

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº** 93/06  
**Ponente:** Don Luis María Díez-Picazo Giménez  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de 18 de octubre de 2005  
**Fallo:** Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 93/2006 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de don MRD, don MRM, " C.R., S.A", "T.C., S.A.", y "R., S.L.", contra sentencia de fecha 18 de octubre de 2005, dictada en el recurso 122/2003 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el abogado del estado en la representación que ostenta.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLAMOS.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de don MRD, don MRM, "C.R., S.A", "T.C., S.A.", y "R., S.L.", contra Resolución por silencio del Ministerio de Economía descrita en el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don MRD y otros, presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... lo admita y, previos los trámites legales, dicte sentencia dando lugar al mismo, casando y anulando la resolución recurrida con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho".

**CUARTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... en su día, dictar sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la resolución administrativa impugnada en autos; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente".

**QUINTO.-** Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 25 de mayo de 2010, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don MRD, don MRM y las entidades mercantiles "C.R., S.A", "T.C., S.A.", y "R., S.L.". contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2005.

**SEGUNDO.-** La sentencia ahora impugnada tiene por probados los hechos siguientes: El examen del expediente administrativo a la luz de las alegaciones de la recurrente y del Abogado del Estado, así como de la prueba practicada en autos, resulta que con fecha 9 de Diciembre de 1.998 representantes de la División de Supervisión comunicaron a "G.D., SGC, S.A." ("G") el inicio de una visita, cuyo objeto era comprobar las medidas adoptadas con respecto a las incidencias puestas de manifiesto en la visita anterior, realizada entre los días 15 de Octubre y 19 de Noviembre de 1.997, que había tenido por objeto analizar las medidas adoptadas por la sociedad para subsanar las debilidades detectadas en la inspección realizada en 1.995. La revisión efectuada en 1.997, se centró en los estados financieros a 30 de Septiembre de 1.997, habiéndose alcanzado las conclusiones que se recogen en el informe de la División de Supervisión.

El 17 de Diciembre de 1.997, se remitió un escrito a "G" con la descripción de los hechos detectados en la visita realizada, habiendo contestado "G" mediante escrito de 30 de Enero de 1.998. Igualmente, la División de Supervisión remitió un requerimiento a la sociedad para que limitase la realización de operaciones de compraventa de valores exclusivamente a aquellas que estuviesen soportadas por patrimonios entregados por los clientes para su gestión.

La visita iniciada en Diciembre de 1.998, se limitó a la revisión de los hechos puestos de manifiesto en la visita de 1.997, por lo que se remitió a la sociedad el 10 de Diciembre, una petición de documentación referida al 30 de Noviembre de 1.998. Se verificó la posición en efectivo, contrastando la contabilidad interna y los extractos bancarios de una muestra de once clientes, que incluía al "A.V..", a 30 de Noviembre de 1.998. Ante la solicitud de entrega de los extractos bancarios, "G" aportó un documento emitido por la propia sociedad con el saldo individualizado de los citados once clientes, coincidente con las posiciones informadas, al que Bankinter prestó su conformidad, sin especificar los números de las cuentas corrientes en las que se depositaban los fondos líquidos. Se instó nuevamente a que aportaran una certificación emitida por la propia entidad bancaria, y finalmente, "G" entregó documentos individualizados por cliente en papel con membrete de Bankinter, en los que el Banco daba su conformidad a los movimientos.

Con posterioridad, se remitió a "G" un requerimiento de 23 de Diciembre de 1.998, solicitando los números de las cuentas corrientes y los extractos bancarios para la muestra de los once clientes, así como una explicación del funcionamiento de la llamada cuenta global. En su contestación, la Entidad detalló los números de cuenta corriente de cada uno de los clientes que para nueve correspondía a la cuenta global, sin aportar los extractos.

Con posterioridad se efectúa requerimiento de 3 de Febrero de 1.999, en el cual se

solicitó al Secretario del Consejo de Bankinter extracto bancario de la cuenta global, indicando su titular, y copia del contrato de apertura, extracto bancario de las cuentas afectas a gestión de los clientes de la muestra, y manifestación de validez sobre los certificados emitidos por Bankinter. Bankinter contestó a través de su departamento de auditoría interna, manifestando que nueve clientes liquidaban a través de la cuenta global y que el titular de dicha cuenta era "G". En cuanto a la validez de los certificados indicó que diversos movimientos que no figuraban en sus registros habían sido tramitados a través de otra sociedad.

El 3 de Febrero de 1.999 tuvo lugar el envío de requerimiento a "G", solicitando una relación individualizada de las cuentas corrientes a través de las cuales se liquidaban las operaciones de compraventa de valores y las cuentas corrientes titularidad de los clientes en las que quedaban depositados los fondos vinculados al patrimonio gestionado. De la contestación de don A.C. pudo constatarse que las liquidaciones no se volcaban a otra cuenta titularidad de cada cliente, y que 778 clientes mantenían su liquidez en la cuenta global. Según los registros internos de "G", el saldo de liquidez asociado a estos clientes a 30 de Noviembre de 1.998 ascendía a 5.781.155.544 pesetas, existiendo un descuadre de 4.518.021.458 pesetas respecto al saldo de la cuenta global informado por Bankinter.

El 19 de Febrero de 1.999 se envió a "G" un requerimiento, al que la entidad contestó que el importe de 6.368.583.697 pesetas era "el importe comprometido por cada uno de los clientes en su contrato de gestión de carteras y no dispuesto, no encontrándose dicho importe en las cuentas de "G", sino parcialmente en la cuenta 111 cuyo titular es "Clientes de "G"" y el resto, en cuentas de sus clientes.

El 26 de Febrero de 1.999 se requirió a "G" para que individualizase los saldos de clientes mantenidos en la cuenta global y preparase un detalle de liquidez afecta a la gestión de carteras. De la contestación se desprendieron diferencias existentes en los saldos de liquidez para cada cliente siendo la más significativa la correspondiente al "A.V..", (1.075 millones de pesetas). "G" comunicó la apertura de cuentas individuales en el Deutsche Bank.

Mediante requerimiento de 12 de Marzo de 1.999, se solicitó que facilitasen un detalle individualizado de liquidez de clientes que según sus registros ascendían a 6.368.583.697 pesetas a 30 de Noviembre de 1.998. Los libros mayores de las cuentas contables internas de liquidez desde la fecha de apertura hasta el 30 de Noviembre de 1.998 de la muestra de once clientes y la preparación de cartas de circularización para solicitar conformidad de saldos de efectivo y valores a una muestra de doce clientes. Contestaron aportando una relación individualizada de clientes con número de cuenta bancaria afecta, cuya suma ascendía a 1.845.021.978 pesetas, así como contratos de gestión y los mayores de las cuentas contables internas de liquidez de los clientes seleccionados en la muestra inicial.

