

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 8 DE MAYO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 47/2013

Ponente: Dª. María Asunción Salvo Tambo

Actos impugnados: i) Informe emitido por la Directora del Departamento de Supervisión de Instituciones de Inversión Colectiva de la CNMV de 7 de julio de 2011 y, ii) Resolución de la Directora del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador de la CNMV de 15 de septiembre de 2012, inadmitiendo recurso de alzada contra dicho informe.

Fallo: Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo

Madrid, a ocho de mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 47/13 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. I.A.F., en nombre y representación de **D. J.F.P.H.**, contra el informe *ad extra* emitido, el 7 de julio de 2011, por la Directora del Departamento de Supervisión de Instituciones de Inversión Colectiva de la CNMV, y la comunicación de la Directora del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador de la propia CNMV, de 15 de septiembre de 2011, inadmitiendo recurso de alzada contra el Informe anterior, sobre **Inversiones de Fondos**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1 . La parte actora interpuso, en fecha 12 de marzo de 2013, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPPLICO A LA SALA: *Que teniendo por formulada la demanda del recurso contencioso-administrativo, tras seguir el procedimiento por sus trámites hasta su conclusión, dicte, en su día, sentencia, estimando el recurso y efectuando los siguientes pronunciamientos declarativos:*

PRIMERO.- *Que no se ajusta a derecho el informe emitido el 7 de julio de 2011 por la Directora del Departamento de Supervisión de Instituciones de Inversión Colectiva de la CNMV, en lugar de la certificación acreditativa de la inexistencia de incumplimientos de la política de inversión del fondo Barclays Bolsa España Selección FI, durante el año 2008, interesada por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 33 en el procedimiento 1393/2010.*

SEGUNDO.- *Que tampoco se ajusta a derecho la resolución de la Directora del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador de la misma Comisión de 15 de septiembre de 2011, inadmitiendo recurso de alzada contra el informe anterior.*

TERCERO.- *Anulando el informe y la resolución mencionada, por tal razón.*

CUARTO.- *Teniendo por reservada por el recurrente la acción para reclamar los daños causados por el informe recurrido -incluso, morales-.*

QUINTO.- *Y condenando en costas a la Administración demandada."*

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que

sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso o, subsidiariamente, desestimatoria, con expresa imposición de costas a la parte recurrente."*

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 28 de octubre de 2013 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 2 de abril de 2014 se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se interpone el presente recurso contra:

- El informe *ad extra* emitido, el 7 de julio de 2011, por la Directora del Departamento de Supervisión de Instituciones de Inversión Colectiva de la CNMV, y

- La Resolución de la Directora del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador de la propia CNMV, de 15 de septiembre de 2011, inadmitiendo recurso de alzada contra dicho informe.

2. Son antecedentes relevantes, tal y como constan en el expediente y en la relación de hechos de la propia demanda los siguientes:

- El hoy recurrente formuló demanda de procedimiento ordinario contra la Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva (S.G.I.I.C.) BARCLAYS WEALTH MANAGERS ESPAÑA, S.A., en reclamación de la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS (272.456 euros), pérdidas que se decía causadas por la gestión imprudente del Fondo de Inversión Barclays Bolsa España Selección F.I. (FIBBES).

- De dicha demanda conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid.

- En el curso de dicho procedimiento, y en la audiencia previa celebrada el 31 de enero de 2011, el hoy actor solicitó que se oficiara a la CNMV, para que emitiera:

"Certificación acreditativa de la inexistencia de incumplimientos de la política de inversión del fondo durante el año 2008".

Dicha petición fue contestada por la CNMV en los siguientes términos:

“En el departamento (de supervisión) no constan acreditados, a fecha actual, incumplimientos de la naturaleza indicada en los fondos de inversión”.

Pues bien, esta contestación es, según se dice en la demanda, **“el primer acto administrativo recurrido”**.

- Contra el mencionado informe el hoy actor formuló recurso de alzada el 29 de julio de 2011, contestando la CNMV, con fecha 15 de septiembre de 2011, diciendo:

“En todo caso, los escritos presentados por Ud. en esta comisión en relación con posibles incumplimientos de la política de inversión del Fondo Barclays Bolsa España Selección FI, están siendo objeto de valoración por el departamento de la CNMV competente, por razón de la materia, habiéndose iniciado una investigación que, a la fecha actual, no ha concluido, motivo por el cual no resulta posible pronunciarse acerca de la efectiva existencia de dicho incumplimiento...”.

