

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº:** 495/2011

**Ponente:** D. Eduardo Menéndez Rexach

**Acto Impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de junio de 2011.

**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a trece de noviembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido GESTIGROUP CONSULTORES DE FINANZAS Y TRIBUTOS S.L., representada por el Procurador don C.P.C., contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre responsabilidad patrimonial del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Iltmo. Sr. D. Eduardo Menéndez Rexach.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Hacienda, y es la desestimación, por silencio, de su solicitud para ser indemnizado por el Estado.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso administrativo, inicialmente ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al 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, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

**CUARTO.-** Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora con el resultado que obra en autos; una vez terminada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 6 de Noviembre de 2011 en el que, efectivamente, se votó y falló.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso tiene por objeto la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de Junio de 2011, por la que se rechaza la solicitud de la recurrente para ser indemnizada con cargo al Estado por el funcionamiento de los servicios.

**SEGUNDO.-** La sociedad recurrente solicita que se anule la resolución y se declare la responsabilidad patrimonial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) por los daños provocados como consecuencia de los hechos referidos en la demanda y se declare en consecuencia su derecho a recibir una indemnización por importe de 514.450€.

En defensa de su pretensión, cita los arts 106.2. de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre y alega que la solicitud presentada ante la Administración se fundaba en que

los hechos que dieron lugar al vaciado patrimonial operado por los gestores de La Seda de Barcelona, que detalla en la demanda y que consistieron en la entrega del patrimonio a terceros mediante operaciones ficticias, no se habrían producido si la CNMV y el ICAC hubieran ejercido las funciones supervisoras, protectoras del accionista, sancionadoras y de velar por la transparencia de los mercados que les atribuyen la Ley 24/88, del mercado de valores y la Ley 19/88, de Auditoría de cuentas, respectivamente; como consecuencia de la omisión del deber de actuar por parte de los dos órganos mencionados ha sufrido un perjuicio que calcula en 1.402€ por acción, que arroja un total de 514.450€.

**TERCERO.-** La representación de la Administración demandada, por su parte, alega que el perjuicio económico invocado no resulta atribuible en modo alguno a los organismos mencionados, cuya actividad fue ajustada a derecho, sino que la inadecuada actuación de los gestores de La Seda de Barcelona determina la ruptura de cualquier nexo de causalidad que pudiera existir entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado dañoso lo que determina la falta de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, por lo que solicita que se desestime el recurso y se confirme la resolución impugnada.

**CUARTO.-** La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos viene proclamada por el art. 106.2. de la Constitución y su desarrollo se contiene en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Según ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, como la de 11 de Mayo de 1999, que cita otras anteriores, "...los particulares acreditan desde luego derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, según determina el artículo 106.2 de la Constitución española, con el cual coincide, aunque explicita más, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, siendo a su vez de contenido similar el 139 de la Ley 30/92; que, además, la responsabilidad patrimonial del Estado, puede derivar de cualquier hecho o acto enmarcado dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, resultando indiferente que esté o no ajustado al ordenamiento y, en fin, que para haber lugar a declarar aquella responsabilidad, deviene necesario el cumplido acreditamiento de la efectividad de un daño individualizado y evaluable económicamente, cuya imputación individual no deba soportar el administrado, y, por último que exista una relación de causa a efecto entre la actuación administrativa y el daño producido, erigiéndose éste nexo causal en elemento fundamental y "sine qua non" para declarar procedente la responsabilidad patrimonial".

**QUINTO.-** Las cuestiones que se plantean en el presente recurso han sido ya examinadas y resueltas en sentido contrario a las pretensiones de la demandante, por la sentencia de esta Sala, sección 6ª, de 26 de Septiembre de 2012, en el recurso interpuesto por la "Asociación Unidos por la Seda" en términos idénticos a los de este recurso en los que la propia demandante llegó a solicitar la acumulación, por lo que, por razones de seguridad jurídica, (la resolución impugnada es única en ambos casos) procede desestimar el recurso con base en los Fundamentos jurídicos de la sentencia de referencia que, a continuación se exponen:

**"CUATRO:** *Es cierta la afirmación actora en orden a que la cuestión que se dilucida no puede*

radicar en su resolución sobre la idea de la actuación diligente o negligente de la CNMV o del ICAC, pues como hemos dicho, la responsabilidad es de carácter objetiva, y nace tanto del funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos. Este aspecto aparece también recogido en la antes citada sentencia de 20 de octubre de 1997, en cuyo fundamento jurídico cuarto podemos leer: "... no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de aquella actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario demostrar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos..."

La cuestión radica por tanto en dos elementos: A) ámbito del servicio público encomendado a la CNMV y al ICAC, y B) nexo causal entre la acción u omisión de éstos y el resultado dañoso.