Al comprobarse que el "A.V.." concentraba una diferencia de efectivo muy importante, se dirigieron las investigaciones hacia dicho cliente:

- El 26 de Marzo de 1.999 miembros de la División de Supervisión de la CNMV realizaron

una visita al ecónomo del "A.V.", quien consideró haber entregado en gestión una cantidad superior a 1.000 millones de Ptas., remitiendo posteriormente un fax declarando que a 30 Noviembre de 1.998 tenía entregados 1.050 millones de pesetas.

- El 29 de Marzo se recibió documentación de "G", entre la que se encontraban diversas declaraciones del ecónomo afirmando, que el saldo total en gestión, a 30 de Noviembre de 1.998 en la cuenta global, ascendía a 30.831.379 pesetas, que existía conformidad con todos los movimientos gestionados a través de "G", y que el saldo en gestión ascendía, a 30 de Noviembre de 1.998, a 1.105.831.389 pesetas, desglosadas en 30.831.379 pesetas en la cuenta global y 1.075.000.000 pesetas adicionales comprometidas en gestión.

- El 6 de Abril de 1.999 personal de la División de Supervisión realizó una visita al ecónomo, quien mostró un resguardo de ingreso de un cheque de Bankinter por importe de 1.104.966.941 pesetas, correspondiente a la cancelación del saldo de gestión que el "A.V." mantenía con "G".

- El mismo día se solicitó a representantes de "G" que se personasen en la agencia de Bankinter para solicitar extracto de la referida cuenta durante el mes de Marzo de 1.999. Con dicho extracto se comprobó que el pago no se había realizado desde esta cuenta y que con fecha 12 de Marzo se había realizado un cargo por 1.474.994.945 pesetas en concepto de "cancelación de cuenta".

- El mismo día, representantes de "G" realizaron, entre otras, las siguientes manifestaciones ante personal de las Divisiones de Supervisión e Inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: que el apunte de 1.474.994.945 pesetas reflejado en la cuenta global era la cancelación de dicha cuenta, con traspaso de este importe a la cuenta 0128-0062- 43- 0104843353, cuyo titular era "Traspasos pendientes de "G"; que el 30 de Marzo de 1.999 fue emitido un talón nominativo por importe de 1.104.966.641 pesetas a favor del "A.V." como consecuencia de la cancelación de la cuenta en "G"; que dicha cantidad era la resultante de sumar al saldo del "A.V." en la cuenta global, de aproximadamente 31 millones de pesetas, la cantidad de 1.075 millones de pesetas transferidos por el cliente de sus cuentas particulares a la cuenta global en los días previos a la emisión del talón. La documentación soporte de dicha transferencia no fue aportada.

- Los días 5 y 6 de Abril de 1.999 se requirió al Banco Popular, para que confirmase una serie de extremos relativos a los movimientos de la cuenta del "A.V." en la citada entidad, confirmando el Banco Popular el cargo de cuatro cheques presentados en Bankinter y el registro de un ingreso de 1.104.966.341 pesetas, el día 31 de Marzo.

- El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su reunión del día 6 de Abril de 1.999, incoó expediente sancionador a "G", a su Consejero Delegado, don ACF y a su Director General don JRS, por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra t) del Art. 99 de la Ley 24/1.988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por la obstrucción a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el desarrollo de la visita de supervisión iniciada en Diciembre de 1.998 por los Servicios correspondientes del mencionado organismo.

- El 7 de Abril de 1.999, se requirió a Bankinter para que facilitara una serie de datos, a lo que contestó la División de Auditoría de Bankinter indicando, entre otras cuestiones, que con fecha valor 31 de Marzo de 1.999 se habían retirado 1.104.966.641 pesetas, que fueron ingresadas en el Banco Popular y que antes del pago al "A.V." no se había registrado ninguna entrada de 1.075 millones de pesetas.

- El 8 de Abril de 1.999, se requirió a Bankinter para que identificase a la persona firmante del primer certificado de saldos de clientes aportado por "G" y justificase determinados apuntes de la cuenta global, a lo que contestó que los movimientos reseñados correspondían a traspasos entre la cuenta global y otra cuenta, así como a cheques cobrados por don FSF por 95.164.940 pesetas, Bankinter declaró que "la entidad está estudiando medidas disciplinarias para los empleados que, aún sin mala fe, actuaron con negligencia en la expedición de certificados con destino a "G"."

- El 9 de Abril de 1.999, la Directora de Auditoría Interna de Bankinter comunicó que Bankinter había recibido el 7 de Abril una transferencia por 750 millones de pesetas cuyo ordenante era "G".

- El mismo día, en reunión mantenida en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación a las supuestas transferencias realizadas por el "A.V." por 1.075 millones de pesetas para que la gestora cancelase la cuenta con dicho cliente, representantes de "G" manifestaron que iban a recibir el 14 de Abril el dinero, procedente de aportaciones que tenían para suscribir una SICAV que estaba pendiente de registro en Luxemburgo, estando el dinero en el HSBC en Londres.

- El 13 de Abril de 1.999 se recibió escrito de don AC señalando "que desconoce la fiscalidad de sus clientes" y "la existencia de descubiertos técnicos de clientes". Ese mismo día se envió un nuevo requerimiento a "G" instando a que diera respuesta a los diversos requerimientos enviados. Asimismo se requirió al "A.V.." para que aportara diversa documentación derivada de su relación comercial con "G".

- El 14 de Abril se requirió a "G" para que facilitase una relación detallada de todas las cuentas corrientes abiertas a su nombre en cualquier entidad a 30 de Noviembre de 1.998, así como cualquier otra cuenta corriente a nombre de "Clientes de "G"" a la misma fecha. En la contestación, don AC insistió en que las diferencias con el total gestionado obedecían sólo a los saldos de cuentas particulares que sus clientes mantenían a su nombre y sin apoderamiento sobre las mismas por "G".

- El 15 de Abril de 1.999 fue comunicada por el Banco de España la procedencia de la transferencia recibida por Bankinter el 7 de Abril, que fue ordenada por la MPSP.

- El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en reunión extraordinaria de 16 de Abril de 1.999, adoptó los siguientes acuerdos:

"1º.- Ampliar la incoación del expediente sancionador acordada por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 6 de Abril de 1.999, a "G", a todos los miembros de su Consejo de Administración y a su Director General, don JRS, por:

a) La presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el Art. 99 letra l), en relación con la letra h) del número 1 del Art. 70, ambos de la Ley 24/1.988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores , por la inobservancia de la obligación de tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les han confiado los clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquéllos.

b) La presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra e) del Art. 99 del mismo texto legal, por carecer de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevarlos con vicios o irregularidades esenciales de tal manera que impidan conocer la situación financiera y patrimonial de la entidad.

