

El artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1991, por el que se crea la AEAT, establece en el apartado Uno.2 que “la Agencia Estatal de Administración Tributaria es la organización administrativa responsable, en nombre y por cuenta del Estado, de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y de aquellos recursos de otras

Administraciones Públicas nacionales o de las Comunidades Europeas cuya gestión se le encomiende por Ley o por convenio”.

Por su parte, el apartado Uno.3 del reseñado precepto dispone que “corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal se aplique con generalidad y eficacia a todos los contribuyentes, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material que minimicen los costes indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias”.

Las funciones de la inspección de tributos van dirigidas a comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones (artículo 145.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), encontrándose las referidas funciones recogidas en el artículo 141 de la citada Ley. En términos similares se pronunciaba el artículo 140 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en relación con la función inspectora.

Por otro lado, los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los casos legalmente previstos; y cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente (artículo 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, y artículo 111.6 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre). A lo que hay que añadir, que si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal (artículo 180.1 de la

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, y en el mismo sentido, artículo 113.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre).

En consecuencia, dentro de las funciones propias de la AEAT no está la de investigar la existencia de delitos, o como advierte el Consejo de Estado, “la detección de fraudes realizados a particulares”, pero si en el curso del desempeño de las funciones que le son propias para garantizar el recto cumplimiento de las obligaciones tributarias detecta indicios de actividad constitutiva de delito, ha de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o querrellarse directamente.

Así las cosas, como ya hemos expresado anteriormente en esta misma sentencia, las actuaciones inspectoras desarrolladas con relación a Forum antes del año 2003, abarcaron los ejercicios 1988 a 1992 y los ejercicios 1998 a 2001, con posterior ampliación al ejercicio 2002, y las actuaciones inspectoras desarrolladas con relación a Afinsa antes del año 2003, abarcaron los ejercicios 1991 a 1994 y 1998 a 2001, ampliada posteriormente al ejercicio 2002.

Ahora bien, en las citadas actuaciones inspectoras no consta de los datos, informes y antecedentes obtenidos la existencia de indicios de la comisión de delitos que hubieran justificado la remisión de la correspondiente comunicación al Ministerio Fiscal.

Consecuentemente, la actuación de AEAT se ajustó a las funciones inspectoras y de control que entonces tenía encomendadas, levantando las correspondientes actas, y regularizando, en su caso, la situación jurídico-tributaria de Forum y Afinsa.

3. .Responsabilidad patrimonial de la AEAT por la demora o precipitación en la puesta en conocimiento de la Fiscalía de las conclusiones a las que llegó tras las actuaciones de comprobación iniciadas a partir de 2003.

Para enjuiciar esta cuestión resulta necesario, por esclarecedor, transcribir la parte del informe emitido por la AEAT a instancias del Ministerio de Sanidad y Consumo con fecha 21 de junio de 2007, correspondiente a las actuaciones inspectoras iniciadas en el año 2003.

Así, se recoge al respecto en el expresado informe lo siguiente:

“En el caso de Forum, las actuaciones inspectoras se inician con fecha 17 de julio de 2003. Las actuaciones se extendían a los conceptos Impuesto sobre Sociedades (ejercicios 1998 a 2001), retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ejercicios 1999 a 2001), Impuesto sobre el Valor Añadido (ejercicios 1999 a 2001). Posteriormente, estas actuaciones de comprobación se extendieron al ejercicio 2002.

En el desarrollo de las actuaciones inspectoras se produjeron numerosas dilaciones imputables al obligado tributario, al no aportar prácticamente en ningún momento la totalidad de la documentación solicitada de forma específica por la Inspección, habiéndose indicado en el texto de las diligencias extendidas que la falta de aportación de los documentos solicitados tienen la consideración de dilaciones imputables al sujeto pasivo. Así, a título meramente enunciativo, cabe destacar las siguientes:

- Con fecha 18 de julio de 2003 se requiere la aportación del balance de sumas y saldos de cada ejercicio, aportándose el mismo el 1 de octubre de 2003.

- El 28 de enero de 2004, se requiere el desglose anual de las compras de mercaderías (sellos) de nueva adquisición y las procedentes de recompras. Este dato nunca fue aportado, a pesar de su reiteración en sucesivas diligencias.

