

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE MARZO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 281/2015
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 25 de mayo de 2015
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a trece de marzo de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido por la COMISIÓN DE CONTROL DEL PLAN DE PENSIONES DE PROMOCIÓN CONJUNTA DEL GRUPO URBE F.P representado por el Procurador **D. LGB** contra **EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD** representado por el abogado del Estado sobre **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL** siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD y es la resolución de fecha 25-5-2015.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitirlo a trámite y reclamado el expediente administrativo se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizara dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda, hubo conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 06/03/2018, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 25-5-2015 que desestimó la reclamación indemnizatoria deducida en su día por la hoy parte actora por el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- Determinado fondo de pensiones (gestionado por una entidad especializada) invierte en un fondo de inversión inmobiliaria, el cual a su vez suspende los reembolsos en marzo de 2009 por un plazo de dos años, a cuyo término se acuerda su disolución y liquidación, cuyo proceso de liquidación no había concluido aún en la fecha (2013) en que se presenta la reclamación administrativa origen de la litis.

Concretando algunos hitos cronológicos es de señalar que en 2004 la sociedad gestora del fondo de pensiones decidió invertir una parte importante del meritado fondo en un fondo de inversión inmobiliaria (SEGURFONDO INVERSION, FII) que se había constituido el 30-11-1994. Este último fondo obtiene –tras el elevado nivel de las peticiones de reembolso, que superan el 95% del patrimonio del fondo– autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para suspender el reembolso de las participaciones por un periodo de dos años, que se extendería desde el 31/3/2009 hasta el 31/3/2011. El 31/3/2011 se comunicó que la sociedad gestora y el depositario del referido fondo de inversión habían acordado la disolución del fondo y la apertura del período de liquidación al no haber podido generar la liquidez suficiente para pagar los reembolsos pendientes. Tras varias inversiones y reembolsos (con plusvalías) en el meritado fondo de inversión es de notar que el fondo de pensiones de referencia mantenía al evacuarse el correspondiente dictamen del Consejo de Estado durante la tramitación de la reclamación administrativo litigiosa la propiedad de 8.944,730071 participaciones en el susodicho fondo de inversión que desde el 31/3/2011 está en liquidación.

La reclamación administrativa presentada en representación de la Comisión de Control del referido fondo de pensiones tuvo entrada en el correspondiente registro el 30/4/2013, cuya reclamación se formula por anormal funcionamiento de la Administración Pública –al amparo del artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992– y debido a una supuesta actuación defectuosa de la CNMV en su función de supervisión, inspección y sanción sobre los mercados de valores, y más concretamente respecto de su actuación en relación con el fondo de inversión inmobiliaria a que aludimos más atrás.

Tras la tramitación correspondiente, durante la que el Consejo de Estado emitió su preceptivo dictamen, la resolución recurrida de 25-5-2015 desestimó la meritada reclamación administrativa por no concurrir los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración.

La demanda rectora del proceso sigue la línea argumental de la previa reclamación administrativa y termina con la súplica que es de ver en autos, donde se concreta el *petitum* indemnizatorio, a cuya pretensión se ha opuesto el abogado del Estado en los términos que son de ver en sus escritos alegatorios.

TERCERO.- La parte demandante atribuye el daño sufrido por el fondo de pensiones de referencia a una defectuosa actuación de la CNMV en sus funciones de supervisión, inspección y sanción en los mercados de valores sobre el fondo de inversión inmobiliaria (SEGURFONDO INVERSION, FII) en que aquél invirtió parte de su patrimonio, y de aquí la responsabilidad patrimonial de la Administración. La parte demandante parte de ciertos presupuestos cuales serían que el meritado fondo de inversión inmobiliaria constituía un fraude piramidal y que las respectivas gestoras del fondo de pensiones y del fondo de inversión actuaron de consuno en dicho fraude con el amparo de la CNMV, cuya tesis se explicaría desde el momento en que las comisiones de la sociedad gestora y del depositario del meritado fondo de inversión consumían la mayor parte de las rentabilidades de dicho fondo, de modo que los reembolsos tendrían que hacerse con cargo a las nuevas suscripciones, cuyas suscripciones estarían atraídas por un valor liquidativo latente que se alimentaría por las tasaciones periódicas de los inmuebles del