2º.- 1. Requerir a la entidad "G", para que dé cumplimiento al requerimiento remitido por la Dirección General de Supervisión de 26 de Febrero de 1.999, y a que, en consecuencia, proceda a individualizar los fondos de la cuenta nº 0128-0062-43-0104843353 de Bankinter entre los correspondientes clientes. En tanto no se acredite ante esta Comisión Nacional del Mercado de Valores que se ha procedido a la distribución e individualización de los saldos de esta cuenta, se abstendrán de realizar disposiciones de fondos o nuevas aportaciones en dicha cuenta.

Asimismo "G", deberá proceder de inmediato a informar a Bankinter de estas medidas adoptadas, así como del alcance de la prohibición de disponer a aportar fondos a la referida cuenta, debiéndose acreditar ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores la realización de esta comunicación.

2.- En caso de que existan otras cuentas abiertas a nombre de la entidad "G" en las que estuvieran depositados fondos de terceros no individualizados, se deberá proceder de la forma indicada en el número 1 anterior."

- El mencionado acuerdo del Consejo de 16 de Abril de 1.999, fue comunicado ese mismo día a don AC, quien, mediante escrito de 20 de Abril, contestó que atendiendo al requerimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, canceló la cuenta global el 20 de Marzo de 1.999, transfiriendo el saldo a la cuenta denominada "Trasposos Clientes "G"", con objeto de traspasar los saldos individualizados de clientes a cuentas individuales en Deutsche Bank, manifestando que ya se habían traspasado saldos, siendo el resto de los traspasos inminentes una vez se hubiera obtenido la conformidad de todos los clientes.

- El 20 de Abril de 1.999 el "A.V." presentó la documentación requerida el 13 de Abril, de la que se desprende que el "A.V." hasta el 30 de Noviembre de 1.998 entregó a "G" 1.075 millones de pesetas y reembolsó aproximadamente 173 millones de Ptas..

- El mismo día se requirió a "G" para que enviasen documentación soporte del abono en la cuenta 0128-0062-43- 0104843353 de 1.075 millones de pesetas por parte del "A.V.", transferencia que sería previa a la cancelación de la cuenta de este cliente mediante cheque de 1.104.966.641 pesetas. Con fecha 22 de Abril de 1.999, "G" envió un escrito, en el que se manifestaba que la entidad había decidido la constitución de una SICAV, declarando la existencia de fondos de sus clientes radicados en el exterior sin poder de disposición directo de "G". Asimismo, se declaraba que la liquidación de la cuenta del

"A.V." se efectuó sobre la totalidad del patrimonio gestionado, comprendiendo tanto el efectivo para atender liquidaciones mediante la cuenta "353" como el efectivo afecto a gestión sin poder de disposición directo, habiendo rescatado el "A.V." la totalidad del saldo entregado a "G", reasignando la titularidad de futuras acciones de la SICAV que debería haber suscrito.

- El 21 de Abril de 1.999 se requirió a la Sociedad para que preparase cartas de confirmación de saldos de efectivo y de valores, a 30 de Noviembre de 1.998, para doce clientes, haciendo entrega de los modelos de cartas preparadas con las cifras de patrimonio gestionado facilitadas por la Sociedad Gestora en su escrito de 5 de Marzo de 1.999. El día 22 de Abril entregaron las cartas firmadas para el envío a los clientes, aunque finalmente no fueron enviadas puesto que se había alterado por "G" la redacción de las mismas.

- El 28 de Abril de 1.999 se remitió a "G" un escrito, en el que se solicitaba que aclarasen el destino de los fondos movilizados por don FSF mediante una serie de cheques al portador cobrados por ventanilla entre el 15 y el 17 de Marzo de 1.999, a lo que contestó don AC mediante escrito de 4 de Mayo, que desconocía el destino de los fondos citados. Con fecha 28 de Abril de 1.999 se envió otro escrito solicitando que envasen de nuevo las cartas de circulación ajustadas a los modelos entregados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a lo que don AC contestó mediante escrito de 29 de Abril de 1.999, aportando las cartas solicitadas conforme al modelo facilitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, habiendo sido remitidas las cartas por mensajero al día siguiente.

- El 11 de Mayo de 1.999 se envió un nuevo requerimiento a "G", en el que se volvió a requerir aclaración de la diferencia de efectivo detectada en el cliente "A.V.", a 30 de Noviembre de 1.998; se volvió a instar para que aportaran una relación individualizada de las cuentas corrientes de los clientes y de sus respectivos saldos a 30 de Noviembre de 1.998; y se les volvió a requerir para que indicaran el destino de los cheques citados. Con fecha 14 de Mayo de 1.999 contestaron que el pago al "A.V." de un importe aproximado de 1.105 millones de pesetas obedeció al rescate total de las cantidades entregadas en gestión a "G", estando incluidos en dicha cantidad los 30 millones de pesetas.

- El día 18 de Mayo de 1.999 se recibió en la Comisión Nacional del Mercado de Valores la última contestación de las doce cartas remitidas a clientes para confirmar saldos de efectivo y valores a 30 de Noviembre de 1.998. Todos los clientes mostraron su conformidad con el saldo que les corresponde en la cuenta global, según el desglose efectuado por "G".

- El día 21 de mayo de 1999 se envió a la "Financial Services Authority" una petición de información relativa a la cuenta en el HSBC a la que se refirió "G" en su escrito de 14 de mayo de 1999.

- El 26 de mayo se efectuó un requerimiento a "G" pidiendo aclaración sobre las respuestas remitidas por los clientes y solicitando que se preparasen cartas para enviar a 10 de los clientes circularizados con el objeto de que éstos aclarasen los comentarios

que incluyeron en su contestación. También se requirió a "G" relación completa de clientes, cuentas corrientes y saldos a 20 de mayo de 1999, con el fin de verificar la correcta individualización de saldos a esa fecha, información sobre la supuesta cuenta corriente en Londres, y los libros mayores de las cuentas contables de los clientes con posición deudora desde el 1 de enero de 1999 hasta el 20 de mayo de 1999, ambos inclusive. Por escrito de 3 de junio de 1999, "G" contestó al requerimiento anterior. Con referencia a la individualización de saldos de clientes, adjuntaron dos listados de clientes a 20 de mayo de 1999, uno referente a cuentas en Bankinter y otro a cuentas en Deutsche Bank, ascendiendo el saldo de efectivo a esa fecha, según estos listados, a 1.144 millones de Ptas., cantidad significativamente inferior a la que mantenían sus clientes a 30 de noviembre de 1998. Añadieron que ya se habían realizado todos los traspasos de efectivo, estando todas las cuentas individualizadas y siendo el saldo de la cuenta global "353" cero. Con referencia a la cuenta corriente en Londres afirmaron que desconocían cualquier información relativa a ese número de cuenta.

