

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 13/12/2010

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 1416/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 01/12/2010

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 3

Ponente: Excma. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. D^{ña}. María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: PMS

Nota:

**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.
PERJUDICADOS POR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE FORUM. AFINSA.**

RECURSO CASACION Num.: 1416/2010

Votación: 01/12/2010

Ponente Excma. Sra. D^a.: Celsa Pico Lorenzo

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. D^{ña}. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ricardo Enríquez Sancho

Magistrados:

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Santiago Martínez-Vares García

D^a. Celsa Pico Lorenzo

En la Villa de Madrid, a trece de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1416/2010 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a en nombre y representación de D. ... contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 3^a Bis, en el recurso núm. 252/08, seguido a instancias de D. ... contra la resolución de fecha 9 de octubre de 2008 de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia por la que se desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 252/08 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 3^a Bis se dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2010, que acuerda: "Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a ... , en nombre y representación de D. ..., contra la resolución de 9 de octubre de 2008 de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia por la que se desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado,

declaramos la citada resolución ajustada a derecho; sin hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. ... se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 15 de abril de 2010 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- El Abogado del Estado por escrito de 24 de septiembre de 2010 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 3 de noviembre de 2010 se señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2010, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **CELSA PICO LORENZO**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D. ... interpone recurso de casación 1416/2010 contra la sentencia desestimatoria de fecha 5 de febrero de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 3^a Bis, en el recurso núm. 252/08, deducido por aquel contra la resolución de fecha 9 de octubre de 2008 de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia por la que se desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad desarrollada por Forum Filatélico.

Identifica en el PRIMER fundamento la actuación recurrida y las alegaciones de la parte recurrente, mientras en el SEGUNDO plasma que al haber dado aquella actuación lugar a más de 450 recursos se ha considerado oportuno abordar la problemática jurídica desde una perspectiva global que atienda a la mayoría de los motivos recogidos en las distintas reclamaciones de los perjudicados.

En el TERCERO recoge los antecedentes más relevantes.

".../... 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".

Ya en el CUARTO aborda la eventual prejudicialidad penal y mercantil derivada de las actuaciones sustanciadas ante órganos jurisdiccionales de aquella naturaleza.

En el QUINTO rechaza la responsabilidad patrimonial por la actuación de órganos jurisdiccionales o del ministerio fiscal derivada del ejercicio de acciones penales.

Dedica el SEXTO a analizar la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de la administración en general y en supuestos de sociedades posteriormente declaradas insolventes, Caso Sofico –STS 25 de abril de 1988-, Caso Ava- STS 16 de mayo de 2008-, Caso Gescartera –STS 27 de enero de 2009-.

En el SEPTIMO enjuicia la naturaleza de la actividad desarrollada por Forum y Afinsa poniendo de relieve la complejidad que presenta.

"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 aquellos 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".

1. Respecto a la imputación al Ministerio de Sanidad y Consumo analiza la atribuida omisión de desarrollo reglamentario de la Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 compartiendo el criterio del Consejo de Estado acerca de que no requería necesariamente desarrollo para su aplicación. Por ello concluye que *"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".

Rechaza que existiera 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.

2. En cuanto a la imputación al Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España por la actuación de la CNMV tras partir de que la actividad de Afinsa y Forum era mercantil sostiene que la actividad de 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 les habían sido atribuidas.

Entiende que *"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".*

Añade que *"en la 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".

Cita el art. 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.

Y afirma que "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.

Finamente hace una Consideración Final sobre 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".*

En el OCTAVO enjuicia la atribuida responsabilidad patrimonial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por no haber ejercido

adecuadamente las potestades de inspección y comprobación de los hechos imponibles.

Parte para ello *"del art. 103 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.

Analiza luego la hipotética 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.

Reputa resulta necesario, 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.

"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 6000000. 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 desprende 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".

Reputa conveniente reproducir los particulares del anterior informe, al calificarse como 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.

Concluye, *"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"*.

Tampoco aprecia una celeridad injustificada por parte de AEAT en la comunicación realizada al Ministerio Público.

No entiende *"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"*.

Por todo ello, no considera procedente imputar responsabilidad patrimonial a la AEAT.

Finalmente en el NOVENO examina la pretendida responsabilidad por vulneración del principio de confianza legítima recordando la doctrina jurisprudencial sobre la materia, con cita de la STS de 10 de mayo de 1999,

21 de febrero de 2006, 1 de febrero de 2003, 1 de diciembre de 2003 y otras más.