patrimonio del fondo, tasaciones que en realidad serían artificiales y no aceptadas por el mercado. La CNMV habría colaborado en el fraude piramidal con el informe favorable a la constitución en su día del fondo de inversión inmobiliaria, con la autorización de la suspensión de los reembolsos en marzo de 2009, con su actitud respecto de la aprobación del Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, que modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4-11-2005, con la aprobación de la normativa contable recogida en las circulares de la CNMV 4/1994 y 2/2008 así como el mantenimiento hasta el 30-11-2013 de un criterio contable contrario al Plan General de Contabilidad (PGC) que impedía la liquidez del fondo y ocultaba los quebrantos producidos. La parte actora alude también a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el error (vicio del consentimiento) en la adquisición de productos bancarios tóxicos, y termina aduciendo que ha habido fraude de ley y desviación de poder.

CUARTO.- El artículo 106.2 de la Constitución Española dispone que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", en tanto que el artículo 139.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece idéntico derecho, dentro del sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas. Por otra parte, la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido configurada en nuestro sistema como de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada, porque como dice en múltiples resoluciones el Tribunal Supremo "de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad". La responsabilidad patrimonial de la Administración exige la presencia de los siguientes requisitos: A) Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que un daño antijurídico se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público. B) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. C) Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, y D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

Ha de notarse que el carácter objetivo de la responsabilidad implica que se prescinde del requisito tradicional de la ilicitud o culpa por parte del sujeto responsable, situándose el fundamento de la institución en un principio de garantía patrimonial, adquiriendo así toda su importancia el concepto de lesión patrimonial, que no se identifica sin más con el concepto de perjuicio, sino que para que exista lesión resarcible el daño patrimonial ha de ser antijurídico, y ello no ya porque la actuación del agente sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva), de modo que aquella antijuricidad desaparecería en presencia de una causa de justificación que legitimase el perjuicio de que se trate.

QUINTO.- Al constituirse en 1994 el fondo de inversión inmobiliaria en que invierte el fondo de pensiones recurrente la competencia para otorgar la correspondiente autorización al proyecto de constitución correspondía al Ministerio de Economía y Hacienda previo informe de la CNMV, y la misma sólo podía ser denegada por incumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios (a la sazón artículo 8 de la Ley 46/1984 y artículo 9 del Real Decreto 1393/1990).

El artículo 1.1 de la Ley 35/2003 dispone que “son Instituciones de Inversión Colectiva (IIC, en adelante) 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”, regulando los artículos 35 a 38 de la misma ley las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.

El artículo 8 de la Ley 35/2003 y el artículo 5, apartados 6 y 8 del su reglamento (Real Decreto 1309/2005) regulaban las comisiones que las sociedades gestoras y los depositarios podían percibir de los fondos.

La suspensión del reembolso de participaciones aparece regulado en el artículo 38.2.d) de la Ley 35/2003 y en el artículo 63.3.d) de la Ley 35/2003.

Según el párrafo segundo del artículo 13 de la Ley 24/1988 (LMV) “la Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines”.

El artículo 69 de la Ley 35/2003 se refiere a los que quedan sujetos al régimen de supervisión, inspección y sanción de esta Ley, y el artículo 70 de la misma norma previene que “corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la supervisión e inspección de las personas físicas y entidades previstas en el artículo 69 y la vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones”.

Los artículos 72 a 76 de la Ley 35/2003 contemplan el régimen de intervención y sustitución de las instituciones de inversión colectiva, mientras que el régimen sancionador se regula en los artículos 77 a 94 de la misma ley.

Vista la normativa que antecede, la responsabilidad patrimonial que trata de exigir la recurrente se fundaría en una defectuosa actuación de la CNMV en relación con sus funciones de supervisión, inspección y sanción sobre los mercados de valores y las personas actuantes en los mismos, y más concretamente respecto de su actuación en relación con el fondo de inversión inmobiliaria de referencia.