- En el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, celebrado el día 17 de junio de 1999, el Consejero encargado de la División de Supervisión elevó al Consejo una documentación que daba información sobre el destino del dinero que los clientes de "G" tenían en concepto de "cuentas afectas a gestión". Este dinero, según esta última documentación, aparecía que había sido destinado a la creación de una SICAV Luxemburguesa denominada "G".

- El 23 de junio de 1999 se remitió un nuevo escrito a "G" solicitando que especificaran en qué cuentas y en qué entidades estaba depositada la correspondiente liquidez a 30 de noviembre de 1998.

- El 2 de julio de 1999 se recibió contestación al citado requerimiento, con un desglose de las cuentas con apoderamiento de "G", que ascendían a 977 y un importe de 1.845.021.978,- de pesetas y las cuentas sin apoderamiento de "G", que sumaban 437 Y un importe de 4.486.000.000,- de pesetas, siendo el total de liquidez de 6.331.031.978,- de pesetas. Adjuntaron relación de clientes con saldo y número de cuenta bancaria de las cuentas con apoderamiento, Y aportando respecto a las cuentas sin apoderamiento, la correspondiente relación sin especificar el número de cuenta bancaria.

- El 15 de julio de 1999 el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dio instrucciones de que se trasladara el expediente a un equipo mixto de técnicos de Supervisión y de la Unidad de Vigilancia de los Mercados dirigido por el Jefe de esta última.

- El 16 de julio de 1999 se requirió a "G" para que obtuviese un certificado de la liquidez de los clientes depositada en Bankinter al 31 de diciembre de 1998 que, según información remitida a la CNMV en el estado reservado G04, ascendía a 6.336 millones de pesetas.

- El 21 de julio de 1999 se recibieron las cuentas anuales con el informe de auditoría firmado por Deloitte & Touche, que presentó una opinión favorable sin salvedades. En el balance de la sociedad a 31 de diciembre de 1998 se registraba, dentro de las cuentas de riesgo y compromiso, el efectivo de clientes gestionado por importe de 6.361 millones

de Ptas.

- El 26 de julio de 1999 se recibió contestación al requerimiento de 16 de julio, indicando que en el estado reservado señalado se incluía el saldo de cuentas de clientes afectas a gestión sobre las que "G" no tenía poder de disposición y que Bankinter no podía certificar el saldo mencionado en el requerimiento, pues en la cuenta 0128-006244-0103740111 sólo se hallaba parte del saldo de liquidez afecto a la gestión.

Entre el 11 de noviembre y el 17 de diciembre de 1999 se realizó por el nuevo equipo designado una visita de supervisión, cuyo objeto era realizar una comparación entre las posiciones de los clientes obtenidas de los registros contables de la sociedad y las que se dedujeran de las certificaciones expedidas por las entidades depositarias de valores y efectivos, a fecha 8 de noviembre de 1999. El informe que se elaboró a la finalización de dicha visita puso de manifiesto que la sociedad mantenía en La Caixa, una cuenta corriente cuyo importe ascendía a 3.949 millones de pesetas, en la que estaba depositada la mayor parte del efectivo propiedad de los clientes, estando dicho efectivo depositado en una cuenta única, en lugar de en cuentas individuales abiertas a nombre de cada cliente, aunque La Caixa había certificado conocer el desglose de titularidades a través de información suministrada por la propia sociedad. "G" se comprometió a que los saldos de efectivo de los clientes estarían depositados en cuentas individualizadas antes del día 31 de marzo de 2000.

- Los registros contables reflejaban una liquidez de 1.133 millones de pesetas. Al comparar dicho saldo contable con los certificados emitidos por las entidades financieras depositarias se observó que, para un grupo determinado de clientes, los saldos contables eran superiores en 141 millones de pesetas a las posiciones certificadas por las entidades depositarias; mientras que para otro grupo de clientes las posiciones certificadas por las entidades depositarias eran superiores a los saldos contables en 80 millones de pesetas.

Durante los días comprendidos entre el 3 y el 17 de abril de 2000 se realizó una nueva visita, cuyo resultado fue el siguiente: La cartera de valores, al cierre de la contabilidad, estaba valorada por la sociedad en 3.840,8 millones de pesetas y se encontraba depositada a través de diversas entidades depositarias, de las que se obtuvieron certificados acreditativos de que los valores se encontraban registrados a nombre de los clientes de la sociedad. Además la liquidez de los clientes, conforme a los estados de posición de la sociedad a la fecha de referencia, ascendía a 4.989,2 millones de pesetas.

- Al realizar la auditoría de las cuentas anuales de 1999, los auditores de "G" Deloitte & Touche circularizaron a 33 clientes las posiciones que, a 31 de diciembre de 1999, mantenían con la sociedad, concluyéndose que respecto al 20% del patrimonio gestionado a 31 de diciembre de 1999, sus propietarios se mostraban conformes tanto con el importe como en los activos en que se encuentra materializado. Además, el Informe de auditoría no contenía salvedad alguna.

Constata también la Resolución impugnada que, se están siguiendo actuaciones penales ante el Juzgado Central de Instrucción N° 3 de la Audiencia Nacional sobre la autenticidad de la documentación aportada a la CNMV durante la visita de noviembre

de 1999.

- El expediente sancionador citado anteriormente terminó por Resolución del Consejo de la CNMV de 13 de julio de 2000 por la que se sancionaba a "G" a don AC y a don JRS por la comisión de dos infracciones graves tipificadas en las letras c) y b) del artículo 100 de la Ley del Mercado de Valores, al haberse detectado irregularidades contables esenciales y no haberse remitido en plazo la documentación requerida.

- Una vez convertida en Agencia de Valores y con fecha 31 de enero de 2001 se remitió a la interesada escrito, con objeto de verificar la marcha de otras exigencias de la agencia para un momento posterior a la inscripción de la transformación, y en particular, de la entrada de un 25% de la Fundación Once en el capital de la Holding. A dicho requerimiento, contesta el 5 de febrero de 2001 la entidad, mediante carta de fecha 2 de febrero de 2001, confirmando la vigencia de todos los compromisos asumidos en su carta de 3 de julio de 2000.

