

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 8 DE JULIO DE 2005

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 587/02
Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Escrito del Director de la Asesoría Jurídica de la CNMV de 11 de febrero de 2002
Fallo: Inadmisibilidad del recurso

Madrid, a ocho de julio de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 587/2002, se tramita, a instancia de Don J.S.P representado por la Procuradora Dña. E.H.P, contra la adjudicación descrita en el Fundamento Jurídico nº 1 de esta sentencia, sobre solicitud de intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y en el que han intervenido en calidad de codemandados las sociedades: "I.I., S.A." representada por el Procurador Don P.H.M; e "I.I., SGPS., S.A.", representada por el Procurador Don I.A.F.

La cuantía del presente recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso, en fecha 4 de septiembre de 2002, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, anunciada la interposición del mismo en el Boletín Oficial del Estado y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora 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: *"que tenga por presentado este escrito, con sus copias uniéndolo (y en sus casos los documentos acompañados) al recurso contencioso-administrativo de su referencia; tenga por deducida demanda, entregándose las copias a las demás partes personadas y, previos los trámites que la ley establece, en su día dicte sentencia por la que, estimando el recurso contencioso-administrativo contra la actuación de la CNMV, se declare no ajustado a derecho el acto administrativo dictado por la CNMV y por lo tanto NULO y a continuación se proceda a declarar la NULIDAD de la opción de venta formalizada entre "I.I., S.A." e "I.I., SGPS, S.A.", o en su caso la venta formalizada si ya se hubiera realizado, en contra de los artículos 13 y 99 de la Ley del Mercado de Valores; de los artículos 2 y 7 de la Orden ministerial de 5 de septiembre de 1991, así como de los artículos 3 y 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, todos ellos en relación con los artículos 9.3, 14 y 24 y 103 de la Constitución Española".*

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 un argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó *"Tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se inadmita el presente recurso contencioso-administrativo o subsidiariamente se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser ésta conforme a Derecho".*

3.- Mediante Diligencia de Ordenación de 3 de diciembre de 2003 se dio traslado a el Procurador Don I.A.F, en representación del codemandado "I.I., SGPS, S.A.", para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo *"que tenga por presentado este escrito y por hechas las*

manifestaciones que en él se contienen, acuerde no haber lugar a tener por planteado lo que el recurrente llama cuestión de nulidad por manifiesta carencia de los requisitos procesales necesarios para su planteamiento, substanciación y resolución y, subsidiariamente, acuerde no haber lugar a decretar nulidad alguna al no verse afectado el derecho de la parte, en ambos casos sin que se acuerde la suspensión del procedimiento".

A "I.I., S.A.", en calidad de codemandada, se le dio traslado mediante diligencia de ordenación de 3 de diciembre de 2003, a través de su representante, para que constestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concentrando su petición en el suplico de la contestación, en el que literalmente dijo: *"se sirva admitir este escrito sus copias y por devuelto el expediente y rollo original que en su día fue entregado y previa la tramitación legal oportuna, dicte sentencia que declare la inadmisibilidad del presente recurso, y en caso de ser admitido, confirme en todos sus extremos el acuerdo recurrido con imposición de las costas causadas a la parte actora"*.

4.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 30 de enero de 2004, acordando el recibimiento a prueba, con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes 24 de enero de 2005 y, finalmente, mediante providencia de 30 de mayo de 2005 se señaló para votación y fallo el día 28 de junio de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

5.- 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. Dña. María Asunción Salvo Tambo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Es objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional la contestación remitida por el Director de la Asesoría Jurídica de la CNMV dirigida a Don G.S.F., quien dijo actuar en representación de Don J.S.P –ahora recurrente- por la que, según el propio tenor literal de la misma: *"en contestación a su carta del 15 de enero de 2002 en la que solicita que la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunique a "I.I., S.A." y a "I.I., SGPS, S.A." que la opción de venta que existe a favor de la primera de éstas sociedades ha de ejercerse conforme a los precios de cotización de las acciones de LA SEDA DE BARCELONA, S.A."* En dicha carta, después de recordar al autor de la misiva originaria que en materia de contratación privada tiene primacía el principio de la autonomía de la voluntad con arreglo al artículo 1255 del Código Civil, se le hacía saber que *"dado que el negocio jurídico al que se refiere en su carta es aparentemente regular y conforme a Derecho esta Comisión Nacional no encuentra motivos para intervenir en el sentido que Ud. solicita"*.