Ya se ha visto que la CNMV debe velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, y para la consecución de tales fines debe promover la difusión de cuanta información sea necesaria. Se plantea en este punto la determinación del estándar del rendimiento

medio del servicio público en cuestión, que está presidido por criterios de prudencia y razonabilidad. No puede perderse de vista que los mercados de valores están integrados en una economía de mercado donde los inversores son los principales responsables de sus acciones mientras que la CNMV vela en el ejercicio de sus funciones de supervisión, inspección y sanción por el correcto funcionamiento del mercado y de la formación de los precios en bien de la protección de los inversores, cuya principal garantía es la transparencia del mercado y un nivel de información adecuado. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, la CNMV no garantiza el éxito de las inversiones ni puede subrogarse en la responsabilidad derivada de la actuación de las entidades que intervienen en el mercado, rigiéndose el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección por los criterios de prudencia y razonabilidad en bien justamente del principio de libertad de los agentes que protagonizan la actividad en una economía de mercado (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 16-5-2008, 6-2-2012, 14-6-2010 y 6-2-2015, entre otras).

SEXTO.- El examen de la pretensión actora a la luz de la normativa y jurisprudencia aplicables al caso ha de conducir a su desestimación.

En el supuesto enjuiciado no concurren los requisitos de efectividad del daño y de nexo causal necesarios para la vivencia de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

Trataremos de ser claros y precisos pues claridad y precisión han de ser características de las sentencias por mandato legal.

En primer lugar, es cuestionable en el supuesto enjuiciado el requisito de la efectividad del daño, que en cualquier caso no aparece concretado ni definido desde un punto de vista cuantitativo en la hora presente. A este respecto es de notar que según el propio informe pericial aportado por la actora la valoración del concreto perjuicio sufrido por el fondo de pensiones cuya Comisión de Control interpone el actual recurso dependerá de la liquidación definitiva del fondo de inversión inmobiliaria de referencia, cuya liquidación al parecer sigue pendiente, por lo que aquí y ahora no puede calibrarse el concreto perjuicio sufrido por el fondo de pensiones al no constar el daño definitivo que pueda resultar de aquella liquidación definitiva del mentado fondo de inversión, lo que incide en el requisito de la efectividad del daño, necesario para que pueda hablarse de lesión a efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de sus servicios públicos.

A lo anterior se añade la ausencia en el caso del requisito del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño de que se queja la parte actora, que imputa dicho daño a una defectuosa actuación de la CNMV en sus funciones de supervisión, inspección y sanción sobre el fondo de inversión inmobiliaria en cuestión desde su nacimiento hasta la fase de disolución y liquidación, lo que exige estudiar aquella actuación de la CNMV a lo largo de la vida del referido fondo de inversión.

En la fecha de constitución en 1994 del susodicho fondo de inversión la CNMV no tenía aún la competencia de autorización, de tal manera que esta entidad se limitó a informar con carácter previo a la concesión de la correspondiente autorización por el Ministerio

de Economía y Hacienda, cuya autorización además tenía carácter reglado pues solo podía denegarse por incumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios.

Se razona por la demandante la defectuosa actuación de la CNMV en sus funciones de supervisión, inspección y sanción respecto del fondo de inversión de referencia sobre ciertos presupuestos, como serían el fraude piramidal que representaba el propio fondo de inversión, el carácter artificial de las tasaciones periódicas de los inmuebles del fondo y la insuficiencia de la información suministrada por este último. Sin embargo, ninguno de estos presupuestos resulta plausible. En primer lugar, no ha quedado acreditado el fraude piramidal de que parte como premisa la demandante. El fondo de inversión se ajustaba a la estructura diseñada por la normativa sectorial pertinente, el rendimiento del inversor se establecía en función de los resultados colectivos, lo que no empece para que –de acuerdo con el informe pericial aportado por la parte– las comisiones de la gestora y del depositario absorbieran una parte importante de los rendimientos efectivos. Es de notar que el informe pericial de la recurrente no demuestra la estructura piramidal del fondo de inversión frente a la tesis del informe de la Dirección General de Entidades de la CNMV, siendo de resaltar que las referidas comisiones estaban dentro de los límites legales y eran conocidas al ser públicas por los partícipes del fondo, a lo que es de añadir que si bien la sociedad gestora y el depositario pertenecían al mismo grupo económico existía al parecer un procedimiento para evitar los conflictos de intereses. En segundo lugar, las controvertidas tasaciones de los inmuebles del fondo de inversión se hicieron por sociedades autorizadas al efecto y conforme a la normativa vigente y no anulada, siendo tales tasaciones públicas y conocidas por los partícipes. En tercer lugar, es de señalar que los partícipes recibieron la información preceptiva (vid. en el informe de la Dirección General de Entidades de la CNMV el detalle de dicha información recibida), siendo de tener en cuenta además que en el caso de la recurrente la gestora era una entidad especializada en la materia.