La sociedad "G" fue intervenida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores mediante Acuerdo del Consejo de este organismo, adoptado en sesión extraordinaria celebrada el día 14 de junio de 2001, en atención a la imposibilidad de conocer la situación económico-financiera en la que se encuentra la sociedad, y en el Acuerdo de intervención se fijan como hechos fundamentales para justificar el mismo, los recogidos en la Resolución impugnada, a saber:

" -Con fecha 19 de abril de 2001 Y como consecuencia de los análisis de los estados financieros remitidos a la CNMV por "G" correspondientes al mes de febrero de 2001, la Dirección General de Supervisión remitió un requerimiento a "G" solicitando información relativa a las incidencias detectadas, fundamentalmente al cumplimiento del coeficiente de liquidez y al depósito de los de saldos de efectivo en Entidades de Crédito por cuenta de sus clientes de gestión de cartera, que ascendían a la cantidad de 6.995 millones de pesetas. Dicho escrito fue parcialmente contestado por la entidad. En una de las contestaciones de la misma, en concreto en la de 25 de mayo de 2001, aportaban un certificado emitido por La Caixa relativo a 4.342 millones de pesetas correspondiente a saldos de clientes de "G".

Tras haber contactado telefónicamente en diferentes ocasiones con los responsables de "G", al objeto de que aportaran el resto de la información solicitada y ante la ineficacia de dichas gestiones, con fecha 11 de junio se remitió nuevo requerimiento por la Dirección en el que, entre otros extremos, se solicitaba que ampliaran el contenido del certificado emitido por La Caixa remitido con fecha 25 de mayo de 2001, así como que aportasen la certificación pendiente de recibir por importe de 2.615 millones de pesetas.

- A fecha de vencimiento (el plazo dado para aportar dicha documentación vencía el 12 de junio de 2001) y fuera del horario del Registro Oficial de la CNMV, la entidad aportó un sobre conteniendo su respuesta al requerimiento citado, sin que se aportasen los certificados descritos. Durante el día 13 de junio de 2001 se instó en reiteradas ocasiones a los responsables de la entidad a que aportaran los originales de dichos certificados y se mantuvo con ellos una reunión en los locales de la CNMV. En dicha reunión don AC se comprometió a aportar al día siguiente el certificado emitido por la entidad bancaria en

la que se encontraban depositados los 2.615 millones de pesetas.

- En la mañana del 14 de junio de 2001, la entidad aportó un certificado emitido por un apoderado no identificado del Banco Santander por importe de 2.607 millones de pesetas. Ante las dudas sobre la autenticidad de dicho certificado, la CNMV solicitó a la entidad emisora acreditación de su autenticidad, solicitando asimismo a La Caixa que acreditase la autenticidad del certificado por importe de 4.342 millones de pesetas.

- Durante la tarde del día 14 de junio de 2001, Banco Santander y La Caixa remitieron a la CNMV sendos escritos en los que manifestaban no haber emitido los certificados aportados por "G".

El mismo Consejo de 14 de junio de 2001, adoptó también el acuerdo de intervenir la entidad "GG., SGII C S.A.", en la que concurrían las circunstancias de excepcional gravedad en atención a las coincidencias societarias, accionariales, y de dirección entre ésta y "G", conllevando la concurrencia de las indicadas circunstancias entre una y otra sociedad un riesgo cierto de comunicación de la insolvencia que, en su caso, pudiera sufrir la Agencia de Valores.

El Consejo adoptó también el acuerdo de dar traslado de los hechos que motivaron la adopción de estas medidas de intervención al Ministerio Fiscal por si dichos hechos fueran constitutivos de delito, así como, en su caso al Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional.

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) incoó expediente sancionador en relación con los trabajos de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2000 de la entidad "G", expediente donde recayó resolución sancionadora por una infracción grave. Igualmente señala que mediante acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de octubre de 2001, de resolución del procedimiento de declaración de incumplimiento de "G", se declaró, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y 5 del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre Sistemas de Indemnización de los Inversores y al amparo de la disposición final cuarta del citado Real Decreto, que la empresa de servicios de inversión "G", no puede, a la vista de los hechos de que ha tenido conocimiento la propia Comisión y por razones directamente relacionadas con su situación financiera, cumplir las obligaciones contraídas con los inversores.

**TERCERO.-** Los recurrentes presentaron reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Economía, por las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de lo que, a su entender, había sido una incorrecta actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) en relación con lo que denominan "desfase patrimonial o "agujero" de la agencia de valores "G". Ante el silencio de la Administración, acudieron a la vía jurisdiccional, donde su pretensión indemnizatoria fue desestimada por la sentencia ahora impugnada.

Siguiendo el criterio ya establecido por la propia Sala de instancia en otros dos asuntos similares resueltos por sentencias de 21 de abril de 2004 y 21 de julio de 2005, la sentencia impugnada considera que no concurren los requisitos de la responsabilidad

patrimonial de la Administración y, en concreto, que la actuación de la CNMV en ese episodio no fue negligente ni ineficaz. Esta apreciación, a la que se llega tras un muy minucioso relato de los hechos, se basa en cuatro consideraciones: A) La intervención de las entidades de crédito está legalmente configurada como una medida excepcional, por lo que la CNMV la adoptó sólo cuando la situación alcanzó, a su juicio, una extremada gravedad. B) La CNMV había llevado a cabo una ininterrumpida actuación de supervisión e inspección sobre la agencia de valores "G". C) El informe del auditor del año 1999 era globalmente positivo. D) La transformación de "G" en agencia de valores, aprobada por la CNMV pocos meses antes de su intervención, impuso a aquélla una serie de obligaciones y controles a los que antes no estaba sometida. Además, los recurrentes concertaron contratos de depósito remunerados con "G", que ésta no estaba autorizada a realizar.

**CUARTO.-** Se basa este recurso de casación en cuatro motivos, formulados todos ellos al amparo de la letra d) del art. 88.1 LJCA, salvo el primero que lo hace al amparo de la letra c) del mismo precepto legal.

Antes de abordar su examen, sin embargo, conviene observar que este recurso de casación es muy similar al recurso de casación nº 5921/2004, que fue resuelto por sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009 . Es cierto que los motivos en que se basaba aquel recurso de casación eran formalmente distintos de los que ahora se formulan; pero sustancialmente los reproches que entonces se hacían a la sentencia de instancia, que también había desestimado una pretensión indemnizatoria por daños atribuidos a la actuación de la CNMV con respecto a "G", eran los mismos que se recogen en el recurso de casación que ahora se examina. Así, dado que esta Sala ya se ha pronunciado sobre la actuación de la CNMV en el episodio de "G", habrá que hacer amplias remisiones a lo que entonces se dijo.

**QUINTO.-** En el motivo primero, se alega infracción de los arts. 24 y 120 CE , del art. 67 LJCA y del art. 218 LEC. Sostienen los recurrentes que la sentencia impugnada adolece de motivación insuficiente y de incongruencia.

La motivación insuficiente se produce, a su entender, por no haber dado respuesta a la cuestión, planteada en su demanda, consistente en por qué la CNMV no inició expediente sancionador ni acordó la intervención en una serie de momentos anteriores, que se enuncian y que -siempre según los recurrentes- eran más que idóneos para ello.