Tras exponer la doctrina concluye que 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 adquiriera 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. Julieta , 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 garantizaran 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, reputa obvio que el hecho de que la Administración haya adoptado medidas de apoyo a los perjudicados de Forum y Afinsa, no puede llevar a concluir que reconozca tácitamente su responsabilidad patrimonial por la situación derivada de la insolvencia económica a que se han visto abocadas ambas sociedades.

SEGUNDO.- 1. Un primer motivo al amparo del motivo señalado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por haberse infringido en la sentencia recurrida lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con los art. 13 y 26 bis de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, art. 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de

Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y de la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre apreciación del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad de la Administración, en lo que a la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se refiere.

Con cita de la STS de 27 de noviembre de 2009, asunto Gescartera, concluye que en el año 1999 y en los siguientes, -dicho art. 26 bis, fue eliminado del texto de la ley por el Real Decreto Ley 5/2005-, existía una prohibición expresa y terminante, legalmente impuesta, de realizar actuaciones de captación de ahorro público sin el sometimiento, por quien realizaba tales actividades, a la normativa reguladora de la materia.

Sostiene que la vigilancia del cumplimiento de esa obligación recaía en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entidad que además conocía y había calificado en su Memoria de 1999 la actividad de FORUM FILATÉLICO como financiera.

Alega existía el deber jurídico de actuar, cuyo incumplimiento omisivo, da lugar a la imputación de responsabilidad que se pretende. Hace suya la jurisprudencia citada en la sentencia de la Audiencia Nacional, en especial, a sensu contrario, la STS 16 de mayo de 2008 (caso AVA), en cuanto sostiene que: *«En efecto, aun cuando el hecho de que la CNMV no ejerciese todas sus potestades desde el primer momento sea una de las causas en sentido lógico de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes, ello no significa, por si solo, que quepa hacer a la CNMV jurídicamente responsable de dicha pérdida patrimonial. La razón es que la CNMV no tenía un deber jurídico de realizar una determinada actuación. De aquí que no se le pueda objetivamente imputar un resultado lesivo que no estaba obligada a evitar. 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»*.

Pretende resulta aplicable lo expuesto en el voto particular a la STS de 16 de mayo de 2008, en cuanto aquí se existía deber jurídico de realizar una determinada actuación lo que no acontecía en aquel supuesto.

Niega que la actividad de FORUM fuere mercantil con apoyo en la querrela origen del procedimiento penal en curso, así como en el informe del Banco de España de 26/06/2007 obrante en Autos, cuyo punto 2.2.2 literalmente dice "la actividad de estas entidades -se refiere a FORUM y AFINSA- puede enmarcarse en la general de la inversión, entendida esta como la actividad de los particulares dirigida a obtener una ganancia de aquella parte de su renta de que no disponen una vez cubiertas sus necesidades, esto es, de su ahorro" -recordemos el tenor literal del art. 26 bis de la Ley 24/1988 *"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"*.

Añade que, aún siendo discutible la naturaleza jurídica -mercantil o financiera- de la actividad desarrollada por FORUM FILATÉLICO, lo cierto es que la Comisión Nacional del Mercado de Valores entendía en 1999 que la actividad era financiera, así lo hizo constar en su Memoria Anual, y sabedora de tal circunstancia, y vigente el art. 26 bis, de la Ley 24/1988 (además del art. 13 de la misma norma, y del 28 de la Ley 26/1988 y de sus concordantes) permitió que la actividad de FORUM continuara sin adoptar medida alguna de supervisión e inspección de la misma como legalmente le imponía la normativa reguladora de su actuación.

Sostiene que de haber obrado la Comisión Nacional del Mercado de Valores de otra forma, no se hubiera producido el daño patrimonial cuyo resarcimiento ahora se reclama. Invoca la Recomendación del Defensor del Pueblo efectuada a la Secretaría de Estado de Economía el 12 de diciembre de 2006 con respecto a la relación "actuación Administración del Estado-daño patrimonial causado, en el sentido de que *"la inactividad de los poderes públicos de control frente a un problema que conocía ha incrementado los efectos económicos negativos de las irregularidades cometidas por las sociedades, pues el conocimiento de dichas irregularidades hubiera disuadido a muchos inversores de depositar sus ahorros en ellas, reduciendo la extensión del daño"*.

