

Id Cendoj: 28079130062009100028
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 5921/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: GESCARTERA. NO IMPUTABLE A ACTUACION RAZONABLE CNMV. EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de enero de dos mil nueve

Vistos por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo los recursos de casación interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Angel Martín Gutiérrez en nombre y representación del Instituto Español de Misiones Extranjeras y de Construcciones Aval, S.L. y por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque en nombre y representación de D. Franco y de Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas S.A. y Alvamar S.A., contra la sentencia de 21 de abril de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, en el recurso 87/2003, en el que se impugna la resolución del Ministerio de Economía de 11 de diciembre de 2002 sobre responsabilidad patrimonial. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2004 , objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo: "PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D ANGEL MARTÍN GUTIERREZ en nombre y representación de INSTITUTO ESPAÑOL DE MISIONES EXTRANJERAS y CONSTRUCCIONES AVAL, S.L. contra Resolución del Ministerio de Economía de 11 de Diciembre de 2002, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas."

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia, se presentaron escritos por la representación procesal del Instituto Español de Misiones Extranjeras y de Construcciones Aval, S.L. y por la representación procesal de Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas y D. Franco en su propio nombre y como representante de Alvamar, S.L. manifestando su intención de interponer recurso de casación y por providencia de 31 de mayo de 2004 se tuvieron por preparados, siendo emplazadas las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Con fecha 1 de julio de 2004 se presentó escrito de interposición de recurso por la representación procesal del Instituto Español de Misiones Extranjeras y de Construcciones Aval, S.L., haciendo valer siete motivos, el sexto al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción* y los demás de la letra d) de dicho precepto, solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada en el recurso contencioso administrativo, y en su lugar se estime íntegramente el citado recurso.

Con fecha 13 de julio de 2004 presentó su escrito de interposición de recurso la representación procesal de D. Franco y de Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas S.A. y Alvamar S.A., en el que se invocan cuatro motivos de casación, los dos primeros al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley procesal* y los otros dos de la letra d) de dicho precepto, solicitando que se case la sentencia recurrida, declarando la disconformidad a

derecho de la resolución del Ministerio de Economía de 11 de diciembre de 2002 y que se declare el derecho del recurrente a ser indemnizado por responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.- Por auto de 1 de febrero de 2007 , subsanado por auto de 28 de junio de 2007 se inadmitió el recurso de casación respecto de la entidad Construcciones Aval, S.L., admitiéndose respecto de los demás recurrentes, de los que se dio traslado a la parte recurrida y entre sí a los recurrentes para que formalizaran escrito de oposición, solicitando el Abogado del Estado la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, dejando precluir el trámite los recurrentes.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 21 de enero de 2009, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso administrativo, planteado en la instancia por el Instituto Español de Misiones Extranjeras y la entidad Construcciones Aval, S.L., tiene por objeto la resolución del Ministerio de Economía de 11 de diciembre de 2002, que desestima las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por D. Franco , en su propio nombre y derecho, así como en nombre y representación de las mercantiles "GESEUROSA, S.L." e "INVERSIONES INMOBILIARIAS RÍOS ROSAS, S.L.", D. Romeo en nombre y representación de "ALVAMAR, S.L." y de D. Constantino , en representación de CONSTRUCCIONES AVAL, S.L. y el INSTITUTO ESPAÑOL DE MISIONES EXTRANJERAS (I.E.M.E.), por actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en relación con la Entidad GESCARTERA DINERO AV, S.A."

Consideran las recurrentes que hubo omisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en el ejercicio de sus funciones de vigilancia e intervención de GESCARTERA, lo que le obliga a indemnizar los perjuicios causados a los recurrentes, que en el caso de IEME serían de 1.246.195'18 euros y en el de Construcciones Aval, S.L. 110.689'49 euros, al existir una clara responsabilidad patrimonial de la Administración.

