

Roj: **STS 361/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:361**Id Cendoj: **28079130062014100076**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **04/02/2014**Nº de Recurso: **2870/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 981/2011,**
STS 361/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación que con el número 2870/11 ante la misma pende de resolución interpuesto por el Procurador Don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Don Domingo contra Sentencia de 2 de marzo de 2.011 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 67/08 y acumulado 71/08 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Bis, de la Audiencia Nacional.

Comparecen como recurridos el Abogado del Estado en la representación que ostenta y el Procurador Don Joaquín Fanjul de Antonio en nombre y representación del Banco de España

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida contiene el fallo del siguiente tenor literal: <<DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. DON Humberto, y otros identificados en el encabezamiento contra la resolución a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho. Sin imposición de costas.>>

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de D. Domingo se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional preparando recurso de casación contra la misma. Por la Sala de instancia se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por la representación de D. Domingo se presentó escrito de interposición de recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala "...dicte sentencia por la que, casando la anterior, estime la demanda interpuesta por esta parte."

CUARTO .- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó al Abogado del Estado y a la representación procesal del Banco de España para que en el plazo de treinta días, formalicen escrito de oposición al recurso, lo que realizaron, oponiéndose al mismo, suplicando a la Sala se desestime el recurso de casación y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO .- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 28 de enero de 2014, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, Magistrado de Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone por la representación procesal de Don Domingo recurso de casación contra la sentencia de 2 de marzo de 2011, dictada por la Sección Tercera bis de la Sala de este Orden Jurisdiccional de la Audiencia Nacional en el procedimiento 67/2008, promovido en impugnación de la Orden de 14 de noviembre de 2008 del Ministerio de Sanidad y Consumo por la que se le denegaba la indemnización por los daños y perjuicios que se reclamaba por el recurrente y por otros afectados para los que la sentencia de instancia ha quedado firme, derivada de la actuación de las entidades "Forum Filatélico, S.A." y la también mercantil "Afinca, Bienes Tangibles, S.A.". La sentencia de instancia desestima el recurso y confirma la resolución impugnada.

El recurso que se interpone por el único de los recurrentes en la instancia para el que es susceptible de recurso de casación la sentencia de instancia, por dos motivos, el primero de ellos al amparo de lo autorizado en el artículo 88.1º.c) de la Ley Jurisdiccional y el segundo en el párrafo d) del mencionado precepto, si bien este segundo motivo integra cinco submotivos que constituye auténticos motivos, agrupados por acogerse a la misma vía casacional.

El motivo primero en que se funda el recurso se acoge, como ya se dijo, al "error in procedendo" y denuncia la infracción de los artículos 11.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 33.1º y 67.1º Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y de los artículos 9.3º, 120.3º y 24 de la Constitución y de la jurisprudencia que los interpreta, de la que se deja cita concreta, por estimar que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre el reconocimiento del Incumplimiento de las obligaciones y de los perjuicios de la Administración del Estado; y en arbitrariedad y falta de motivación.

El segundo de los motivos, acogido a la vía casacional del "error in iudicando" integra, como ya se dijo, varios submotivos que constituyen auténticos motivos casacionales que se unifican por la vía casacional elegida.

El primero de los mencionados submotivos denuncia que la sentencia de instancia infringe el artículo 28 y la Disposición Adicional Décima de la Ley 26/1998, de 29 de Julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por los que se regula la obligación de preceptiva autorización y cumplimiento de otros requisitos legales para el desarrollo de actividades reservadas a entidades de crédito, se definen cuáles son éstas, y la captación de fondos reembolsables del público. Se regulan las competencias de control y supervisión e intervención en relación con las entidades financieras que realicen actividades de esta naturaleza que corresponden al Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España.

El segundo de los submotivos denuncia, por la vía casacional ya mencionada, que la sentencia de instancia infringe la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de Noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en cuanto se aduce que la Administración tenía obligación de someter a auditoría las cuentas anuales de las mencionadas sociedades para cumplir con la obligación de salvaguardar los intereses de los inversores.

El tercero de los submotivos del motivo segundo, por la vía del "error in iudicando" denuncia la infracción del artículo 3 de la Directiva 89/646/CEE, de 15 de diciembre, para la Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativa a la acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio; en cuanto se ha permitido a sociedades que no son entidades de crédito el ejercicio profesional de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público, con vulneración de la Directiva citada y posterior normativa europea; en concreto, la Directiva 200/12/CE; el artículo 5 de la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa a acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio; así como del considerando quinto y los artículos 1 y 6 de la Directiva 77/780/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. De otra parte, se considera que ha vulnerado por la Sala de instancia lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por cuanto en su artículo primero recoge la definición amplia y la enumeración abierta de lo que ha de entenderse como entidades de crédito.