1.1. Objeta los motivos el Abogado del Estado que sostiene reitera lo manifestado en instancia por lo que debería declararse inadmisibile. (Anticipamos ya el rechazo de tal alegato general remitiéndonos a los

argumentos consignados en el FJ 4º de la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2010).

Añade que al entender del recurrente las ganancias son suyas pero las pérdidas son del común.

Sostiene que los alegatos son perfectamente rebatidos en la sentencia.

1.2. El presente motivo es idéntico al suscitado en el recurso de casación 1340/2010 fallado por sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2010 por lo que en aras a la unidad de doctrina y seguridad jurídica reproducimos lo vertido en su cuarto fundamento.

".../...Este primer motivo no puede estimarse. El mismo invoca como infringidos por la Sentencia de instancia el Art. 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en relación con los también citados artículos 13 y 26 .bis de la Ley 24/1988, del mercado de valores, así como el 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, utilizando como título de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración el de la omisión del deber de vigilancia en beneficio del interés de los inversores del mercado al que se refiere.

Como decimos la recurrente manifiesta que el Art. 13 de la Ley 24/1988, que creó la Comisión Nacional del Mercado de Valores (a la que configuró como un Ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada Art. 14) le encomendó 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, y le otorgó el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que la Ley le atribuyó. Y a su vez apoya su razonamiento de falta de vigilancia por la Comisión de la actividad de la Sociedad responsable del daño causado en el Art. 26.bis de la misma Ley que incorporado a ella por la Ley 37/1998 dispuso que: "Sin perjuicio de las actividades reservadas a las entidades de crédito, conforme a lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 26/1988 de 29 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" y que debe ponerse en relación con el también ahí citado Art. 28 de la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las Entidades de Crédito que reservaba esa actividad a estas entidades.

Tomando como punto de partida esa idea de prohibición de apelar o captar ahorro del público de quien no realizase actividades relacionadas con las entidades de crédito o con

quienes operasen en el mercado de valores se pretende vincular la misma con la inactividad de la Comisión del Mercado de Valores que ya en su memoria del año 1999 y, por tanto, en los siguientes ya tuvo conocimiento o noticia de esa actividad de captación de ahorro del público que califica de financiera por Forum Filatélico sin que adoptase medida alguna para evitar o disminuir los daños finalmente causados a los inversores.

Pues bien este argumento es insuficiente para modificar la tesis de la Sentencia de instancia que acertó a calificar la actividad de la empresa Forum Filatélico como mercantil y no incluida en la actividad financiera propia del mercado de valores o de las entidades de crédito o de inversión colectiva. Todo lo que en relación con Forum hace la memoria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 1999 es incluirla en una relación de entidades financieras contra las que se presentaron reclamaciones en 1999 que aparece como cuadro 2.3 en la página 21 de las 104 de las que consta el documento, y en la que se hace referencia conjunta tanto a Afinsa como a Forum contra las que se dirigió una reclamación cuyo objeto no consta, y nada nos dice sobre ello el recurso, y de la que ignoramos como se resolvió, y en cuyo cuadro sólo se dice que el informe fue favorable al reclamante.

Y otro tanto puede decirse en relación con la cita para apoyar esa pretensión de inhibición de los poderes públicos en este supuesto, en relación con la Recomendación efectuada por el Defensor del Pueblo a la Secretaria de Estado de Economía de 12 de diciembre de 2006 en la que haciendo mención a los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981 rectora de la Institución recomendó: "Que se adopten las medidas oportunas para dotar de un régimen jurídico adecuado a las sociedades de inversión en bienes tangibles. También se recomienda la búsqueda de alguna solución para los actuales afectados por la intervención de las Sociedades de Inversión en Bienes Tangibles, teniendo en cuenta que la inactividad de los poderes públicos de control frente a un problema que conocía ha incrementado los efectos económicos negativos de las irregularidades cometidas por las sociedades, pues el conocimiento de dichas irregularidades hubiera disuadido a muchos inversores de depositar sus ahorros en ellas, reduciendo la extensión del daño".