La incongruencia, por su parte, se produce, a juicio de los recurrentes, en tres puntos. Primero, la sentencia impugnada afirma que la CNMV carece de "facultades compulsivas" para recabar datos y, sin embargo, afirma también que la CNMV requirió información a varias entidades bancarias que no están bajo su supervisión. Segundo, la sentencia impugnada considera relevante la elección de "G" por parte de los recurrentes, lo que no casa con la motivación por remisión a la sentencia de 13 de marzo de 2003 . Tercero, la sentencia impugnada afirma, en distintos pasajes, tanto que cabe como que no cabe la responsabilidad patrimonial por omisión del ejercicio de sus funciones por la CNMV.

Pues bien, comenzando por la alegación de insuficiente motivación, no hay tal. que en la demanda se enumere una serie de momentos en que, a juicio de los recurrentes, la

CNMV habría debido iniciar expediente sancionador o acordar la intervención no significa que el órgano judicial deba responder particularizadamente por qué, en cada uno de esos momentos, no pesaba sobre la CNMV un ineludible deber jurídico de iniciar expediente sancionador o de acordar la intervención. Incluso pasando por alto que la ley otorga a la CNMV un no desdeñable margen de apreciación en el ejercicio de sus funciones, es lo cierto que la sentencia impugnada explica satisfactoriamente por qué no considera que la CNMV actuara con retraso; y ello porque, tras un análisis sumamente detallado de todo lo sucedido, dice de manera inequívoca que la intervención "tiene carácter excepcional y fue tomada cuando se constató la excepcional gravedad de la situación"

Se puede estar o no de acuerdo con esta apreciación hecha por la Sala, pero no cabe razonablemente negar que constituya una motivación clara sobre la tempestividad de la actuación de la CNMV.

En cuanto a la incongruencia denunciada, no hay incoherencia en la argumentación de la sentencia impugnada, ni menos aún falta de correspondencia entre lo pedido y lo resuelto. Efectivamente, la posibilidad de exigir información, bien a personas supervisadas bien a terceros, no implica automáticamente tener "facultades compulsivas": éstas sólo existen cuando la Administración puede obtener los datos incluso contra la voluntad del investigado, mediante el uso de la coacción; algo que no ocurre en el presente caso. Tampoco hay inconsistencia en lo dicho acerca de la elección de "G" por los recurrentes, ya que la circunstancia de que la sentencia impugnada haga remisiones a otra sentencia anterior no excluye la posibilidad de tomar en consideración, además, circunstancias específicas de este caso. Y no es ajustado a la realidad, en fin, que la sentencia impugnada afirme y niegue a la vez que el comportamiento omisivo de la CNMV pueda dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración: más allá de frases extraídas de contexto, es lo cierto que el notable esfuerzo argumentativo de la sentencia impugnada se dirige, principalmente, a mostrar cómo la CNMV no incurrió en una dejación negligente de sus funciones; argumentación que no tendría sentido si se creyera que el comportamiento omisivo de la CNMV no podría nunca dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por todo lo expuesto, el motivo primero de este recurso de casación debe ser desestimado.

**SSEXTO.-** En el motivo segundo, se alega infracción del art. 60 LJCA , de los arts. 319 y 326 LEC y del art. 24 CE . Sostienen los recurrentes que la valoración de la prueba recogida en la sentencia impugnada es ilógica y arbitraria, porque de los hechos se desprende que la CNMV habría debido iniciar expediente sancionador y acordar la intervención antes de cuando lo hizo, sobre todo si se tiene en cuenta que unos meses antes aprobó la transformación de "G" en agencia de valores.

Esta cuestión ya fue examinada por la arriba mencionada sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009 . Se dijo entonces:

Desde estas consideraciones y por lo que se refiere al motivo primero, en el que la parte sostiene que la intervención de "G" se acordó por la Administración de forma tardía en

junio de 2001, cuando el supuesto de hecho determinante de la misma existía al menos desde diciembre de 1998, señalando la ineficacia de las actuaciones llevadas a cabo por la CNMV durante ese periodo de tiempo, conviene tener en cuenta el alcance de dicha medida, que el art. 107 de la Ley del Mercado de Valores (LMV ) permite, por remisión a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en cuyo art. 31 establece que:

"1. Únicamente cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podrá acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección. Estas medidas se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada.

2. Lo dispuesto en el núm. 1 de este artículo será también aplicable en aquellos casos en que, existiendo indicios fundados de que concurra la situación de excepcional gravedad a que el mismo se refiere, la verdadera situación de la entidad de crédito no pueda deducirse de su contabilidad.

3. Las medidas de intervención o sustitución a que se refiere este artículo podrán adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o con independencia del ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que se produzca alguna de las situaciones previstas en los dos números anteriores."

Como ya hemos indicado en la citada sentencia de 16 de mayo de 2008 , resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la misma Sala de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2003 a la que se refiere la aquí recurrida, dicha facultad de intervención se configura como una medida verdaderamente extraordinaria, que sólo puede y debe adoptarse cuando la entidad se encuentre en la situación excepcional que se describe en el precepto, a cuyo efecto la CNMV, como órgano competente, goza del margen de apreciación necesario para evaluar las circunstancias del caso de acuerdo con su experiencia y conocimientos técnicos, ponderando la conveniencia y oportunidad de llevar a cabo aquellas actuaciones que aconseja el prudente ejercicio de una facultad de incidencia tan importante en el mercado de valores como es la intervención de una empresa operadora, de manera que el art. 31 de la LDIEC "sólo impone un deber jurídico de intervenir a la CNMV en aquellos casos en que sea absolutamente evidente que no cabe adoptar otra medida alternativa".

En este caso la actuación de la CNMV sobre "G" se ha mantenido de manera constante desde 1995, llevando a cabo sucesivas visitas de inspección y subsiguientes requerimientos, con el resultado que señala la sentencia de instancia, que se ha reflejado antes, y que también señala la propia recurrente, la cual en su reclamación refiere a febrero de 1999 el momento en que la CNMV detecta el descuadre de aproximadamente 4.500 millones de pesetas, desde cuya fecha se suceden las actuaciones de la CNMV que se han descrito antes, con reiterados requerimientos a "G", respuestas de la entidad y compromisos que no satisfacen las exigencias de la CNMV, cuyo Consejo acuerda el 6 de abril de 1999 la incoación de expediente sancionador a la entidad, Consejero Delegado y Director, por infracción muy grave de obstrucción a la actuación inspectora durante la visita de inspección iniciada en diciembre de 1998, y el