- En diligencia de fecha 19 de junio de 2004, se requiere el listado de contratos en los que se haya vendido la mercancía de nueva adquisición registrada en la cuenta 60000000. Se responde el 23 de junio de 2004 que es imposible su aportación al tratarse de "material fungible".

- El 23 de junio de 2004, se solicita el listado de existencias iniciales correspondiente al ejercicio 1998. Su aportación se produce seis meses más tarde.

- El 8 de septiembre de 2004, se realizaron varios requerimientos de información a autoridades europeas en relación con diversas sociedades proveedoras. Si bien estos requerimientos permiten suspender el cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras por un período máximo de un año para el conjunto de los requerimientos de este tipo, transcurrido este plazo no se ha

recibido la información sobre una sociedad holandesa al estar incurso en un proceso penal en su país.

Al margen de estas actuaciones dilatorias, el obligado tributario solicitó en varias ocasiones el aplazamiento de las actuaciones inspectoras.

El plazo para la realización de las actuaciones inspectoras fue objeto de ampliación a 24 meses, con fecha 20 de mayo de 2004, en aplicación del artículo 31 ter del Reglamento General de Inspección aprobado por Real Decreto 939/1986.

Con fecha 10 de junio de 2005, el Equipo de Inspección remite a su Inspector Jefe informe acerca de las conclusiones derivadas de la comprobación del sujeto pasivo, solicitando su remisión al Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria para la emisión de informe a los efectos previsto en el artículo 95 de la Ley General Tributaria.

Dicho informe y solicitud es objeto de traslado con esa misma fecha al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, quien los remite, con fecha 14 de junio de 2005 al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

El 16 de junio de 2005, el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria remite al Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria el informe ultimado por el Equipo de Inspección para la emisión de informe a los efectos previstos en el citado artículo 95 de la Ley General Tributaria. Dicho informe fue emitido por el Servicio Jurídico el 27 de julio de 2005.

El 29 de julio de 2005, se pone en conocimiento de la Fiscalía General del Estado la documentación obtenida en el curso de las actuaciones inspectoras, por si de la misma se pudiera derivar la existencia de indicios de delito de blanqueo de capitales y de delito fiscal. Además, se comunica que de la información obtenida se desprendía que de la forma de actuar de Forum resultan acreditados algunos hechos que, si bien no pueden llegar a tipificarse concretamente en virtud de las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección en el ejercicio de sus funciones, su averiguación plena y posible tipificación definitiva precisaría de la investigación complementaria por parte del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción, en su caso.

Por tanto, desde el inicio de las actuaciones de control, el día 17 de julio de 2003, hasta la remisión de las actuaciones a la Fiscalía, el 29 de julio de 2005, han transcurrido 742 días, incluyendo todas las dilaciones que se han referido.

En el caso de Afinsa, el inicio de las actuaciones inspectoras se produce con fecha 12 de febrero de 2003, extendiéndose a los conceptos Impuesto sobre Sociedades (ejercicios 1998 a 2001), retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ejercicios 1999 a 2001) e Impuesto sobre el Valor Añadido (ejercicios 1999 a 2001). Con posterioridad, las actuaciones de comprobación se extendieron al ejercicio 2002, mediante diligencia de 5 de mayo de 2004.

En el desarrollo de las actuaciones inspectoras se produjeron numerosas dilaciones imputables al obligado tributario, al no aportar prácticamente en ningún momento la totalidad de la documentación solicitada de forma específica por la Inspección, habiéndose indicado en el texto de las diligencias extendidas que la falta de aportación de los documentos solicitados tienen la consideración de dilaciones imputables al sujeto pasivo. Así, a título meramente enunciativo, cabe destacar las siguientes:

- En diligencia de fecha 26 de marzo de 2003, se requirió el desglose y justificación de la cuenta de Provisión por responsabilidades, ejercicios 1999 a 2001. Hasta el 6 de febrero de 2004 no se aporta dicha información.

- En diligencia de 23 de abril de 2003, se requirió la relación de los contratos vivos a la fecha del comienzo de la comprobación. En diligencia de fecha 6 de febrero de 2004 se reiteró la petición.