La Sala de instancia contempla la situación fáctica por referencia a la resolución desestimatoria de la reclamación, en los siguientes términos:

"La Resolución impugnada después de analizar la constitución de GESCARTERA y su evolución, detalla las actuaciones de la CNMV en relación a ésta, y así señala que con fecha 9 de Diciembre de 1.998 representantes de la División de Supervisión comunicaron a GESCARTERA DINERO S.G.C., S.A. 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 GESCARTERA con la descripción de los hechos detectados en la visita realizada, habiendo contestado GESCARTERA 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 Arzobispado de Valladolid, a 30 de Noviembre de 1.998. Ante la solicitud de entrega de los extractos bancarios, GESCARTERA 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 número 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, GESCARTERA entregó documentos individualizados por cliente en papel con membrete de BANKINTER, en los que el Banco daba su conformidad a los movimientos.

Sigue detallando la Resolución impugnada actuaciones posteriores llevadas a cabo desde la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entre las que cabe mencionar:

- Envío a GESCARTERA de 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.

- Por requerimiento de 3 de Febrero de 1.999, 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 GESCARTERA. 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.

- Envío de requerimiento de 3 de Febrero de 1.999 a GESCARTERA, 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 D. Luis Alberto 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 GESCARTERA, 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 GESCARTERA 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 GESCARTERA, sino parcialmente en la cuenta 111 cuyo titular es "Clientes de GESCARTERA" y el resto, en cuentas de sus clientes.

- El 26 de Febrero de 1.999 se requirió a GESCARTERA 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 Arzobispado de Valladolid, (1.075 millones de pesetas). GESCARTERA 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.

Sigue argumentando la Resolución impugnada que puesto que el Arzobispado de Valladolid 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 Arzobispado, 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 GESCARTERA, 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 GESCARTERA, 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 Arzobispado mantenía con GESCARTERA.

- El mismo día se solicitó a representantes de GESCARTERA 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 GESCARTERA 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 "Trasposos pendientes de GESCARTERA"; que el 30 de Marzo de 1.999 fue emitido un talón nominativo por importe de 1.104.966.641 pesetas a favor del Arzobispado de Valladolid como consecuencia de la cancelación de la cuenta en GESCARTERA; que dicha cantidad era la resultante de sumar al saldo del Arzobispado 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 Arzobispado 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 GESCARTERA DINERO S.G.C., S.A., a su Consejero Delegado, D. Luis Alberto y a su DIRECTOR GENERAL D. Lorenzo , 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 Arzobispado 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 GESCARTERA 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 D. Juan Ignacio 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 GESCARTERA."

- 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 GESCARTERA.

- El mismo día, en reunión mantenida en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación a las supuestas transferencias realizadas por el Arzobispado de Valladolid por 1.075 millones de pesetas para que la gestora cancelase la cuenta con dicho cliente, representantes de GESCARTERA 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 D. Luis Alberto 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 GESCARTERA instando a que diera respuesta a los diversos requerimientos enviados. Asimismo se requirió al Arzobispado de Valladolid para que aportara diversa documentación derivada de su relación comercial con GESCARTERA.

-El 14 de Abril se requirió a GESCARTERA 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 GESCARTERA" a la misma fecha. En la contestación, D. Luis Alberto 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 GESCARTERA.

- 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 Mutua de Previsión Social de la Policía.

- 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 GESCARTERA DINERO S.G.C., S.A., a todos los miembros de su Consejo de Administración y a su Director General D. Lorenzo , 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 GESCARTERA DINERO S. C.G., S.A., *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 GESCARTERA DINERO, S.G.C., S.A., 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 GESCARTERA DINERO, S.G.C., S.A. 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 D. Luis Alberto , 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 GESCARTERA", 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 Arzobispado de Valladolid presentó la documentación requerida el 13 de Abril, de la que se desprende que el Arzobispado hasta el 30 de Noviembre de 1.998 entregó a GESCARTERA 1.075 millones de pesetas y reembolsó aproximadamente 173 millones de Ptas..

- El mismo día se requirió a GESCARTERA para que enviasen documentación soporte del abono en la cuenta 0128-0062-43- 0104843353 de 1.075 millones de pesetas por parte del Arzobispado, 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, GESCARTERA 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 GESCARTERA. Asimismo, se declaraba que la liquidación de la cuenta del Arzobispado de Valladolid se efectuó sobre la totalidad del patrimonio gestionado, compendiando tanto el efectivo para atender liquidaciones mediante la cuenta "353" como el efectivo afecto

a gestión sin poder de disposición directo, habiendo rescatado el Arzobispado la totalidad del saldo entregado a GESCARTERA, 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 GESCARTERA la redacción de las mismas.