16 de abril de 1999, en reunión extraordinaria, amplía el expediente a la infracción muy grave por inobservancia de la obligación de tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les han confiado sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquellos, y a otra infracción muy grave por carecer de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevados con vicios o irregularidades esenciales de tal manera que impidan conocer la situación financiera y patrimonial de la entidad. En la misma sesión se reiteró el cumplimiento de un requerimiento anterior para que la entidad procediera a individualizar los fondos de determinada cuenta entre los correspondientes clientes, debiéndose abstener, entre tanto no se acredite ante la CNMV que se ha procedido a dicha individualización, de realizar disposiciones de fondos o nuevas aportaciones en dicha cuenta. Se suceden los requerimientos y respuestas de la entidad, con nueva visita en noviembre de 1999, en la que se efectúan distintas apreciaciones sobre la materialización del patrimonio gestionado en diversas cuentas, incluida una global por importe de 3.949 millones de pesetas, aunque se mantienen descuadres no aclarados, comprometiéndose la entidad a subsanar los mismos y a depositar el patrimonio de cada cliente en cuentas individualizadas a fecha 31 de marzo de 2000, a cuyo efecto en visita de inspección girada entre el 3 y 17 de abril de 2000, se valora positivamente las justificaciones dadas por la entidad sobre el patrimonio gestionado y el depósito de las cantidades líquidas en cuentas individualizadas de los clientes, quedando a cero el saldo de la citada cuenta global y valorando el esfuerzo hecho para eliminar debilidades en los procedimientos detectadas con anterioridad, aunque se indica la necesidad de mejorar distintos aspectos, recogiendo igualmente aportación de informes de la auditoría de cuentas sin salvedad alguna y reflejándose en la resolución sancionadora de 13 de julio de 2000, que se excluye la infracción a que se refería la ampliación del expediente de 16 de abril de 1999 al valorar la voluntad de la entidad de cumplir con lo requerido, de manera que "al 31 de marzo de 2000 la totalidad de los valores y liquidez de clientes está depositada en cuentas desglosadas e individuales de estos con apoderamiento para la sociedad gestora", y es con ocasión del requerimiento efectuado el 19 de abril de 2001, motivado por los primeros datos proporcionados tras la inscripción de la entidad como Agencia de Valores, referido al cumplimiento del coeficiente de liquidez y al depósito de los saldos de efectivo por cuenta de sus clientes de gestión de cartera, que ascendían a 6.995 millones de pesetas, cuando la entidad aporta el 25 de mayo certificado de La Caixa relativo a 4.342 millones de pesetas y el 14 de junio de 2001 certificado del Banco Santander por importe de 2.615 millones de pesetas, ofreciendo este último dudas sobre su autenticidad, por lo que la CNMV solicitó de ambas entidades su acreditación, respondiendo en la tarde de dicho día 14 de junio de 2001 señalando que no habían emitido tales certificados, procediendo el mismo día el Consejo de la CNMV a adoptar el acuerdo de intervención de "G".

Se desprende de todo ello, que la adopción de la medida de intervención por la CNMV en dicha fecha y no otra anterior es el resultado de la ponderación de las sucesivas actuaciones sobre la entidad, en un ejercicio razonable de las facultades que al efecto le atribuye el invocado art. 31 de la LDIEC, que no puede entenderse desvirtuado por una apreciación de la situación financiera de la entidad que no era cierta, pues ello fue consecuencia de la actuación falsaria de los directivos de la misma y una entidad de crédito, que presentaron certificaciones atribuidas a la correspondiente entidad bancaria que no respondían a la realidad, lo que no se apreció en ese momento sino transcurrido

el tiempo en virtud de la correspondiente persecución penal que ha dado lugar a condena en sentencia de la Audiencia Nacional (no firme) de 25 de marzo de 2008 , no sólo respecto de los directivos de la Agencia de Valores sino de los de la Agencia de la Entidad de Crédito autores de tales documentos, que llevaron en su momento al órgano de control a apreciar una situación financiera de la entidad inspeccionada que no era cierta, órgano que llevó a cabo múltiples actuaciones encaminadas a la averiguación y corrección de la situación financiera de la entidad intervenida, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, y adoptando la medida de intervención cuando se comprobó la actuación falsaria de la entidad, permitiendo apreciar la gravedad de la situación y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando.

No se aprecia, por lo tanto, la infracción que se denuncia en este primer motivo de casación, que debe desestimarse.

Y con respecto a la transformación en agencia de valores, se dijo:

El cuarto motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley procesal, se refiere a la infracción del art. 67.1 de la Ley del Mercado de Valores , alegando que no debió autorizarse la transformación de "G" en Agencia de Valores, cuando el socio mayoritario carecía de la honorabilidad empresarial y profesional exigida por la ley, no siendo aceptable justificar una promoción de categoría para así aumentar el control administrativo y solucionar los problemas de la entidad.

Tampoco este motivo puede prosperar, pues la autorización de "G" como Agencia de Valores constituye un acto administrativo que no es objeto de impugnación en este proceso y por lo tanto no puede cuestionarse en su validez, que se presume según el art. 57 de la Ley 30/92 y, por otra parte, tampoco puede cuestionarse desde el punto de la oportunidad de tal autorización por la CNMV, ya que como indica la exposición de motivos de la Ley del Mercado de Valores, la obtención de la autorización tiene carácter reglado y únicamente puede ser denegada por incumplimiento de los requisitos previstos en la ley y en las disposiciones que la desarrollan, lo cual, como acabamos de decir, no puede discutirse en este proceso.

Por otra parte, las referencias que se recogen en la sentencia de instancia respecto del mayor control ejercido sobre la entidad en su funcionamiento como Agencia de Valores, no trata de justificar la autorización de la misma sino de poner de manifiesto que con ello no se reduce la acción de la CNMV sobre la misma y el control sobre sus actividades, de manera que ninguna incidencia tiene dicha transformación a los efectos aquí pretendidos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En consecuencia tampoco es de apreciar la infracción que se denuncia en este motivo, que por lo tanto debe ser desestimado.

Todo ello es perfectamente aplicable al presente caso, dando cumplida respuesta a lo planteado por los recurrentes en el motivo segundo de este recurso de casación, que debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** En el motivo tercero, se alega infracción de los arts. 139 y siguientes de la

LRJ-PAC , así como de los arts. 9, 106 y 149.1.18 CE . Sostienen los recurrentes que la sentencia impugnada habría debido declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños que, a su juicio, les ha ocasionado la actuación de la CNMV con respecto a "G".

Como tuvo ocasión de explicar pormenorizadamente la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2008, también relativa a una reclamación de responsabilidad de la Administración por una pretendida actuación tardía de la CNMV, en los supuestos en que la producción del daño se atribuye a una inactividad u omisión, es preciso demostrar que sobre la Administración pesaba un deber jurídico de actuar o, en su caso, de hacerlo antes del momento en que lo hizo. Pues bien, habida cuenta de que en el presente caso, como ha quedado expuesto más arriba, la actuación de la CNMV no puede ser tachada de intempestiva ni, más en general, de inadecuada, es claro que no cabe objetivamente imputar el daño sufrido por los recurrentes a la Administración. En otras palabras, no existe nexo causal entre la omisión de unas determinadas decisiones, que la CNMV no estaba obligada a tomar en el momento que señalan los recurrentes, y la pérdida patrimonial padecida por éstos.