En la referida carta dirigida a la CNMV por el citado Sr. S.F. se solicitó: *"Se comunique a "I.I., S.A." e "I.I., SGPS, S.A." que el precio de las acciones relativas a la Opción de venta a favor de la primera sociedad, debe corresponderse con el que resulte de la cotización de las acciones de La Seda en el momento de la ejecución del acuerdo, según los criterios habituales utilizados*

en las aplicaciones; y sin que por tanto, pueda pactarse otro precio, distinto al de la cotización".

De lo actuado se deduce que en la base del actual recurso se encuentra el contrato celebrado entre las dos entidades ahora codemandadas.

En efecto, con fecha 27 de julio de 2001, "I.I., S.A." (como inversor institucional) e "I.I., SGPS, S.A." (como socio industrial) celebraron un contrato complejo que preveía en síntesis, lo siguiente:

- El incremento de la participación de "I.I., S.A." en LA SEDA DE BARCELONA ("LA SEDA") suscribiendo "I.I., S.A." un aumento de capital acordado por la propia compañía, así como adquiriendo por mitad, junto con "I.I., SGPS, S.A.", la autocartera de la compañía.

- La incorporación de un representante de "I.I., SGPS, S.A." al Consejo de Administración de LA SEDA con el compromiso de "I.I., S.A." de apoyar el proyecto propuesto por "I.I., SGPS, S.A." con relación al desarrollo industrial de LA SEDA.

- La concesión por parte de "I.I., S.A." a favor de "I.I., SGPS, S.A." de un derecho de adquisición preferente sobre la totalidad de las acciones de su propiedad de LA SEDA para el caso de recibir oferta de un tercero.

- La concesión por parte de "I.I., SGPS, S.A." a favor de "I.I., S.A." de un derecho de venta sobre todas las acciones de su propiedad a un precio determinado que sería el mayor de : (i) La media de la cotización en Bolsa de la acción de LA SEDA en los tres meses anteriores a la fecha de su ejercicio; (ii) Quinientas pesetas por acción más un importe equivalente a la aplicación de una tasa de interés del 10% anual sobre dicha cuantía desde la fecha de celebración del contrato hasta la fecha de su ejercicio.

En la demanda también se contienen referencias a otros contratos de opción que efectivamente podrían suponer un incremento de la participación de "I.I., SGPS, S.A." en el capital de LA SEDA. Y es que, con fecha 29 de noviembre de 2002, la primera concluyó un contrato de características similares con Ediciones Hemisferios (del Grupo Planeta).

2.- Previa cuestión a decidir, por razones metodológicas, es la relativa a la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo en los términos solicitados tanto por el Abogado del Estado como por la representación de ambos codemandados en sus respectivas contestaciones a la demanda y respecto de los cuales nada se alega por la parte actora, quien incluso dejó de ratificar su propia demanda al renunciar a formular conclusiones en el trámite que por la Sala le fue conferido oportunamente.

Y es que, en efecto, adelantémoslo, el recurso debe ser inadmitido ante la manifiesta concurrencia no ya de una, sino de varias causas de inadmisibilidad.

Por de pronto, la Sala ha de apreciar la alegada inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto administrativo impugnado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("*La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos*

siguientes: ...c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación”).

Y es que, lo impugnado en el presente recurso no es propiamente un acto administrativo y, de serlo, tampoco habría puesto fin a la vía administrativa lo que, a su vez, resulta de lo dispuesto en el artículo 25 de la propia LJCA cuando dispone que *“El recurso contencioso-administrativo será inadmisibile en relación con... los actos... de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa...”*.

La carta remitida por el Director de la Asesoría Jurídica en los términos más arriba referidos no constituye un acto administrativo impugnabile sino que resulta ser una mera respuesta de la carta dirigida a la CNMV en la que se pedía que se comunicara a las hoy codemandadas las limitaciones que, a criterio del emisor de la carta, pesaban a la hora de fijar el precio de las acciones de referencia.