En modo alguno de la lectura de la Recomendación se deduce que existiera una inadecuada actuación de la Comisión del Mercado de Valores ni tampoco se justifica el por qué de la omisión o de la inactividad de los poderes públicos que se menciona frente a la situación creada. Lo que se dice es que se busque alguna solución para paliar el daño causado pero no se imputa una omisión de un deber concreto. Lejos de ello y tras reconocer que esa cuestión iba más allá del ámbito de la protección de los consumidores (idea que presente en la demanda se abandona en este recurso) por que se califica a los interesados de inversores, se aboga por una regulación más completa de las inversiones en bienes tangibles de la que contenía en aquellos momentos la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003. Pero no se descalifica la naturaleza mercantil de los contratos suscritos entre los "inversores"

y las sociedades con quienes contrataron la adquisición de los valores postales que constituían el objeto de los contratos.

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

En consecuencia como la actividad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores viene determinada por su competencia, es claro que la misma sólo le era exigible en relación con las actividades que consistieran en la captación de ahorro a través de alguno de los instrumentos previstos en la legislación del mercado de valores. Así por tanto del artículo 28.2.b) de la Ley 26/1988, del artículo 1.1.a) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, del artículo 26 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y del artículo 1.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre. Ese artículo dispone que las instituciones de inversión colectiva son "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". Por lo tanto es evidente que el rendimiento de los pretendidos "inversores" en sellos poseídos por Forum o Afinsa no se establecía en función de los resultados colectivos, sino de los obtenidos por cada uno de los partícipes por lo que no se estaba en presencia de una institución de inversión colectiva. Y de igual modo es claro que las actividades de las sociedades de bienes tangibles ahora reguladas por la Ley 43/2007, de 12 de diciembre, no pueden entenderse reservadas a las sociedades de inversión que operan en los mercados de valores contempladas en los artículos 62 y siguientes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores".

TERCERO.- 1. Un segundo motivo al amparo del motivo señalado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por haberse infringido en la sentencia recurrida lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC, en relación con los artículos 28.1 y 2.b), 29, 43.1. Disposición adicional décima y concordantes de la Ley 26/1988, y de la

doctrina jurisprudencial de la Sala sobre apreciación del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad de la Administración, en lo que a la actuación del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España se refiere.

Sostiene que la CNMV consideró en su Memoria Anual de 1999 la actividad de FORUM FILATÉLICO como financiera, y si esta Memoria fue presentada y ratificada por el Congreso de los Diputados en marzo del 2000, desde esa fecha, al menos, al Ministerio de Economía y Hacienda le incumbía el deber jurídico (Dadic 10ª Ley 26/1988) de solicitar información y realizar inspecciones, lo que en el peor de los supuestos hubiera acelerado temporalmente la intervención posterior -disminuyendo el número de los afectados y la cuantía de los daños ocasionados- y en el mejor de los supuestos hubiera impedido a la entidad llegar a la situación actual, y en todo caso, hubiera evitado al mi mandante el daño patrimonial que ha sufrido, por cuanto las inversiones se realizaron fundamentalmente con posterioridad a aquellas fechas".

Alega que, mutatis mutandi, resulta procedente imputar al Banco de España, conector al igual que el Ministerio de Economía y Hacienda de la naturaleza jurídica y económica que la CMNV atribuía a la actividad de FORUM, el incumplimiento del deber jurídico (impuesto en el artículo 29 de la misma Ley 26/1988) de requerir el cese de actividad y sancionar a las entidades incumplidoras de la reserva de actividad establecida por la tan repetida Ley 26/1988.

Incumplimientos ambos, de deberes jurídicos legalmente establecidas que permiten objetivamente imputar la lesión o daño producido a mi mandante a dicho comportamiento omisivo de la Administración en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial seguida por las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008, 9 de abril de 2002, 10 y 27 de noviembre de 2009.

La exoneración de responsabilidad del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España en el daño patrimonial ocasionado, la fundamenta la sentencia de la Ilma. Audiencia Nacional en que los contratos de FORUM no articulaban verdaderas operaciones financieras de activo o pasivo, infringiendo así la reserva de actividad, sino en que se trataba de

meros contratos mercantiles de compraventa de sellos con una especie de pacto de recompra siendo el dinero la contraprestación del contrato sinalagmático.

Razona que ello no es así. Y lo demuestra no sólo la tan repetida Memoria de la CNMV de 1999 sino el hecho mismo de la intervención, que se produce, no por temor a una posible insolvencia de FORUM como entidad mercantil, sino como consecuencia de una querrela de la Fiscalía en la que se manifiesta que "los responsables de FORUM FILATÉLICO han venido desarrollando durante los últimos años, un negocio defraudatorio de captación de ahorro masivo... (hecho primero), que "tales obligaciones se han mostrado insuficientes para la verdadera dimensión y naturaleza del negocio descrito que por encima de su calculada formalidad debe calificarse de "financiero" por la certeza de la revalorización pactada..." (hecho segundo), o, que, en fin, "En concreto, la relación financiera de FORUM FILATÉLICO con sus clientes no es otra que la de un préstamo.. (hecho tercero).