De aquí que el motivo tercero de este recurso de casación haya de ser desestimado.

**OCTAVO.-** En el motivo cuarto, se alega infracción del art. 5 del Real Decreto 2119/1993 y de los arts. 7 y 15 del real Decreto 1398/1993 . Sostienen los recurrentes que la CNMV no utilizó tempestivamente todas las facultades que, en materia sancionadora, le otorgan los citados preceptos reglamentarios, insistiendo de nuevo en que aquélla tiene una "potestad coercitiva de investigación".

Todo esto no es, en el fondo, sino reproducción de lo ya alegado en el motivo segundo. Ya se ha visto que no cabe reprochar a la CNMV actuación intempestiva, ni dejación de sus funciones. Así, dado que no estaba obligada a ejercer su potestad sancionadora antes del momento en que lo hizo, no cabe apreciar vulneración alguna de las normas invocadas.

Y por lo que hace específicamente a la pretendida capacidad de coerción, hay que recordar lo que se dijo en la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009 :

En el segundo motivo de casación, también al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , se denuncia la infracción de los arts. 84 y 85 de la Ley del Mercado de Valores , entendiéndose que la Sala de instancia yerra al limitar indebidamente las potestades de supervisión e inspección a la mera recepción pasiva de la información remitida por los operadores del mercado y, en todo caso, a la sanción por la falta de entrega de dichos informes, y ello por dos motivos: porque no se deduce del tenor literal del art. 85 LMV y porque las actuaciones de inspección y forma de efectuarla debe interpretarse sistemáticamente de acuerdo con la finalidad de la potestad establecida en el art. 13 de la LMV . Razona sobre el alcance de las previsiones del referido art. 85 y concluye que no puede compartir la conclusión del Tribunal a quo, respecto que la CNMV actuó de forma diligente entre los años 1995 y la fecha de la intervención el 14 de junio de 2001, ya que conocía desde la inspección de 1995 que "G" no gestionaba la cartera de valores de sus clientes y carecía de evidencia sobre el destino que estaba

dando a los fondos recibidos, por lo que debió asegurarse que el riesgo no se extendiese a más inversores, incoando expediente sancionador y adoptando medidas cautelares, limitándose a efectuar requerimientos durante seis años, permitiendo con su pasividad la situación de riesgo, produciendo finalmente el daño, no estando justificado tampoco que no se intensificara la investigación a partir de 1995, entendiéndose y razonando que no fue oportuna la sustitución del equipo de inspectores en 1999.

Se cuestiona en este motivo el alcance de las facultades de supervisión e inspección de la CNMV, a lo que ya dimos respuesta en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2008, en la que señalamos que: "Las potestades de inspección sólo habilitan a la Administración para investigar hechos, sin que ello comporte automáticamente que la Administración puede hacer uso de cualesquiera instrumentos que reputa útiles para esclarecer los hechos. El art. 39.1 de la Ley 30/1992 es inequívoco en esta materia:

"Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley". Lo que la Administración puede exigir a los particulares en ejercicio de sus potestades inspectoras es únicamente aquello que la ley prevea en cada supuesto. Tan es así que cuando la ley quiere que la Administración pueda entrar en locales aun sin el consentimiento del interesado, lo dice expresamente.

Así, por ejemplo, el art. 40 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007 otorga al personal habilitado de la Comisión Nacional de la Competencia la facultad de "acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas"; y algo similar preveía el art. 34 de la anterior Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989. Nada de esto, en cambio, se encuentra en el art. 85 LMV, por lo que tiene toda la razón la sentencia impugnada cuando afirma que la potestad inspectora de la CNMV "no incluye facultades coercitivas de investigación, de suerte que su actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles pongan a su disposición, pudiendo ejercer potestades sancionadoras en caso de ocultación u obstrucción, pero no ostentando facultades compulsivas en la recabación de datos".

Ha de entenderse que ello no significa desconocer las facultades que el art. 85 de la LMV reconoce a la CNMV sino referir su alcance y con ello el ejercicio por dicha Comisión, que no se limita a la mera recepción pasiva de la información remitida y que es lo que se pone en cuestión por la parte recurrente, cuyo planteamiento no puede acogerse, pues como ya se ha indicado antes la actuación sobre "G" fue continua desde 1995, se efectuaron numerosas visitas de inspección, se recabó la documentación correspondiente no solo de la misma sino de otras entidades, se incorporaron auditorías, se efectuaron múltiples requerimientos no solo recabando justificaciones documentales sino instando la corrección de las irregularidades apreciadas o la abstención de determinadas operaciones y se ejerció la potestad sancionadora frente a las conductas constitutivas de infracción según la ley. Considera el recurrente insuficientes las actuaciones de la CNMV e inoportuna la sustitución en junio de 1999 del equipo de inspectores, pero tales valoraciones personales no pueden sustentarse en el conocimiento del resultado que finalmente tuvo todo el proceso, sino que la

razonabilidad y proporcionalidad del ejercicio de sus facultades por la CNMV ha de valorarse en atención a las circunstancias concurrentes al momento en que se tenían que adoptar, a las que no resultan ajenas la actitud de la entidad en la aportación de justificaciones documentales, después objeto de persecución penal, e incluso de los clientes de la misma, que en ningún momento presentaron denuncias sobre la gestión patrimonial encomendada y, por el contrario, en los casos que fueron objeto de concreto seguimiento mostraron su conformidad en cuanto a la gestión de sus patrimonios, de manera que no se proporcionaron datos o elementos que justificasen una actuación distinta del órgano supervisor.

Por todo ello, tampoco se aprecia la infracción que se denuncia en este motivo de casación, que debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, también este motivo cuarto de este recurso de casación ha de ser desestimado.

**NOVENO.-** Con arreglo al art. 139 LJCA , la desestimación de todos los motivos del recurso de casación lleva aparejada la imposición de las costas a la parte recurrente. Teniendo en cuenta las características del asunto, se fija un máximo de mil euros para las costas que el Abogado del Estado puede repercutir sobre cada uno de los recurrentes.

## **FALLAMOS**

**PRIMERO.-** No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don MRD, don MRM y las entidades mercantiles "C.R., S.A", "T.C., S.A.", y "R., S.L.". contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2005 .

**SEGUNDO.-** Imponemos las costas a los recurrentes, hasta un máximo de mil euros a cada uno de ellos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.