- Con fecha 9 de enero de 2012, el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, dictó sentencia desestimatoria de dicha demanda, sentencia que posteriormente fue revocada por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, estimando íntegramente el recurso de apelación formulado por el hoy recurrente y condenando a la demandada a satisfacer al hoy actor *“EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, LA SUMA DE DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS (276.459 euros)...”*.

- La contestación de la CNMV de fecha 15 de septiembre de 2011 y que es el segundo acto recurrido, es del siguiente tenor (folio 164 del expediente administrativo):

“Por la presente, se acusa recibo de su escrito de fecha 29 de julio de 2011 que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el 2 de agosto del mismo año (número 2011106544) y por el cual viene a interponer recurso de alzada contra el oficio remitido por esta Comisión el 8 de julio de 2011 al limo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid.

Al respecto, debe señalarse que la contestación remitida por este organismo al Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, en el marco del Procedimiento Ordinario 1393/2010, se encuadra en su función de prestar auxilio y colaboración a los Jueces y Tribunales que lo soliciten, tal y como establece el apartado 4 del artículo 30 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, no siendo, por tanto, dicha contestación susceptible de recurso alguno por su parte.

En todo caso, los escritos presentados por Usted en esta Comisión en relación con posibles incumplimientos de la política de inversión del fondo Barclays Bolsa España Selección FI, están siendo objeto de valoración por el Departamento de la CNMV competente por razón de la materia, habiéndose iniciado una investigación que, a la fecha actual, no ha concluido, motivo por el cual no resulta posible pronunciarse acerca de la efectiva existencia de dicho incumplimiento.”

3. El Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda, previamente, alega la Inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo por aplicación del artículo 69 c) de la LJCA por haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

A lo que nada opone el Recurrente quien en su escrito de conclusiones nada en absoluto alega sobre el particular.

El artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional establece *"que el recurso contencioso-administrativo es admisible respecto de los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos."*

El Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 16 de diciembre de 1.996 ha señalado que la doctrina ha puesto de relieve *"... que para que un acto administrativo sea susceptible de recurso contencioso-administrativo es necesario que sea un acto definitivo y que agote la vía administrativa, o bien que, siendo de trámite, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión. Al acto definitivo se le denomina, también, acto resolutorio, porque el mismo contiene la voluntad administrativa hacia el exterior; al acto trámite, por el contrario, al permanecer en la esfera interna de la Administración, en función del procedimiento administrativo, no es susceptible de impugnación autónoma..."*

La falta de contradicción por parte de la actora de la causa de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado, podría, en principio, dada la vigencia del principio dispositivo en el proceso contencioso-administrativo, la estimación de la causa de oposición invocada en la contestación a la demanda. No obstante, a esa misma conclusión se llega también tras el examen de la actuación administrativa recurrida cuyo contenido concreto impide incardinar dichos actos en el ámbito de la facultad o potestad certificante de la Administración Pública como actos administrativos cualificados, de conocimiento y/o de juicio; susceptibles, por tanto, de recurso; como lo serían los informes y comunicaciones de los departamentos de servicio de los órganos –en este caso de la CNMV- a los que se solicitó la certificación.

En efecto, siendo pacífico que la actividad certificante es una función típicamente administrativa desarrollada por el Estado de forma exclusiva o por entidades públicas o paraestatales, e incluso personas físicas por concesión (concesionarios del Estado son Notarios, Corredores de Comercio, etc) y, por ello, hay certificaciones que indudablemente son soporte de un juicio valorativo (y de ahí su recurribilidad), no es éste el caso. Aquí, por el contrario, se denegó razonadamente la certificación pedida en su momento por el hoy actor informando al Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, en el marco del citado procedimiento, en su función de prestar auxilio y colaboración a los Jueces y Tribunales que lo soliciten, en los términos establecidos en el apartado 4º del artículo 30 del Reglamento del Régimen Interior de la CNMV.

De ahí que concluyamos que en el caso de autos, tal y como se afirma por el Abogado del Estado, el recurso no se interpone contra un acto susceptible de recurso en los términos del

artículo 107 de la Ley 30/1992. Y por ello es por lo que el recurso debe ser declarado inadmisibile en los términos solicitados en la contestación a la demanda.

4. De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Declarar la **INADMISIBILIDAD** del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. JUAN FRANCISCO PALAO HERRERO** contra los actos descritos en el fundamento jurídico primero de esta sentencia.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.