- El 28 de Abril de 1.999 se remitió a GESCARTERA un escrito, en el que se solicitaba que aclarasen el destino de los fondos movilizados por D. Juan Ignacio 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 D. Luis Alberto 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 D. Luis Alberto 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 GESCARTERA, en el que se volvió a requerir aclaración de la diferencia de efectivo detectada en el cliente Arzobispado de Valladolid, 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 Arzobispado de un importe aproximado de 1.105 millones de pesetas obedeció al rescate total de las cantidades entregadas en gestión a GESCARTERA, 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 GESCARTERA.

- 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 GESCARTERA en su escrito de 14 de mayo de 1999.

- El 26 de mayo se efectuó un requerimiento a GESCARTERA 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 GESCARTERA 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, GESCARTERA 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 trasposos 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 GESCARTERA 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 GESCARTERA INTERNATIONAL SICAV.

- El 23 de junio de 1999 se remitió un nuevo escrito a GESCARTERA 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 GESCARTERA, que ascendían a 977 y un importe de 1.845.021.978,- de pesetas y las cuentas sin apoderamiento de GESCARTERA, 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 GESCARTERA 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 GESCARTERA 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.

Continúa mencionando la Resolución impugnada que, 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. GESCARTERA 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 GESCARTERA 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 GESCARTERA a D. Carlos Jesús ya D. Gustavo 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.

Se fija también la Resolución en que la sociedad GESCARTERA DINERO, A.V., S.A. 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 GESCARTERA correspondientes al mes de febrero de 2001, la Dirección General de Supervisión remitió un requerimiento a GESCARTERA solicitando información relativa a las incidencias detectadas, fundamentalmente al cumplimiento del coeficiente de liquidez y al depósito de los 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 GESCARTERA.

Tras haber contactado telefónicamente en diferentes ocasiones con los responsables de GESCARTERA, 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 D. Luis Alberto 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 de 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 de Santander y La Caixa remitieron a la CNMV sendos escritos en los que manifestaban no haber emitido los certificados aportados por GESCARTERA".

El mismo Consejo de 14 de junio de 2001, adoptó también el acuerdo de intervenir la entidad GESCARTERA GESTIÓN SGIIC, en la que concurrían las circunstancias de excepcional gravedad en atención a las coincidencias societarias, accionariales, y de dirección entre ésta y GESCARTERA DINERO, A.V., S.A., 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.

Concluye además el Acto impugnado aduciendo que 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 GESCARTERA DINERO, A.V., 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 GESCARTERA DINERO A.V., S.A., 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 "GESCARTERA DINERO AV., S.A", 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.

Se recogen igualmente en la sentencia de instancia los razonamientos de la resolución impugnada que llevan a la desestimación de las reclamaciones formuladas y, para resolver las cuestiones debatidas en el proceso, entiende conveniente acudir a las consideraciones efectuadas en sentencia de la propia Sala de 13 de marzo de 2003, resolviendo otro caso de responsabilidad patrimonial de la CNMV, que reproduce en los siguientes términos:

"CUARTO: 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, 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 B) nexo causal entre la acción u omisión de ésta 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 este punto hemos de hacer una precisión. Hemos venido afirmando, como referente de la actividad administrativa realizada por la CNMV a efectos de delimitar la responsabilidad patrimonial, que el servicio público que realiza lo es de regulación del mercado de valores. 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.

QUINTO: 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 aquél.

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".

En la Sentencia de esta Sala de 13 de Marzo de 2003, relativa a responsabilidad patrimonial de la CNMV se continuaba diciendo:

" Lo expuesto hasta ahora nos permite hacer una primera afirmación: el nexo causal respecto de la actuación de la Administración no se excluye, ni por la naturaleza de las facultades otorgadas por los recurrentes a AVA para la gestión de sus valores, ni por la actuación dolosa o negligente, de concurrir ésta, de los administradores de la entidad.