Sostiene que ese es el motivo de la intervención y no otro, y sin negar, como manifiesta la sentencia recurrida que 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, 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; no es menos cierto que el origen del daño deriva de la consideración de que la actividad de FORUM era financiera.

Recuerda que el propio Banco de España manifiesta en su informe de 26/06/2007, obrante en Autos, en el punto 2.2.2, donde literalmente se dice: "la actividad de estas entidades -se refiere a FORUM y AFINSA- puede enmarcarse en la general de la inversión, entendida esta como la actividad de los particulares dirigida a obtener una ganancia de aquella parte de su renta de que no disponen una vez cubiertas sus necesidades, esto es, de su ahorro".

De los términos utilizados por el Banco de España desprende el reconocimiento por su parte de la dudosa naturaleza de la actividad

desarrollada por FORUM, actividad enmarcada, según su propio informe, en la general de inversión del ahorro, y tratándose de una entidad que le constaba al Banco de España como financiera no inscrita según la Memoria de la CNVM de 1999, existía el deber jurídico de proceder a su supervisión y control por quien legalmente tenía la obligación de hacerlo (Banco de España y Ministerio de Economía y Hacienda), mediante la solicitud de información y la realización de las inspecciones que se considerasen necesarias con el objeto de confirmar la veracidad de la misma, como impone explícitamente la Disposición Adicional Décima de la Ley 26/1988.

Considera discutible la imputación a los inversores de FORUM de un presunto, y no acreditado en autos, ánimo defraudatorio de la normativa vigente. Arguye que la Administración no puede ser considerada como un tercero ajeno por completo a dicho negocio, cuando desde el ámbito de la protección de consumidores y usuarios hasta las facultades de supervisión de las actividades de captación de ahorro, pasando por el control contable, registral y fiscal de las entidades mercantiles operantes en territorio nacional, ostenta unos derechos/deberes de actuación y control que la alejan del concepto jurídico civil de tercero.

Considera que tanto el Ministerio de Economía y Hacienda como el Banco de España incumplieron deberes jurídicos de actuación que hacen objetivamente procedente la imputación de la lesión padecida por mi mandante a dicho comportamiento omisivo, y al no estimarlo así la sentencia objeto de recurso, la misma incurre en infracción del art. 139 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia del TS ya citada (sentencias entre otras, de 16 de mayo de 2008, 9 de abril de 2002, 10 y 27 de noviembre de 2009) sobre apreciación del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad de la Administración.

1.1. La Abogacía del Estado rechaza el segundo de los motivos afirmando que no existía actividad pública sino intereses privados de modo que no existía título legal que permitiera la intervención ni del Ministerio de Economía y Hacienda ni del Banco de España. Se remite al informe de este último.

1.2. La respuesta a este motivo también exige, en aras a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, atender a lo manifestado en la

precitada Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2010 cuyo fundamento jurídico sexto dice:

"Tampoco este motivo puede prosperar. Comenzando por la cita que en el motivo se hace al informe del Banco de España debe rechazarse ese argumento. Lo que el informe afirma en síntesis es que el Banco de España no tenía el deber de supervisar a la entidad de que se trata, puesto que su actividad se limita al control de las sociedades de tasación (Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la Segunda Directiva Bancaria), sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento (Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca), y establecimientos de moneda (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

Respecto a las entidades de crédito, la competencia para el cumplimiento de sus deberes se atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda (disposición adicional décima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito) y al Banco de España, a fin de poder requerir el cese de actividades reservadas a dichas entidades y en su caso sancionarlas (artículo 29 de la misma ley).

Según el artículo 28 de la citada Ley 26/1988, ninguna persona nacional o extranjera podrá, sin la preceptiva autorización e inscripción, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas, entendiéndose en particular reservadas las actividades definidas en el artículo 1.1.a) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito de las Comunidades Europeas, así como 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 en el mercado de valores, y también la actividad comercial de emitir dinero electrónico.