La Ley 24/1988 en su artículo 14 configura la CNMV como un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada, sometida en el ejercicio de sus funciones públicas a la propia Ley y disposiciones que la desarrollen y a la Ley de Procedimiento Administrativo de forma subsidiaria.

Por su parte el artículo 13 dispone la creación de la CNMV, a la que se encomienda, en lo que ahora interesa, la supervisión e inspección de los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, velará así mismo por la transparencia del mercado de valores, la correcta formación de precios y la protección de los inversores.

Es pues la CNMV un órgano de regulación del mercado de valores a la que se encomienda la supervisión e inspección del mismo, y tal es el servicio público cuya atención le viene atribuida.

Por su parte el artículo 85 de la citada Ley en su redacción dada por la Ley 37/1998 determina las potestades que a la CNMV se atribuyen para el cumplimiento del servicio público encomendado, cuales son las de recabar información y realizar las correspondientes inspecciones a fin de comprobar la veracidad de la información, debiendo estar a su disposición, los libros, registros y documentos oportunos - siendo sancionable la ocultación -. Igualmente se reconoce en el artículo 89 de la Ley la posibilidad de informar al mercado sobre los datos relevantes obtenidos mediante el uso de las señaladas potestades.

La cuestión del ámbito de actuación de la CNMV queda delimitada desde estos parámetros: a) el servicio encomendado lo es la supervisión e inspección del mercado de valores, b) las potestades atribuidas lo son de información e inspección, sancionadoras y de intervención.

En cuanto al ICAC, la Ley 19/1988, aplicable por razón del momento en que ocurrieron los hechos, determinaba en su artículo 22 "1. Todos los auditores de cuentas y sociedades de auditoría quedan sometidos al sistema de supervisión pública, objetivo e independiente.

2. El sistema de supervisión pública estará regido por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

3. En particular, el sistema de supervisión pública tendrá la responsabilidad última de:

a. La autorización e inscripción en el Registro Oficial de Auditoría de Cuentas de los auditores legales y sociedades de auditoría.

b. La adopción de normas en materia de ética profesional y control de calidad interno en la actividad de auditoría, así como la supervisión de su adecuado cumplimiento.

c. La formación continuada de los auditores de cuentas.

d. El control de calidad, sistemas de investigación y régimen disciplinario."

Además, continúa el citado precepto "4. Corresponde al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, además de las funciones que legalmente tiene atribuidas, el control de la actividad de auditoría de cuentas que será realizado de oficio así como el ejercicio de la potestad disciplinaria de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría de cuentas, y la cooperación internacional en el

ámbito de la actividad de auditoría de cuentas. Dependerá del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

5. El control de la actividad de auditoría de cuentas se realizará mediante inspecciones e investigaciones de las actuaciones de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría y comprenderá fundamentalmente las actuaciones de control técnico y de control de calidad.

El control técnico consistirá en la investigación de determinados trabajos de auditoría de cuentas o aspectos de la actividad de auditoría, al objeto de determinar hechos o circunstancias que puedan suponer la falta de conformidad de la actividad de auditoría o de los trabajos de auditoría con lo dispuesto en esta Ley, su Reglamento y normativa que regula la actividad de auditoría de cuentas.

El control de calidad consistirá en la inspección o revisión periódica de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría, cuyo objetivo es mejorar la calidad de los trabajos de auditoría, principalmente mediante la formulación de requerimientos de mejora. El control de calidad comprenderá, al menos, la verificación del sistema de control de calidad interno de los auditores de cuentas y de las sociedades de auditoría, la revisión de los procedimientos documentados en los archivos de auditoría, con la finalidad de comprobar la eficiencia de dicho sistema de control."

Por ello el servicio público que presta el ICAC consiste en la supervisión de la actividad de auditoría.

En este punto hemos de hacer una precisión. Hemos venido afirmando, como referente de la actividad administrativa realizada por la CNMV y por el ICAC, a efectos de delimitar la responsabilidad patrimonial, que el servicio público que realizan lo es de regulación del mercado de valores y supervisión de la actividad auditora. Ahora bien, es necesario hacer una breve exposición del sentido en que utilizamos el término "servicio público".

La actividad administrativa ha venido clasificándose por la doctrina de diversas maneras, para unos se distingue entre una actividad de policía, fomento y servicio público - identificando este último con la actividad de prestación a los particulares -, otros siguen un esquema similar y si bien con diversa denominación y distinguen entre una actividad de coacción, fomento - estímulo o persuasión - y prestación. Otros sin embargo afirman que la actividad administrativa debe comprender más grupos y clasifican la misma en actividad limitativa, sancionatoria, arbitral, de prestación y de fomento, otro sector doctrinal propone la distinción entre acción administrativa de garantía, de prestación, estimulación y arbitral, por último, otros entienden que a la tradicional clasificación tripartita ha de añadirse la actividad industrial.