Efectivamente:

A) Respecto de los recurrentes, ciertamente, como sostiene la Administración demandada, les es imputable la elección de la entidad encargada de gestionar su patrimonio invertido en valores, así como dar facultades discrecionales para la gestión de los mismos. Pero tales circunstancias concurren como con causas del resultado dañoso, sin exclusión de la responsabilidad de la Administración, de concurrir los restantes requisitos. Y ello porque en ningún caso puede afirmarse que la elección de la entidad AVA - sobre la que en tal momento no pesaba sospecha conocida de problemas económicos o de otra índole -, o la aceptación de una gestión discrecional de los valores adquiridos, incorporada a un contrato tipo conocido por la propia CNMV, responde a una negligencia gravísima de la víctima - en este caso los recurrentes -. En realidad, es cierto que al conceder tan amplia facultad de gestión los demandantes asumieron un riesgo - riesgo que por otra parte es inherente a toda actividad económica incluida la bursátil -, pero ello, como decíamos, actúa como concausa, no como causa cuya intensidad haya de excluir otras posibles

concurrentes.

B) En cuanto a la actuación de los administradores de la entidad, es evidente que, aún admitiendo que constituye otra causa concurrente, es evidente que no excluye el nexo causal respecto de la Administración, pues siendo la Agencia a cuyo Consejo pertenecían una de las entidades sometidas a supervisión, la actuación de los administradores también lo estaba, de suerte que tal actuación no es un elemento extraño al ámbito de actuación administrativa.

Sentado lo anterior hemos de examinar cuales fueron los hechos causantes del daño, para, posteriormente, determinar si los mismos pueden ser imputados a la Administración demandada en una relación causal."

" 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. Desde este punto de vista, cualquier circunstancia que concurra en el mismo, 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."

" 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 ".

" Afirman los actores, no obstante, que la CNMV debió intervenir en un momento anterior la entidad AVA. Pero no podemos olvidar las bases sobre las que normativamente puede acordarse esa intervención. El artículo 107 de la Ley del Mercado de Valores en su redacción dada por la Ley 37/1998, remite - al igual que lo hacía el anterior artículo 107 - a la regulación contenida en la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que en su artículo 31 dispone: "Unicamente 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...". La medida en cuestión ha de basarse en una situación de excepcional gravedad, constitutiva de un concepto jurídico indeterminado, pero que en todo caso requiere, no ya anomalías o irregularidades, sino una situación crítica que ponga en peligro la situación económica de la entidad, y solo constatada tal situación, se encuentra habilitada la CNMV para acordar la intervención. Y efectivamente así ocurrió, cuando se constató la excepcional gravedad de la situación de inmediato se adoptó la medida de intervención, sin que con anterioridad pudiese afirmarse que tal situación, que, no olvidemos, ha de ser de una excepcional gravedad, hubiese podido ser detectada por la CNMV "."

SÉPTIMO: 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".

Con dicho planteamiento la Sala de instancia razona la desestimación de la concreta reclamación objeto de recurso señalando que: "Los recurrentes no cuestionan los Hechos antes citados que recogen la actuación de la CNMV en relación con GESCARTERA, si bien se fijan en que a partir de 1.995 ésta era objeto de una vigilancia especial por parte de la CNMV, al haber detectado graves incumplimientos de aquélla, en la forma de contabilizar las operaciones, puesto que sabía que no registraba a nombre de sus clientes los valores adquiridos por los mismos, ni informaba a la CNMV de la actividad de gestión de carteras, por ello consideran que la CNMV omitió la adopción de medidas cautelares, limitándose a requerir a la agencia el cumplimiento de las normas de disciplina de mercado, no tomando la medida cautelar de intervención hasta la reunión de su Consejo el 14 de Junio de 2001.