Por ello, al no ser la carta propiamente un escrito de solicitud inicial de un procedimiento administrativo, ni se consideró como tal, ni se elevaron las actuaciones al Consejo de la CNMV ni, por lo tanto, tal y como comunicara a la Sala la propia CNMV al ser requerida para el envío del expediente administrativo, siquiera exista éste. Lo único que existe es la carta del Director de la Asesoría Jurídica que al no tener potestad de dictar actos administrativos finalizadores de procedimiento, potestad ésta reservada en exclusiva por la Ley del Mercado de Valores al Consejo de la Comisión, resulta ser así una simple comunicación de información en contestación al derecho de los administrados a obtener información de la Administración con la correlativa obligación de ésta de proporcionársela.

3.- En segundo término, el acto administrativo, aún de serlo, en ningún caso habría puesto fin a la vía administrativa.

En efecto, la “resolución” recurrida habría sido dictada por el Director de la Asesoría Jurídica, cuyos actos no pondrían fin a la vía administrativa, ya que de conformidad con la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado *“En los Organismos Públicos adscritos a la Administración General del Estado”* (como sería la CNMV) ponen fin a la vía administrativa *“los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por Ley se establezca otra cosa”*, subrayando el artículo 109 d) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, la exigencia de norma legal o reglamentaria para que los actos de órganos que tengan superior jerárquico pongan fin a la vía administrativa.

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley del Mercado de Valores de 1988 la CNMV está regida por un Consejo al que corresponde el ejercicio de todas las competencias que le asigna esta Ley. Sin que exista norma alguna que disponga que los actos del Director de la Asesoría Jurídica pongan fin a la vía administrativa.

En consecuencia, el presente recurso sería también inadmisibile con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 en relación con el 69 c) LJCA.

4.- Finalmente el recurso deviene inadmisibile por desviación procesal.

En efecto, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa supone que el alcance de las facultades revisoras se circunscriban al examen de la legalidad del acto administrativo recurrido, de tal manera que el demandante puede fundar su pretensión en cualesquiera motivos o razones y normas jurídicas que entienda procedentes, hayan sido o no alegados con anterioridad, siempre que, sin embargo, no se planteen "cuestiones nuevas" ni se modifiquen las pretensiones ejercitadas en la vía administrativa.

En relación con la desviación procesal la STS de 10 de abril de 1992 declaraba que: *"Como establecemos en nuestra reciente Sentencia de 12 de marzo pasado, el proceso contencioso-administrativo no permite la "desviación procesal", la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones (no motivos) nuevas respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, y por tanto, no procede hacer pronunciamiento alguno sobre las peticiones o pretensiones que no fueron objeto de las resoluciones administrativas impugnadas al efecto de no alterar la función esencialmente revisora de la jurisdicción respecto de la actuación administrativa, sin que a ello se oponga lo preceptuado en los arts. 43.1 y 69.1 LJCA, al determinar respectivamente, que: "Esta jurisdicción juzgará dentro del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición" y que "en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubiera expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste", pues si dichos preceptos autorizan nuevas alegaciones o motivos nuevos en defensa del Derecho, en modo alguno permiten pueda alterarse, reformarse ni menos adicionarse a la pretensión, peticiones que no se discutieron en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella, ya que si la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa permite la alteración de los fundamentos jurídicos deducidos ante la Administración o la ampliación de los mismos, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada en dicha vía previa, pueda albergar razones o fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo antecedentes de la litis, no autoriza se produzca en ella una discordancia objetiva entre lo pedido, pretendido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional".*

En igual sentido la S.T.S. 3ª sec. 2ª, 18-02-1999 establece que: *"lo único permitido, sin ruptura del equilibrio procesal de las partes, es aducir nuevos motivos o razones o meras alegaciones, en su sentido propio de simples argumentaciones de las peticiones, siempre las mismas, deducida en la demanda y contestación.*