El cuarto de los submotivos, por la misma vía que los anteriores, denuncia la infracción de los artículos 609, en relación con los contenidos en el 1255, 1277 y 1276, todos ellos del Código Civil y jurisprudencia concordante, relativa a simulación de contratos civiles y los efectos de la simulación en negocios jurídicos, de la que se deja cita concreta.

Y el quinto y último de los submotivos de este motivo segundo, denuncia la infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el 106.2º de la Constitución y artículo 2.1º del Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo, Reglamento del Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, dado que concurren en el presente supuesto los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial



reclamada por la falta de actuación de funciones inspectoras y de supervisión encomendadas por ley y denunciadas por los recurrentes, con el consiguiente perjuicio ocasionado de forma directamente relacionada, individualizada y económicamente determinada. En este mismo sentido se denuncia que se vulnera la reiterada jurisprudencia que se cita en relación con esta materia.

Se termina por suplica a esta Sala casacional que se estimen los motivos en que se funda el recurso, se case la sentencia de instancia y, dictando otra en sustitución, se estime el recurso, se anule la Orden Ministerial objeto de impugnación y se reconozca el derecho de los recurrentes a la indemnización de los daños y perjuicios reclamados en la demanda.

Ha comparecido en el recurso la Abogacía del Estado y el Banco de España que suplican, con carácter preferente, la inadmisión del recurso y de forma subsidiaria, su desestimación.

SEGUNDO .- Como haremos referencia seguidamente y se impone dejar constancia incluso antes de examinar la inadmisibilidad que se suplica por las partes recurridas -que razones de lógica jurídica imponen un examen preferente-, es necesario hacer constar que recursos de una casi absoluta identidad al presente han sido ya objeto de examen por esta Sala casacional al conocer de impugnación de sentencias de la misma Sala de instancia, en que se debatían pretensiones de todo punto coincidente -la misma sentencia recurrida deja constancia de ello-, siendo ya de indicar que este Tribunal ha de seguir lo ya declarado en esos anteriores pronunciamientos por imperativo de la igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, así como por la unidad de doctrina. En este sentido y sin perjuicio de las referencias que se han de hacer posteriormente, debemos señalar las dos últimas sentencias dictadas por esta Sala, en concreto por su Sección Cuarta, la de 26 de junio de 2012, recurso de casación 2621/2011 y la de 3 de julio de 2012, dictada en el recurso 4496/2012 ; sin perjuicio de la pluralidad de autos dictados por la Sección Primera de esta misma Sala en que se ha declarado la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto contra sentencias de la misma Sala de instancia.

Sobre esa premisa hemos de examinar, en primer lugar, la inadmisibilidad que se opone por las partes recurridas, siendo manifiestamente improcedente la suplicada exclusivamente por la Abogacía del Estado, en relación a que el recurso no alcanza la cuantía que autoriza el recurso de casación, dado que reducido este recurso al único recurrente antes mencionado, sí se alcanza dicha cuantía. Por contra ha de estimarse que concurre la primera de las causas de inadmisión que invocan tanto la defensa de la Administración General del Estado como la del Banco de España. En efecto, se estima que el recurso ha de declararse inadmisibile porque, como ya se dijo antes, esta Sala Tercera ha dictado varias sentencias en recurso sustancialmente iguales. En este sentido se citan las sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1340/2010); de 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1416/2010) y de 17 de junio de 2011 (recurso de casación 2806/2010), a las que habrían de añadirse, entre otras, las antes mencionadas. De ahí que se considere que el recurso debe declararse inadmisibile, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.2º.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Ya dijimos que el hecho en que se funda la causa de inadmisibilidad es cierta y habría que añadir, ante la invocación que se hace de la concreta causa de inadmisibilidad, que la Sección Primera de esta Sala Tercera ha venido dictando Autos en que se ha declarado la inadmisibilidad precisamente por esta causa (entre otros, los de 24 de enero y 7 de febrero de 2013, dictados en los recursos 1722 y 4257/2011). Este Tribunal ha de estar a lo declarado en esos pronunciamientos de esta propia Sala y declarar la inadmisibilidad del presente recurso.