Se entiende por entidades de crédito, de acuerdo con el mencionado Real Decreto Legislativo, toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolo por cuenta propia a la concesión de crédito u operaciones de análoga naturaleza.

FÓRUM y AFINSA no realizaban actividades consistentes en captación de fondos reembolsables del público sino una actividad sometida al Código Civil y al Código de Comercio, y desde la aprobación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, sometida a la disposición adicional cuarta de la misma". Por lo tanto esa invocación al informe carece de sentido porque su expresión literal y su interpretación lógica quita toda su fuerza al argumento.

Que en ese informe se hable de que "la actividad de esas empresas puede enmarcarse en la general de inversión, entendida ésta como la actividad de los particulares dirigida a obtener una ganancia de aquella parte de su renta de que no disponen una vez cubiertas sus necesidades, esto es, de su ahorro" en modo alguno condiciona lo dicho anteriormente.

Y lo mismo ocurre como ya anticipamos en el fundamento anterior en relación con la recomendación del Defensor del Pueblo y la memoria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 1.999.

Para concluir este motivo y puesto que en el se cuestiona la inactividad del Ministerio de Economía y Hacienda, aún reconociendo que la Disposición Adicional Décima de la Ley 26/1988 le facultaba para solicitar información e incluso a realizar inspecciones por sí o través del Banco de España en relación con las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos, legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrecieran al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que fuera su naturaleza, es difícil imaginar que con lo que hasta aquí llevamos dicho la actividad de esas empresas Forum y Afinsa pudiera encuadrarse en las que describe esa Disposición Adicional Décima. Y ello porque los contratos suscritos entre las empresas y sus clientes no consistían en operaciones financieras de activo o pasivo o la prestación de servicios financieros. Ni se trataba de operaciones activas en las que las empresas llevaran a cabo préstamos, descuentos, anticipos, apertura de créditos, y por tanto realizando entregas de dinero a sus clientes bien con garantía o sin ellas, ni pasivas en las que las empresas recibiesen de sus clientes depósitos con los que pudieran a su vez realizar otras operaciones sin perjuicio del compromiso de su devolución y en su caso con interés. Lejos de ello se trataba de otros contratos y de otras operaciones con ellos vinculadas y cuya garantía la constituía el valor de un timbre o estampilla postal y la revalorización que presuntamente el mismo habría de alcanzar".

CUARTO.- 1. Un tercer motivo al amparo del motivo señalado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por haberse infringido en la sentencia recurrida lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1 992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con los artículos 145.3 de la Ley 58/2003 General Tributaria, antiguo art. 140 de la LOT 230/1963, y concordantes, y la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre apreciación del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad de la Administración, en lo que a la actuación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se refiere.

Tras exponer el contenido del precepto sostiene que la exigencia legal de actuación de la AEAT, a través de sus órganos de inspección, si bien culmina con la comprobación e investigación del adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en su caso, la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones, con traslado, en su caso de lo actuado al Ministerio Fiscal si fuera procedente, ello no sería posible si, previamente, la AEAT no realizara la mencionada investigación tendente a descubrir la existencia de hechos con relevancia tributaria no declarados o declarados incorrectamente por los obligados tributarios, como dispone el art. 145.3 de la Ley 5812003, o como decía la anterior LGT de 1963 en su art. 140a) *«la investigación del os hechos imponibles para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración»*.

Invoca que ese deber jurídico de investigación de los hechos con relevancia tributaria es el que ha sido incumplido por la AEAT con respecto a la actuación de FORUM, ya que habiendo sido objeto de inspección tributaria continuada desde el ejercicio 1988, -y siendo fundamental en esta investigación el determinar la verdadera naturaleza de los hechos imponibles, con efectos tributarios bien distintos de tratarse de una actividad mercantil o de una actividad financiera, tanto desde la óptica del Impuesto sobre el Valor Añadido como del Impuesto sobre Sociedades-, no ha sido sino a partir de las actuaciones iniciadas 15 años después, en julio de 2003, cuando se alude ex novo a su actividad como de naturaleza financiera.

A su entender, la actuación de la AEAT es susceptible de imputación objetiva de responsabilidad patrimonial ex art. 139 Ley 30/1992, puesto que, -siendo desde sus orígenes la actividad de FORUM FILATÉLICO la misma-, como se ha expuesto en el presente motivo: o la investigación desarrollada por la Inspección Tributaria fue ineficaz hasta el año 2003, o bien es incorrecta la alusión a la naturaleza financiera de la actividad de FORUM realizada en el tan repetido informe de la Inspectora Jefe, posibilidades cualquiera de ellas, que no exoneran de responsabilidad a la AEAT por el daño causado.