No cabe, pues, confundir la cuestión litigiosa que determina objetivamente el ámbito del proceso, y los motivos o razones jurídicas que, se alegan como soporte de lo pretendido, cuya variación o ampliación pueden realizarse en cualquier momento o hito procedimental, porque una cosa es el factor diferencial de lo que constituye la esencia identificadora, en todos sus matices, del objeto controvertido planteado (entendiendo por objeto –ya que el vocablo es susceptible de más de una acepción – la materia o tema planteado, en su prístino y verdadero contenido, que es lo que sirve de base y configura la petición y pretensión correspondientes y se traduce o plasma, en definitiva, en el concepto en cuestión), y otra cosa distinta es el

argumento o motivo o el razonamiento empleado en justificación de lo pretendido en relación con la materia o tema básico controvertido. En realidad, los dos componentes referidos pueden enmarcarse, uno, en el ámbito propio de los hechos y, el otro, en el de la dialéctica, la lógica y el derecho, circunstancia que explica la inalterabilidad que debe existir en planteamiento y fijación de lo perteneciente al primer campo (supuesto de hecho), sobre todo y especialmente en los escritos de conclusiones también, en los que, siendo posteriores, y circunstancialmente ajenos a éstos, se reputan injustificadamente como esenciales por la parte recurrente, y la elasticidad y ductilidad permitida en el campo de lo segundo (fundamentos o razonamientos jurídicos)".

Por su parte, la sentencia de 6 de febrero de 1999 también del Tribunal Supremo reiteraba que la naturaleza revisora de la Jurisdicción contencioso-administrativa sólo exige la existencia de un acto o actuación de una Administración Pública sometida al Derecho Administrativo para que, respecto de él o en relación con ella, puedan deducirse por el interesado las pretensiones que estime pertinentes; recalando que *"No es el contenido del acto el que determina la extensión y los límites de la revisión jurisdiccional, sino las peticiones de la demanda, en relación con él, las que acotan, cuantitativa y cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria"*. Así el requisito de que la Administración, previamente a la vía jurisdiccional, haya tenido la oportunidad de resolver sobre lo que el interesado postule en su demanda, no puede interpretarse como una exigencia de coincidencia total ya que el recurrente en el proceso puede perfilar, ampliar o extender la inicial pretensión impugnatoria deducida en vía administrativa, en palabras de la propia sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de citar *"siempre que no desborde el marco general de referencia del acto o actuación correspondientes. Tampoco puede significar, y esto es estricto mandato legal –artículo 69 y 56 de la anterior y vigente Ley Jurisdiccional-, que no pueda apoyar su pretensión en motivos distintos de los utilizados en la vía administrativa"*.

También el Tribunal Constitucional en sentencias recientes (STC de 5 de julio de 2001) a propósito de la interpretación del artículo 69 de la anterior Ley Jurisdiccional (idéntico en lo sustancial al artículo 56 de la vigente Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) ha recalado que lo relevante a los efectos que ahora nos ocupan es: *"...frente a lo que se afirma, en la decisión judicial, ni se han alterado «los hechos que individualizan la causa de pedir», ni ante el órgano judicial se han planteado «pretensiones» diferentes a las que se ejercitaron frente a la Administración local ni, en fin, una interpretación del art. 69.1 LJCA y del carácter revisor de la Jurisdicción que sea respetuosa con el principio pro accione permite concluir que ha existido, desviación procesal que impida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión de la no sujeción de los expedientes de dominio al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los terrenos (...)*

No ha existido, pues, modificación en los hechos, sino mera ampliación de los argumentos jurídicos que fundamentan la pretensión de anulación de las liquidaciones tributarias practicadas por la corporación local.

En segundo lugar, también resulta clara la identidad sustancial de lo pedido por la actora en vía administrativa y judicial..."

En el presente caso, en la demanda, con manifiesta desviación procesal se insta, apartándose de la inicial solicitud, la declaración de nulidad de pleno derecho del referido contrato de opción de venta pretensión que, a mayor abundamiento, sería de imposible estimación por cuanto la CNMV, como bien se alega, carece de potestades administrativas para declarar la nulidad de pleno derecho de un contrato de opción de venta suscrito en el marco de la negociación jurídico-privada.

5.- De todo lo anterior deriva la inadmisibilidad del presente recurso.

Sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 Don J.S.P, contra las actuaciones descritas en el Fundamento Jurídico nº 1 de la presente resolución.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.