- Se requirió mediante diligencia de 22 de mayo de 2003 explicación de la fórmula de cálculo de la provisión por responsabilidades utilizada para cada contrato, sin haberse obtenido contestación alguna.

- Con fecha 23 de noviembre de 2004 se solicita por la Inspección justificación de las diferencias existentes entre las mediaciones en compras y ventas de mercancía. Después de casi un año, el 18 de noviembre de 2005 se contesta mediante la enumeración de una serie de motivos que, a su juicio, podrían justificar tales diferencias. A juicio de la inspección, esta contestación no tiene base alguna y carece de justificación documental que la respalde.

- En diligencia de fecha 3 de diciembre de 2004, se requiere la aportación del desglose de las existencias finales de sellos, según fueran destinados a contratos PIC, CIT y sellos de colección. Transcurridos tres meses sin que se aportase la información requerida, se solicita por la Inspección la identificación de las cuentas que reflejasen las compras y ventas de sellos de colección y su saldo final en cada uno de los ejercicios objeto de comprobación. Con fecha 18 de noviembre de 2005, es decir casi un año después, Afinsa aporta algunos datos, sin que en ningún momento se completase la información requerida.

Al margen de estas actuaciones dilatorias, el obligado tributario ha solicitado varias veces el aplazamiento de las actuaciones inspectoras.

Con fecha 16 de mayo de 2005, el equipo actuario solicita a su Inspector Jefe la designación de expertos de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre para el análisis y contraste de unos valores filatélicos depositados en la entidad objeto de inspección sobre lo que se ha tomado una muestra aleatoria. Dicha solicitud es objeto de traslado con esa misma fecha al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección.

El día 18 de mayo de 2005, el Jefe de la Oficina Nacional de Inspección solicita de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre el auxilio para la realización de los trabajos de análisis y contraste de valores filatélicos que había sido solicitada por el equipo actuario.

Con fecha 14 de junio de 2005, la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre emite el informe solicitado acerca del resultado de los análisis realizados sobre los referidos valores filatélicos.

El 29 de junio de 2005, el Equipo de Inspección remite a su Inspector Jefe informe acerca de las conclusiones derivadas de la comprobación del sujeto pasivo, solicitando su remisión al Servicio Jurídico para la emisión de informe a los efectos previstos en el artículo 95 de la Ley General Tributaria. Dicho informe y solicitud es objeto de traslado con esa misma fecha al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, quien a su vez los traslada al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, que los remite al Servicio Jurídico, que emite el informe previsto en el citado artículo 95 con fecha 1 de julio de 2005.

Con fecha 11 de julio de 2005, se presenta a la Fiscalía General del Estado, junto con la denuncia por presuntos delitos fiscales de las entidades Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S. L. y Guijarro Lázaro, S. L por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1999, informe relativo a las actuaciones inspectoras llevadas a cabo a la entidad Afinsa por su relación con los delitos denunciados, y en donde se comunicaba que de la información obtenida se desprende que de la forma de actuar de la entidad resultan acreditados algunos hechos que, si bien no pueden llegar a tipificarse concretamente en virtud de las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección en el ejercicio de sus funciones, su averiguación plena precisaría de la investigación complementaria por parte del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción, en su caso.

Por tanto, desde el inicio de las actuaciones de control, el día 12 de febrero de 2003, hasta la remisión de las actuaciones a la Fiscalía, el 11 de julio de 2005, han transcurrido 879 días, incluyendo dilaciones imputables al contribuyente por una duración de 367 días”.

Hemos considerado conveniente reproducir los particulares del anterior informe, pese a su extensión, porque resultan sumamente esclarecedores para justificar que la duración de las actuaciones inspectoras iniciadas contra Forum y Afinsa en el año 2003 no resultó excesiva, descontando las dilaciones no imputables a la Administración, y en comparación con expedientes similares referidos a empresas con un volumen de facturación de entre 400 y 800 millones de euros (Forum en el ejercicio 2002 estaba entorno a 600 millones de euros de facturación y Afinsa alrededor de 543 millones de euros de facturación), expedientes en los que la duración media fue de 813 días, con dilaciones imputables al contribuyente de 400 días de media.