Al margen de tal debate doctrinal, lo que interesa ahora decir, es que la mención que el artículo 106 de la Constitución y el artículo 139 de la Ley 30/1992 hacen a "servicio público" no puede ser identificado con el concepto estricto al que un sector de la doctrina se refiere en la clasificación tripartita, esto es, la identificación de servicio público con actividad de prestación, pues la limitación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones no se circunscribe al concreto ámbito de la actividad de prestación. Tal afirmación resulta igualmente de la doctrina del Tribunal Supremo, y concretamente la sentencia antes citada de 20 de octubre de 1997, en su fundamento jurídico cuarto, como hemos tenido ocasión de ver, define el vínculo entre el resultado dañoso y la Administración en relación a "una actuación del poder público en uso de potestades públicas", lo que engloba cualquiera de las actividades citadas siempre que resulten del ejercicio u omisión de potestades públicas.

Y en tal sentido el término "servicio público" al que se refieren los artículos citados, hemos de entenderlo en sentido amplio como actividad o inactividad administrativa en el ámbito de potestades públicas.

Dicho esto, hemos de entrar en el examen de la problemática que plantea el nexo causal.

Ya se ha señalado que el Tribunal Supremo abandonó la doctrina referente a la exigencia de un nexo directo, inmediato y exclusivo, admitiendo la posibilidad de la concurrencia de causas; ahora bien, como se declara en el fundamento jurídico cuarto, al que nos hemos referido, de la sentencia

de 20 de octubre de 1997, la concepción de causalidad que interesa lo es la que explique el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel.

Se admite pues la concurrencia de causas, pero se exige que la acción u omisión administrativa haya contribuido, aún en medida mínima, al resultado dañoso.

Se dice en la misma sentencia que no es asociable el nexo causal con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo del resultado dañoso, pues irían contra el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y solo se admite la exclusión de la responsabilidad por concurrencia de fuerza mayor - admitida por la Ley -, intencionalidad de la víctima en la producción o padecimiento del daño o la gravísima negligencia de ésta, siempre que tales circunstancias determinen la lesión. La prueba de la concurrencia de una circunstancia excluyente corresponde a la Administración dado el carácter objetivo de la responsabilidad.

**QUINTO** : Lo expuesto hasta ahora nos permite hacer una primera afirmación: el nexo causal respecto de la actuación de la Administración no se excluye por la actuación dolosa o negligente, de concurrir ésta, de los administradores de la entidad.

Pues bien, la actora imputa a la CNMV omisión de una conducta debida al permitir presidir la entidad a quien estaba incurso en causa penal, así como ser miembros del consejo de administración a personas inidóneas, y mantener la pasividad ante las irregularidades reflejadas en las cuentas anuales. Al ICAC se imputa que no ejerció facultades sancionadoras frente al auditor que auditó las cuentas de la entidad.

Hemos de determinar si los hechos anteriores pueden ser imputados a la Administración demandada en una relación causal.

De la relación de hechos probados hemos de concluir que el resultado lesivo viene determinado por la descapitalización de la entidad por los administradores de la misma.

Son estos y no otros los hechos causantes de la lesión patrimonial. La determinación de si los mismos se encuentran incluidos en el ámbito de desenvolvimiento del servicio público - esto es, la actividad de supervisión del mercado bursátil y de la actividad de auditoría -, encomendado a la CNMV y al ICAC, es lo que determinará la posible responsabilidad patrimonial de éstas.

Pues bien:

A) Es cierto, como se ha expuesto, que el servicio público atribuido a la CNMV es la supervisión e inspección del mercado de valores y la del ICAC la de la actividad auditora. Desde este punto de vista, cualquier circunstancia que concurra en el mismo servicio público, ha de entenderse incluido en el ámbito de desarrollo del servicio público, y por ello le es atribuido en una relación de causalidad objetiva.

B) Ahora bien, para que dicha imputación causal genere responsabilidad patrimonial, es necesario que concurra el primero de los elementos: una acción u omisión administrativa a la que pueda anudarse en una relación de causalidad el resultado lesivo.

Efectivamente, las potestades otorgadas a la CNMV antes descritas, incluyen facultades de vigilancia, solicitud de informes, inspección, sancionadoras, de intervención; pero 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. Lo mismo debemos afirmar del ICAC, que puede supervisar la actividad auditora una vez realizada pero no puede sustituirla.