Sin embargo, debe concluirse aplicando las consideraciones contenidas en la Sentencia de esta Sala de 13 de Marzo de 2003, y que resultan plenamente aplicables al caso de autos, así: a) la medida de intervención, como allí se argumenta tiene carácter excepcional y fue tomada cuando se constató la excepcional gravedad de la situación, b) del relato fáctico que se ha hecho, se pone de manifiesto las reiteradas actuaciones supervisoras e inspectoras de la CNMV, dirigiendo requerimientos de información, celebrando visitas de inspección e incoando un procedimiento sancionador acordado en reunión de 6 de Abril de 1.999, ampliado en la reunión del Consejo de la CNMV de 16 de Abril de 1.999, que culminó con Resolución sancionadora de 13 de Julio de 2000; c) el 21 de Julio de 1.999, se recibieron las cuentas anuales con el informe de auditoría firmado por Deloitte & Touche, que presentó una opinión favorable sin salvedades; d) la transformación de GESCARTERA en agencia de valores, le impuso una serie de obligaciones y controles a las que antes, al ser una sociedad gestora de carteras, no estaba sometida y que anteriormente se han recogido; e) además de la opción voluntaria de los recurrentes de contratar con GESCARTERA, lo cierto es que concertaron con aquellas actividades como el mantenimiento de contratos de depósito remunerados, que GESCARTERA no estaba autorizada a realizar ni cuando fue sociedad gestora de carteras, ni cuando fue Agencia de Valores, pues estaban reservadas a Entidades de crédito (*Art. 28.2.b de la Ley 26/88*).

A la vista de lo expuesto, debe concluirse considerando que no se aprecia una inacción en la CNMV o una falta de diligencia y eficacia en la misma que hubiera sido la causa directa y eficaz de los perjuicios causados a los recurrentes, y siendo ello así debe desestimarse el recurso interpuesto".

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia se interponen los recursos de casación ya indicados. Comenzando su examen por el correspondiente al Instituto Español de Misiones Extranjeras, con carácter previo a los motivos de casación y conforme al *art. 88.3 de la Ley de la Jurisdicción*, se efectúa una relación de hechos omitidos por el Tribunal de Instancia, relativos a la actuación de la CNMV sobre Gescartera entre

el año 1995 y 1999, desde el año 1999 hasta abril de 2000 y en el año 2000 y la conversión de Gescartera en Agencia de Valores, que se pretende integrar como hechos probados.

El *art. 88.3 de la Ley de la Jurisdicción* posibilita la integración por la Sala de los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia que, habiendo sido omitidos por este, estén suficientemente justificados en las actuaciones, además de que su toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada. En este caso, además de que la integración se formula genéricamente y no en relación con cada una de las infracciones del ordenamiento jurídico que se denuncian en cada uno de los motivos de casación amparados en el *art. 88.1.d) de la Ley procesal*, no se puede hablar propiamente de hechos omitidos por el Tribunal de instancia, pues, si bien es cierto que no se recogen literalmente todas las apreciaciones de los informes que se citan respecto de las deficiencias e irregularidades apreciadas en las inspecciones de 1995, 1997 y 1998, no lo es menos que la Sala se refiere a las mismas y su contenido sin excepción, por lo que no se excluye su valoración en instancia y la correspondiente consideración en esta casación. Lo mismo puede decirse respecto de concretos aspectos sobre la no acreditación de la materialización de las inversiones de sus clientes, desfase de tesorería superior a 4.500 millones de pesetas, desconocimiento de la situación económico financiera de la sociedad, requerimientos efectuados a la misma, sustitución de los profesionales que inspeccionaban a Gescartera y conversión de Gescartera en Agencia de Valores, que son hechos no desconocidos ni omitidos por la Sala de instancia, que valora su alcance atendiendo a los elementos de prueba existentes sin descartar los datos a que se refiere la recurrente, que no es necesario reproducir de manera expresa para su valoración, lo que es distinto de la divergencia en la valoración de tales elementos probatorios que no puede sustituirse por esta vía. En consecuencia la integración de hechos solicitada resulta improcedente.