Por tanto, teniendo en cuenta la complejidad y dificultad de las actuaciones inspectoras iniciadas en el año 2003 contra Forum y Afinsa, no puede pretenderse que existiera dilación en el desarrollo de las mismas, ni demora alguna en la denuncia al Ministerio Público de los hechos derivados de dichas actuaciones con fecha 29 de julio de 2005.

Por otra parte, tampoco se aprecia una celeridad injustificada por parte de AEAT en la comunicación realizada al Ministerio Público.

En efecto, no puede entenderse que haya existido una precipitación de la AEAT en la denuncia de los hechos, ya que en las denuncias formuladas por la Agencia se aludía a hechos que no podían “tipificarse concretamente” y cuya “ averiguación plena precisaría de la investigación complementaria que, bajo la dirección del Ministerio Fiscal o, en su caso, del Juez de Instrucción” se considerara “pertinente”. Y, precisamente esto es lo que ha acontecido, pues las denuncias formuladas por la AEAT contra Forum y Afinsa fueron el origen de las querellas presentadas por el Ministerio Fiscal, siendo admitidas por los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional en los términos ya referidos con anterioridad en esta sentencia.

En consecuencia, no consideramos procedente imputar responsabilidad patrimonial a la AEAT en el supuesto enjuiciado.

NOVENO.- RESPONSABILIDAD PARTIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

Para concluir esta sentencia, nos referiremos a aquellas alegaciones de los perjudicados de Forum y Afinsa que pretenden vincular la responsabilidad patrimonial de la Administración a la infracción del principio de confianza legítima, tanto por la inactividad de los organismos públicos, al no haber advertido la ilegalidad de la gestión desarrollada por Forum y Afinsa durante su larga trayectoria empresarial y no haber detectado antes su falta de solvencia económica; como por la conducta activa desplegada por la Administración y las Autoridades Públicas, que se exteriorizaron en publicaciones del Ministerio de Economía (ICE) avalando las inversiones en productos filatélicos en el año 2001, o en la participación de Autoridades y Ministros en actos organizados por sociedades que comercializaban dichos productos (firmando en el libro de honor) o en exposiciones mundiales de filatelia o, incluso, dando un premio como empresa modélica a los directivos de Forum). Todo ello, a juicio de los perjudicados, indujo a pensar a los clientes de Forum y Afinsa en particular, y a la ciudadanía en general, que dichas empresas gozaban de solvencia económica y contaban con el respaldo y control de las autoridades financieras, confianza que posteriormente se vio defraudada por la intervención judicial de dichas empresas y la situación de insolvencia detectada.

También consideran los perjudicados, que existe un reconocimiento tácito de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración, al haber adoptado medidas de apoyo a los afectados por Forum y Afinsa, y que los perjuicios que

reclaman son consecuencia de las contradicciones entre diferentes órganos de la Administración del Estado sobre la naturaleza mercantil o financiera de la actividad desarrollada por las referidas sociedades.

Pues bien, para examinar estas cuestiones, conviene comenzar recordando que una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en las SSTs de 21 de febrero de 2006 (rec. 5959/2001), 18 de diciembre de 2007 (rec. 1830/2005) y 1 de Abril de 2008 (rec. 3303/2005), ha venido reconociendo la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico del principio de confianza legítima, surgido en el Derecho administrativo alemán y posteriormente incorporado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, constituyendo en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario. Asimismo, dicho principio se ha plasmado en la Ley 30/1992, tras su modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en los siguientes términos: “igualmente, deberán” (las Administraciones Públicas) “respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima” (artículo 3.1, párrafo segundo, de la citada Ley).

La STS de 10 de mayo de 1999, nos recuerda que el principio de protección de la confianza legítima “esta relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala” (se refiere a la Sala Tercera del Tribunal Supremo) “el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general”.

Se trata, en definitiva, de un principio de origen jurisprudencial, que debe examinarse en cada caso concreto, para reaccionar frente a actuaciones tanto del Poder Legislativo como de la Administración, caracterizadas por sorprender la confianza del destinatario, que basándose en actos concluyentes ha generado unas expectativas razonables en el mantenimiento de determinada situación.