En este punto hemos de resaltar dos elementos:

1) El principio de habilitación administrativa supone que la Administración solo tiene las potestades públicas expresamente otorgadas por el Ordenamiento Jurídico y por norma con rango suficiente

en cada caso. En el supuesto que nos ocupa, como ya hemos apuntado, la CNMV no tiene potestades de investigación coercitiva, de suerte que los medios de investigación otorgados por el Ordenamiento, parten de la idea de colaboración de los interesados, cuya obstrucción, falta de información o resistencia a la investigación del órgano de regulación, constituye infracción administrativa prevista en la Ley del Mercado de Valores, pero no autoriza a la CNMV, a la utilización de medios compulsivos de investigación.

2) Desde este punto de vista, toda circunstancia que escape a su conocimiento tras ejercer todas las facultades de investigación que el ordenamiento jurídico le otorga, se configura como un hecho ajeno a su ámbito competencial y por ello también ajeno a su actividad - ya sea positiva, acción, o negativa, omisión -. No existe actuación posible fuera de las competencias expresamente otorgadas, y por tanto no puede existir acción u omisión a la que anudar causalmente un resultado. No existe en tales casos el elemento de la acción u omisión que constituye la base de la responsabilidad patrimonial.

En el presente caso, hemos de recordar que el nombramiento de presidente y consejeros corresponde a los accionistas, que estos pueden recabar la información referente a la marcha de la entidad, el estado de sus cuentas y patrimonio, y que el ordenamiento les atribuye acciones para ejercitar tales facultades. El control de la actuación de los administradores corresponde en primer término a los accionistas, y sólo es posible la intervención de la CNMV cuando los hechos sean puestos en su conocimiento en legal forma y en el ámbito de sus atribuciones.

En cuanto al ICAC, el ejercicio de las facultades sancionadoras nunca hubiese podido evitar la descapitalización de la entidad. No existe por ello nexo causal.

Por último hemos de hacer una breve referencia a los aspectos constitucionales que encierra la presente cuestión. El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y determina que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio. Por su parte el artículo 51 - bajo la rúbrica de los principios rectores de la política social y económica -, encarga a los poderes públicos la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, entre otros, sus legítimos intereses, así como la promoción de la información y la regulación por Ley del comercio interior.

La importancia de la protección de consumidores y de la regulación de la actividad empresarial en el seno de la economía de mercado ha sido puesta de manifiesto por las sentencias del Tribunal Constitucional 37/1981, 71/1982 y 88/1986, entre otras. Ahora bien, la protección de los consumidores no abarca a la asunción por la Administración de los riesgos inherentes a la actividad económica producto de la iniciativa privada - en este caso la Administración no actúa como operador económico al amparo del artículo 128.2 de la Constitución -, sin que la regulación del mercado que le viene encomendada alcance tan intensa consecuencia. Dicho de otro modo, admitida la iniciativa privada en la economía - artículo 38 de la Constitución -, lo es a todos los efectos, para el desarrollo de la misma y para la asunción de riesgos por esos operadores privados que actúan en el mercado.

Antes explicamos que la CNMV es un órgano de regulación. Hemos de detenernos ahora en el alcance de tal naturaleza a la vista de los preceptos constitucionales citados.

Mediante la actividad reguladora, se ordena jurídicamente la actividad económica, mediante el establecimiento de controles para acceder o salir de un sector económico, determinación de condiciones sobre los niveles de producción y calidad de los servicios, relación entre compañías... La regulación es pues una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado, si bien no de carácter directo, sino mediante el establecimiento de normas jurídicas generales que han de observar todos los que actúen en él y la intervención administrativa mediante la creación de órganos de vigilancia ad hoc. Los poderes públicos en el sistema de regulación no determinan como ha de realizarse la actividad económica según las circunstancias, sino que dejan a la iniciativa

*privada tal determinación, si bien estableciendo el marco jurídico de la actividad y creando órganos de control en el cumplimiento de tal regulación jurídica.*

*Pues bien, a la luz de las expuestas normas constitucionales y la naturaleza del sistema de regulación, hemos de afirmar que fuera del ámbito competencial administrativo antes descrito, el riesgo inherente a la actividad económica sometida a la iniciativa privada recae sobre los operadores económicos, pues el sistema de regulación no sustituye la iniciativa privada por la pública, ni supone la actuación económica directa de la Administración en el mercado, sino tan solo la vigilancia del cumplimiento de las normas y la adopción de las medidas legalmente establecidas a tal fin; sin que ello suponga el desplazamiento del riesgo propio de la actividad económica."*

**SEXTO.-** No es de apreciar temeridad o mala fe en ninguna de las partes a efectos de imposición de costas.

## **FALLAMOS**

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso nº 495/11 interpuesto por el Procurador Sr. P.C., en nombre y representación de GESTIGROUP CONSULTORES DE FINANZAS Y TRIBUTOS S.L., contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se confirma por ser conforme a derecho.

**SEGUNDO.-** No hacer una expresa condena en costas.

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.