1.1. Al tercer motivo contrapone la defensa del Estado la correcta actuación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria con cita del Art.

145 de la Ley General Tributaria y el modo en que se produjo su intervención que dio lugar a las posteriores actuaciones.

1.2. La respuesta a este motivo también exige, en aras a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, atender a lo manifestado en la precitada Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2010 cuyo fundamento jurídico séptimo dice:

"Este motivo debe seguir igual suerte que los anteriores de modo que lo aboca a su desestimación. Conviene recordar aquí la afirmación que realiza la Sentencia de instancia y que recuerda con reiteración en los distintos fundamentos de Derecho acerca de que resulta conveniente en orden a considerar que el principio de legalidad que vincula a la Administración en su actuación en todos los ámbitos exige que su actuación dimanase de un poder previamente conferido legalmente, de modo que la Administración sólo puede actuar si cuenta con esa cobertura legal previa.

El motivo como señalamos más arriba vincula la posible imputación de la Administración del Estado en este supuesto con la indebida a su juicio actuación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que habiendo iniciado y seguido durante años actuaciones en relación con las obligaciones tributarias de ambas empresas no adoptó las medidas necesarias de impulso a los órganos competentes para detener la actividad fraudulenta de las sociedades o para paliar los efectos perjudiciales que siguieron produciendo en los intereses económicos de quienes confiaron en su gestión como medio para proteger y rentabilizar su ahorro.

Sin embargo la Sentencia rechaza esa posición y lo hace razonadamente describiendo las funciones que legalmente tiene encomendada la Agencia Tributaria y que en modo alguno alcanzan más allá de aquellas que le son propias como son las de investigar y comprobar 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 y ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 141 y 145.1 de la Ley General Tributaria.

La Sentencia atendidos los términos de la norma concluye con acierto, y en modo alguno se combate esa deducción, que entre las funciones de la Agencia esté la de investigar la existencia de delitos o la detección de fraudes realizados a particulares, expresión que toma del informe del Consejo de Estado, sino la de cumplir con las funciones que recogen los preceptos legales ya citados, ello sin perjuicio de que si en el curso de su actividad se detectan indicios de actividad constitutiva de delito la ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal o interponga directamente querrela frente a los presuntos autores de esas conductas.

Lo que si se plantea la Sentencia es si en la actuación de la Agencia llevada a cabo en el ámbito de sus obligaciones legales se produjo o bien demora o bien precipitación en la puesta en conocimiento a la fiscalía de las conclusiones que obtuvo tras las actuaciones de comprobación practicadas a partir de 2.003 tanto en el caso de Forum como en el de Afinsa. Y tras un examen pormenorizado de los distintos acontecimientos que se sucedieron en las actuaciones de la Agencia concluye que como consecuencia de esas actuaciones se produjeron las querellas presentadas por el Ministerio Fiscal y admitidas por los Juzgados Centrales de Instrucción sin que esa decisión opuesta a la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración como consecuencia de la actuación de la Agencia Tributaria haya sido eficazmente combatida de contrario".

QUINTO.- 1. Un cuarto motivo al amparo del motivo señalado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por haberse infringido en la sentencia recurrida lo dispuesto por los artículos 3.1.2 y 139.1 de la Ley 30 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el principio de confianza legítima mantenida entre otras en la STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 9/02/2004 y STS, Sala Tercera, Sección Segunda, de 25 de febrero de 2010.

Con amplia cita jurisprudencial, entre otras STS 25 de febrero de 2010, 15 de abril de 2008 entiende que la sentencia objeto del presente recurso infringe la doctrina jurisprudencial expuesta puesto que la actuación de los organismos de la Administración del Estado encargados por disposición legal de la vigilancia y control de la actuación de FORUM, en sus distintos ámbitos, fiscal, registral, financiero y mercantil, había creado en los inversores durante el tiempo de funcionamiento de la entidad, más de 25 años, una confianza en la legalidad de su actuación que, como se ha visto a raíz del 9 de mayo de 2006, era totalmente infundada.