Por otra parte, la autorización por la CNMV en marzo de 2009 de la suspensión del reembolso de participaciones se ajustaba estrictamente al artículo 63.3.d) del Real Decreto 1309/2005 habida cuenta la situación excepcional creada por el elevadísimo nivel de peticiones de reembolso que se acumularon en aquellas fechas.

En definitiva, ni al constituirse el fondo de inversión inmobiliaria de referencia, ni a lo largo de su desarrollo hasta marzo de 2009, ni al autorizarse en esta última fecha la suspensión de los reembolsos, ni tampoco al acordarse dos años después la disolución y liquidación del mismo, es de apreciar una actuación de la CNMV que se apartara del estándar del rendimiento medio del servicio exigible en sus funciones de supervisión, inspección y sanción sobre el fondo de inversión inmobiliaria en cuestión.

Dicho lo anterior, conviene abordar de forma precisa otros puntos antes de terminar.

La CNMV no puede ser responsable de decisiones administrativas o normativas ajenas y respecto de las que solo emitió el correspondiente informe.

La normativa contable (circulares) que dictó y tuvo en cuenta la CNMV no consta impugnada ni anulada, y además no aparece como la causa eficiente de la disolución y consiguiente liquidación del fondo de inversión inmobiliaria, que obedeció más bien a la

ingente cantidad de peticiones de reembolso de participaciones del meritado fondo que se produjo en unas fechas en que la crisis económico-financiera mundial se mostraba con toda evidencia.

No es esta la sede adecuada para enjuiciar el posible error (vicio de consentimiento) cometido al invertir el fondo de pensiones recurrente en el fondo de inversión inmobiliaria de referencia, si bien quizá no resulte ocioso notar que aquel fondo recurrente estaba gestionado por una entidad (la gestora) especializada en la materia, que fue la que decidió invertir y mantener la inversión hasta la fecha en que solicita el reembolso, que viene a coincidir con la época en que se produjeron aquellas masivas peticiones de reembolso ante la evidencia de la crisis económico-financiera, lo que abocó a la suspensión de los reembolsos y ante la persistencia de la crisis a la disolución del fondo de inversión por falta de liquidez suficiente.

No hay prueba suficiente (ni siquiera puede hablarse de una prueba indiciaria propiamente dicha) de la imputación a la CNMV relativa a su participación o amparo en un supuesto fraude de ley cometido pretendidamente por las gestoras del fondo de pensiones y del fondo de inversión de referencia, como tampoco la hay de una supuesta desviación de poder por parte de la CNMV, y ello sin perjuicio de los esfuerzos dialécticos de la recurrente, que pueden tener mayor o menor fundamento especulativo pero no alcanzan a erigir la prueba necesaria al respecto.

Es de subrayar que los mercados de valores se insertan en una economía de mercado donde el protagonismo corresponde a los agentes económicos, que actúan asumiendo los riesgos inherentes a las operaciones que realizan, correspondiendo a la CNMV sobre todo velar por el buen funcionamiento del mercado a través de su transparencia y de un adecuado nivel de información, siendo así que en el supuesto enjuiciado no se advierte que la actuación de la CNMV haya vulnerado el estándar del rendimiento medio exigible en el servicio de supervisión e inspección de los mercados, y ello sin olvidar que la principal responsabilidad recae en los agentes económicos y que la policía de los mercados que compete a la CNMV está regida por los principios de prudencia y razonabilidad, cuyos principios están reñidos con un ejercicio exorbitante de sus funciones.

En resumen, y por mor de cuanto antecede, se impone la desestimación del actual recurso.

SÉPTIMO.- Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJ.

FALLAMOS

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar la resolución administrativa a que se contrae la litis.

3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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