En efecto, como se declara en el último de los mencionados Autos *"El artículo 93.2.c) de la Ley de esta Jurisdicción señala que deberá dictarse auto de inadmisión del recurso de casación "si se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales", causa de inadmisión que está orientada a evitar que lleguen a ser examinados en sentencia aquellos recursos que previsiblemente habrían de ser desestimados, dada la existencia de doctrina jurisprudencial contraria a la pretensión que se suscita en el recurso de casación.*

La razón de ser de la referida causa de inadmisión, a que se refiere este artículo 93.2.c) LJCA , es que la identidad sustancial entre el recurso de casación sometido a examen y los precedentes de esta Sala no puede desembocar en otra conclusión que no sea la inadmisión en aquellos supuestos, nada infrecuentes, en los que las cuestiones jurídicas controvertidas en cuanto al fondo son sustancialmente las mismas. Pretende evitarse así que el Tribunal haya de pronunciarse inútilmente mediante sentencia, sin contribución alguna a preservar la unidad del ordenamiento jurídico, por hallarse los recursos abocados a su desestimación con arreglo a criterios jurisprudenciales preexistentes. No sería ciertamente compatible con el carácter extraordinario que la Ley reserva al recurso de casación, cuya función es esencialmente unificadora e integradora del ordenamiento jurídico, que este Tribunal admitiera y resolviera mediante sentencia asuntos que encierran una controversia jurídica que ya ha sido abordada y resuelta en otros recursos desestimados, en mérito a argumentos jurídicos plenamente aplicables a aquellos.



Para apreciar la concurrencia de esta causa no es preciso exigir identidad entre los supuestos de hecho concernidos por las sentencias desestimatorias ya dictadas y el recurso de casación al que resultaría aplicable la doctrina recogida en aquellas, ni tan siquiera que los hechos, fundamentos y pretensiones deducidas sean en uno y otro caso fundamentalmente iguales, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de casación para la unificación de doctrina regulado en los artículos 96 a 99 de la LJCA, sino que basta, como se acaba de expresar, con que el debate jurídico suscitado por la parte recurrente haya sido resuelto cabalmente por, al menos, dos sentencias de esta Sala, sentando así un precedente que haría inútil la admisión a trámite del nuevo recurso de casación que planteara la misma cuestión por hallarse abocado a un pronunciamiento desestimatorio en base a criterios jurisprudenciales ya establecidos.

Ahora bien, como excepción, esta causa de inadmisión no ha de impedir la admisión de recursos de casación que, aún cuando plantearen cuestiones jurídicas que ya han encontrado respuesta en la jurisprudencia en sentido contrario al propugnado por la parte recurrente, pusieran de manifiesto una crítica suficientemente razonada de la misma que pudiera dar lugar a la reconsideración de tal doctrina jurisprudencial y eventualmente a su modificación.

... Pues bien, abordando concretamente el presente supuesto, la Sentencia de instancia comienza por destacar que esa misma Sala ha dictado ya múltiples sentencias sobre resoluciones de contenido idéntico al aquí impugnado. Se refiere además, a las sentencias que también han sido dictadas por la Audiencia Nacional cuyas consideraciones la Sala a quo hace suyas en los aspectos concretos que aquí se examinan, destacando entre todas, la de 5 de febrero de 2010, de la que reproduce parte de su fundamentación jurídica... entra en el fondo de la cuestión y señala en primer lugar, que la actividad desarrollada por Forum y Afinsa es una actividad mercantil, que la comercialización de sellos como bienes tangibles con un compromiso cierto de revalorización, se enmarca dentro de la legislación mercantil y que los contratos suscritos en el ámbito de tal actividad se regulan por esa legislación y por las disposiciones contractuales convenidas por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, siendo también de aplicación la legislación general de consumidores y usuarios... la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003 no otorgaba facultades de inspección o control sobre las empresas comercializadores de bienes tangibles, sin que haya constancia tampoco de ninguna otra norma que pudiera servir de cobertura legal para el ejercicio de tales facultades de control. Tampoco existía normal legal alguna que habilitara a las autoridades de consumo para supervisar la solvencia de dichas entidades ni los consumidores que contrataron con Forum y Afinsa formularon de forma reiterada y manifiesta denuncias ante las autoridades de consumo sobre el funcionamiento de las mismas.

En efecto, conforme ha quedado expuesto en el cuerpo de esta resolución, resulta claro que el desarrollo argumental desplegado por los recurrentes en los escritos de interposición formulados no ha tenido en cuenta que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha concluido que no puede hacerse responsable a la Administración, ni por acción ni por omisión, del resultado dañoso sufrido por los demandantes...