Sostiene que dicha confianza de los inversores se basaba, erróneamente, en la seguridad de una correcta actuación de los órganos creados por la Ley con la misión de proteger sus intereses en términos de razonabilidad, órganos que, como ha quedado acreditado en autos, conocían la actividad de FORUM desde sus orígenes sin que, durante todo ese tiempo, se hubiera podido deducir del actuar de la Administración, incluidas sus más altas instancias, la más mínima duda sobre la correcta actuación de la

entidad, antes al contrario, FORUM FILATELICO continuó su funcionamiento con absoluta normalidad hasta la fecha de su intervención, el 9 de mayo de 2006.

1.1. Lo reputa el Sr. Abogado del Estado. Afirma que no hubo actuación alguna de la Administración que generase la confianza que se predica como defraudada, y que los reclamantes en todo momento actuaron por su libre voluntad y en relaciones privadas con empresas que se movían en el ámbito mercantil.

1.2. La respuesta a este motivo también exige, en aras a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, atender a lo manifestado en la precitada Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2010 cuyo fundamento jurídico octavo expresa:

"Tampoco este motivo puede prosperar. Como viene sosteniendo esta Sala con reiteración, así Sentencias entre las recientes de 25 de febrero y de 14 de junio de 2010 para que pueda estimarse que la actuación de la Administración en un supuesto concreto ha vulnerado ese principio de confianza legítima tan estrechamente vinculado al de buena fe en las relaciones en este caso entre la Administración y los interesados en un asunto concreto es preciso que la misma con su conducta con actos indudables induzca al administrado a creer que la actuación que él desarrolla es lícita y adecuada en Derecho.

Ciertamente no es este el supuesto. Como muy expresivamente sostuvo la Sentencia de instancia al resolver esta cuestión fundamento de Derecho 9, al que nos remitimos en su totalidad, si bien destacamos lo que seguidamente exponemos: "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 garantizaran 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 éstas que están siendo enjuiciadas ante la jurisdicción penal, como anteriormente hemos expresado, y sobre las que este Tribunal no tiene competencia para pronunciarse".

De modo que atendido todo lo anterior no es posible concluir que haya habido un reconocimiento ni expreso ni tácito de responsabilidad patrimonial de la Administración por la "situación derivada de la insolvencia económica a que se han visto abocadas ambas sociedades".

Por último y para terminar queremos trasladar aquí la parte sustancial que la Sentencia de instancia extrajo de la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988, en la que se lee lo que sigue: "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. 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".

(...) 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".

Pues bien estas palabras cobran decisiva importancia en este supuesto. Confiar el ahorro y su rentabilidad personal o individual e incluso colectivo de una familia o de un grupo en un negocio como el que llevaban a cabo las empresas Forum y Afinsa cuya razón de ser era la revalorización de un bien tangible como los sellos de correo sin destino postal sino de coleccionismo filatélico, requería de un mínimo asesoramiento que no fuera únicamente el de los impulsores del negocio. La filatelia es ante todo una afición para el disfrute personal del coleccionista que recoge, ordena y clasifica sellos, sobres y otros documentos postales y no un negocio como se hizo creer por la empresas creadas a ese fin. Y puede ser, quizás, una inversión generalmente a muy largo plazo, y salvo muy contadas ocasiones con muy escasa rentabilidad, salvo que el afortunado coleccionista consiga reunir timbres franqueados o no, que alcancen un alto valor bien por los errores que contengan, por su corta tirada o por otra razón excepcional. De modo que utilizar ese bien como refugio del ahorro es una actuación arriesgada y generalmente poco provechosa. Y, desde luego, constituye una actividad entre particulares que queda exenta del control de la Administración por más que exista ya una norma que intente proteger a quienes entren en ese mercado de bienes tangibles para evitar como ocurrió en este caso y, algún otro también conocido en España, que se desencadenen

situaciones como las aquí enjuiciadas de las que no puede hacerse responsable no ya por acción sino ni tan siquiera por omisión a la Administración del Estado. En consecuencia procede confirmar la Sentencia de instancia y desestimar el recurso interpuesto".

SEXO.- Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido por el Art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede hacer expresa condena en costas a la recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del artículo citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 €).

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

F A L L A M O S

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación de D. ... contra la sentencia desestimatoria de fecha 5 de febrero de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 3ª Bis, en el recurso núm. 252/08, deducido por aquel contra la resolución de fecha 9 de octubre de 2008 de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia por la que se desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad desarrollada por Forum Filatélico, la cual declaramos firme con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.