La STS de 1 diciembre 2003 (rec. 6383/1999) concluye que “puede, y debe, considerarse legítima la confianza del interesado en el actuar de la Administración cuando ésta lleva a cabo actuaciones lo suficientemente concluyentes como para que aquél pueda razonablemente entender: a) Que la Administración actúa correctamente (STS de 23 de noviembre de 1984, antigua Sala Quinta); b) Que es lícita la conducta que mantiene con la Administración (STS de 22 de diciembre de 1994), y c) Que sus expectativas como interesado son razonables (STS de 28 de febrero de 1989, Sala Tercera); d) Que el interesado haya cumplido los deberes y obligaciones que le incumben en el caso (STS de 30 de junio de 1993, Sala Tercera y STS de 26 de enero de 1990, Sala Tercera)”.

Por otra parte, en su sentencia de 1 de febrero de 1999, nuestro Tribunal Supremo nos recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma...”.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial anteriormente expresada, en el supuesto que nos ocupa no puede sostenerse que haya existido un sorpresivo cambio de criterio normativo en la calificación jurídica de la actividad desplegada por Forum y Afinsa, y por ende, de los contratos celebrados con sus clientes. Tanto en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, como en la más reciente Ley 43/2007, se considera que la actividad profesional consistente en la formalización de un mandato de compra y venta de bienes (especialmente de sellos, obras de arte o antigüedades) u otro contrato 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, es una actividad de naturaleza mercantil y no financiera, excluida, por tanto, de las actividades reservadas a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión o instituciones de inversión colectiva, así como de la intervención y control desplegado sobre este tipo de entidades por el Banco de España, el Ministerio de Económica y la CNMV.

Paralelamente, la Administración ha mantenido esta misma calificación en sus pronunciamientos ante las esporádicas denuncias o escritos dirigidos al Ministerio de Economía y Hacienda o a la CNMV, y en diferentes actuaciones de diversa naturaleza, sosteniendo que las empresas que ofrecían negocios con bienes tangibles no podían considerarse un servicio de inversión sometido a las competencias de la CNMV. Así se afirmó por la CNMV el 14 de marzo de 2002, en contestación a un escrito dirigido por el Presidente de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros (ADICAE).

En el mismo sentido se pronunciaron las informaciones oficiales y los folletos informativos del Ministerio de Sanidad y Consumo (publicados en el año 2002 y posteriormente en el año 2005), donde se advertía expresamente sobre la naturaleza mercantil de la actividad en los siguientes términos: “la actividad empresarial consistente en comercializar sellos, obras de arte, antigüedades etc.. comprometiéndose a venderlos por cuenta del cliente, entregándole el importe de la venta o una cantidad para el supuesto de que no se halle un tercero que los adquiera en la fecha pactada”, donde, “normalmente, se ofrece al consumidor una importante revalorización de estos bienes...”, no está sujeta “a la normativa que regula las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión o las instituciones de inversión colectiva”, y las empresas que ejercen estas actividades comerciales “no están sometidas al control y supervisión de los organismos señalados...”(se refería al Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones); añadiéndose en los referidos folletos, que “... los bienes y el efectivo entregado a estas empresas no está amparado por los sistemas establecidos para asegurar los fondos y valores que se confían a la entidades bancarias y a las entidades de valores (Fondo de Garantía de Depósitos y de Garantía de Inversiones)”.

Finalmente, en iguales términos se pronunciaba la información suministrada en la página Web de la CMNV y se sigue pronunciando la Administración en la resolución administrativa impugnada.

En definitiva, analizando el marco legal existente y su evolución, no puede extraerse la conclusión de que existió un cambio normativo sobrevenido y sorpresivo en la calificación de la actividad empresarial desarrollada por Forum y Afinsa, que defraudase la confianza legítima de los afectados. Y atendiendo a la información oficial suministrada por las autoridades competentes o a la actuación concreta desplegada por las mismas, tampoco puede extraerse la conclusión de que se infundiese en los ciudadanos la errónea confianza de que esta actividad contaba con el respaldo y el control de las autoridades financieras, o que las inversiones realizadas estuvieran cubiertas por los fondos y garantías propios de este tipo de operaciones financieras.

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.