La doctrina jurisprudencial aplicada por la Sala de instancia ha sido confirmada por pronunciamientos de este Tribunal y ha conducido a la desestimación en cuanto al fondo de otros recursos de casación sustancialmente iguales al que ahora nos ocupa y que abocaría a este recurso a su desestimación..."

Bien es verdad que podría sostenerse que se suscita en este proceso una cuestión que no consta hubiera sido examinada en las sentencias antes referidas, en concreto, el motivo que hemos denominado como submotivo tercero, del motivo segundo, referido, como antes se dijo, a la pretendida vulneración, por la Sala de instancia, de la normativa de la Unión Europea que se dice vulnerada en la sentencia de instancia, en concreto, de la Directiva 89/646/CEE, de 15 de diciembre, para la Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativa a la acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. Así como al Derecho de la Unión sobre la materia promulgada con posterioridad que se considera infringida por la sentencia de instancia. Más aún así, el motivo mencionado sería inadmisibles, ya que esa cuestión es examinada por la Sala de instancia en el fundamento undécimo con una tan prolija como completa fundamentación, que concluye en la desestimación de ese concreto motivo de impugnación de la resolución impugnada, que aboca a la Sala territorial a rechazarlo, así como a denegar la petición de suscitar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante lo cual, la única argumentación que se contienen al respecto en la fundamentación del motivo por la defensa del recurrente es limitarse a exponer, en el la escueta fundamentación del motivo, que la sentencia vulnera esa normativa europea, pero sin hacer una crítica, como era obligado, sobre las razones que llevaron a la Sala de instancia a rechazar el argumento.

Se olvida con ello que la naturaleza del recurso de casación, como recurso extraordinario encaminado a la correcta aplicación por los Tribunales de instancia de las normas y jurisprudencia que fueran aplicables al caso y sometido a motivos concretos y determinados, obliga a que la parte recurrente, no sólo haga concreta referencia a los motivos en que se funda el recurso, sino que es necesario hacer un examen razonado, como impone el artículo 92 de la Ley Jurisdiccional. Y difícilmente puede estimarse que esté razonado y cumpla la



exigencia formal el motivo a que nos venimos refiriendo cuando en el escrito de interposición se hace una tan escueta con inconcreta referencia a las Directivas europeas, sin mayor referencia al examen que sobre esta cuestión, ya suscitada en la instancia, se hace en la sentencia recurrida.

Y no está de más recordar, como se declara en la sentencia de 28 de junio de 2011 (recurso de casación 290/2010) que, como aquí sucede con el motivo a que nos venimos refiriendo, *"es clara su carencia manifiesta de fundamento, pues la finalidad de éste recurso extraordinario es depurar la sentencia recaída en función de las infracciones jurídicas en que haya podido incurrir y que hayan sido objeto de denuncia en el marco que establece el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . Por ello... el recurso así formulado impide que la Sala... pueda llevar a cabo la función que se le atribuye a través del recurso de casación, toda vez que no resulta admisible el recurso de casación en el que el recurrente se limita a manifestar su disentimiento frente a la sentencia recurrida, pero sin razonar adecuadamente las infracciones jurídicas de que adolece, a su juicio, la resolución judicial impugnada. Lo contrario constituye una desnaturalización del recurso de casación y supondría convertir la casación en una nueva instancia o, lo que sería igual, confundir este recurso extraordinario con un recurso ordinario de apelación"*.

Lo expuesto obliga a declarar la inadmisibilidad del presente recurso.

TERCERO .- La inadmisibilidad del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo al recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el número tercero del indicado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos para cada una de las partes recurridas.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 2870/2011, interpuesto por la representación procesal de Don Domingo contra la sentencia de 2 de marzo de 2011, dictada por la Sección Tercera bis de la Sala de este Orden Jurisdiccional de la Audiencia Nacional en el procedimiento 67/2008, promovido en impugnación de la Orden de 14 de noviembre de 2008 del Ministerio de Sanidad y Consumo por la que se le denegaba la indemnización por los daños y perjuicios que se reclamaba por el recurrente, derivada de la actuación de las entidades "Forum Filatélico, S.A." y la también mercantil "Afinca, Bienes Tangibles, S.A.", con imposición de las costas al recurrente, en el límite señalado en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, haciendo constar que es firme y no procede interponer recurso alguno.