Por otro lado, no puede llevarse a las diferencias de criterio acerca de la actividad desarrollada por Forum y Afinsa la realidad de la insolvencia patrimonial constatada de ambas entidades, hecho éste que en última instancia ha determinado la frustración de la inversión de los perjudicados.

Respecto al informe elaborado por la Inspectora Jefe de Hacienda Sra. Yabar, donde se alude a la naturaleza financiera de la actividad desarrollada por Forum y Afinsa, informe que fue tomado en consideración para formular la querrela de la Fiscalía que dio lugar a la intervención de ambas entidades y a los procedimientos penales que se instruyen ante los Juzgados Centrales de Instrucción de esta misma Audiencia Nacional, sólo puede llevarnos a concluir que el mayor o menor acierto de

las afirmaciones contenidas en dicho informe y en las querellas presentadas por el Ministerio Fiscal, ha de ponerse en relación con el concreto ámbito al que se circunscriben las mismas, y habrán de ser valoradas en los procedimientos penales en curso, sin que este Tribunal pueda entrar a enjuiciarlas. Basta destacar ahora, en lo que nos ocupa, que los hechos delictivos que han motivado los procedimientos penales seguidos contra Forum y Afinsa no necesariamente aparecen conectados con la calificación jurídica de la actividad desarrollada por ambas entidades.

Esta misma conclusión, tal y como ya hemos tenido ocasión de razonar, es predicable respecto de la procedencia de la intervención judicial acordada sobre dichas empresas, pues las razones que justificaron la misma y su conformidad o no a derecho permanecen al margen de este procedimiento y habrá de ser valorada en el contexto de los procesos penales en curso y a la vista de lo que de ellos resulte o, en su caso, por los cauces de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como hemos expresado con anterioridad en esta misma sentencia.

En todo caso, debe destacarse que la comercialización de bienes tangibles mediante contratos con pacto de recompra era una actividad reconocida y regulada legalmente, y permitida por nuestro ordenamiento jurídico, y que la tolerancia por parte de las autoridades administrativas respecto de su ejercicio e incluso el respaldo oficial, más o menos explícito, a este tipo de inversiones (la participación de las autoridades en exposiciones filatélicas o en actos culturales o deportivos patrocinados por estas empresas o la concesión de premios a alguno de sus gestores) no aseguraba la solvencia económica de dichas empresas, que operaban libremente en este mercado, ni obligaba al Estado por el principio de confianza legítima a responder de la insolvencia sobrevenida de las mismas.

La protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella "confianza" sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, sin que los actos de las autoridades con relación a Forum y Afinsa descritos anteriormente garantizasen el acierto o desacierto de la gestión realizada, ni la eventual existencia de irregularidades administrativas, ni mucho menos las presuntas actividades delictivas que pudieran imputarse a los responsables de la gestión de ambas sociedades, cuestiones estas que están siendo enjuiciadas ante la jurisdicción

penal, como anteriormente hemos expresado, y sobre las que este Tribunal no tiene competencia para pronunciarse.

Finalmente, resulta obvio que el hecho de que la Administración haya adoptado medidas de apoyo a los perjudicados de Forum y Afinsa, no puede llevarnos a concluir que reconozca tácitamente su responsabilidad patrimonial por la situación derivada de la insolvencia económica a que se han visto abocadas ambas sociedades.

DÉCIMO.- CONCLUSIÓN RESOLUTORIA

Los fundamentos jurídicos precedentes dan completa respuesta a las alegaciones recogidas en la demanda y deben conducirnos a la desestimación del presente recurso.

DÉCIMO PRIMERO.- COSTAS

No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, al no apreciar temeridad o mala fe de las partes.

F A L L A M O S

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo nº 93/2008 por el procurador de los Tribunales doña, actuando en nombre y representación de D. y los demás reseñados en el encabezamiento de esta resolución contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra la Administración del Estado en relación con el funcionamiento de la entidad Forum Filatélico S.A.

SEGUNDO.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente resolución es susceptible de **RECURSO DE CASACIÓN** ante el Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS** contados desde el siguiente a su notificación, siempre que el principal reclamado singularmente por cada recurrente exceda en concepto de principal de 150.000 €, circunstancia que deberá acreditarse en el escrito de interposición del recurso que se presente ante esta Sala.