TERCERO.- Como primer motivo de casación, formulado al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley 29/98, de 13 de julio*, se plantea la infracción del *art. 31 de la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria*, según la remisión contenida en el *art. 107 de la Ley del Mercado de Valores*, rechazando las apreciaciones de la Sala de instancia sobre la adopción de la medida de intervención cuando se constató la excepcional gravedad de la situación, por dos razones: la primera porque la intervención es un instrumento preventivo en protección de los inversores y no un mecanismo a posteriori cuando el riesgo se ha materializado y la segunda, porque el presupuesto de intervención (excepcional gravedad) se daba desde diciembre de 1998, manteniendo que para la intervención no es necesario esperar a la manifestación externa de la insolvencia sino al riesgo y se debe intervenir cuando hay una "situación de excepcional gravedad" que no se necesita esperar a que sea crítica, siendo la situación de Gescartera Dinero, al menos desde diciembre de 1998 subsumible en el presupuesto legal de la intervención del citado *art. 31 LDIEC*, señalando que en el informe de la Directora de Supervisión se recoge que en los años 1998 y 1999 se dirigieron a Gescartera hasta 18 requerimientos con objeto de aclarar el "desfase de tesorería" por importe superior a 4.500 millones de pesetas, que ante esta situación el día 16 de abril de 1999 se reunió el Consejo de la CNMV en sesión extraordinaria, para decidir la intervención, por el grave peligro para la solvencia y estabilidad de la entidad, y en su lugar decide prolongar los requerimientos, cuyas contestaciones fueron contradictorias e insatisfactorias, hasta que después de dos años y tras la sustitución del equipo supervisor que desde 1995 venía efectuando las inspecciones, el nuevo equipo dio por buenas las explicaciones de Gescartera, pero sin que quedaran acreditadas las inversiones de los clientes, reiterando que el supuesto de hecho por el que se adoptó la intervención en reunión del Consejo de la CNMV de 14 de junio de 2001, "en atención a la imposibilidad de conocer la situación económico financiera en que se encuentra la sociedad", se mantenía desde la inspección realizada en 1995 y que aparece con toda claridad desde la inspección de 1998 donde se pone de manifiesto que "existe un descuadre de 4.518.021.458 pesetas respecto del saldo de la cuenta global", descuadre causado por falta de cumplimiento generalizado de los contratos de comisión suscritos con sus clientes, circunstancia que jamás fue justificada por la entidad. Concluyendo que si la CNMV hubiera intervenido Gescartera Dinero conforme al principio de oportunidad, se habría evitado el daño a los recurrentes, que no tienen el deber jurídico de soportar.

Se plantea en este motivo y los siguientes la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por la inactividad o retraso de un órgano de control, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el ejercicio de sus funciones y facultades. Para ello conviene tener en cuenta el marco jurídico en el que se desenvuelven las operaciones y actuaciones de las que deriva el daño o perjuicio cuya reparación se pretende.

Inicialmente y como precisa la sentencia de la Sala Primera de 20 de enero de 2003, citada por la parte, los encargos conferidos por los inversores a estas empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros, constituye "un contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, que responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (*artículo 244 del Código de comercio*), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus

relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad". Razona la Sala en otro momento que "conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio" y concluye, tras otros argumentos, en la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados. Se trata por lo tanto de una relación contractual de derecho privado de cuyo cumplimiento y efectos responden las partes según la obligaciones que del mismo resultan para cada una de ellas.

Pero tales operaciones contractuales privadas enlazan con el ámbito público en cuanto se integran en el mercado financiero, quedando sujetas a la normativa específica, establecida en garantía del interés público en el adecuado funcionamiento del sistema económico, que se proyecta sobre el alcance e instrumentalización de las distintas operaciones, los mercados, los agentes intervinientes y los órganos de supervisión, teniendo su expresión fundamental, en lo que afecta al caso, en la *Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores* .

En lo que aquí interesa, que es el régimen de prestación de los servicios de inversión y régimen de supervisión, inspección y sanción, incluidos en el ámbito de la *Ley (art. 1)* , se reserva la prestación de tales servicios de inversión a empresas que desarrollan la actividad con carácter profesional (*art. 62.1*), con el fin de proteger los intereses de los inversores, según indica la exposición de motivos, empresas que, perteneciendo a alguna de las clases señaladas en la *Ley (art. 64)* lo que determina el tipo de operaciones que pueden realizar, quedan sujetas al régimen legal de acceso a la actividad, mediante la correspondiente autorización y cumplimiento de determinados requisitos financieros, así como la observancia en el desarrollo de la actividad de las normas de conducta que la *Ley dispone (Título VII, Capítulo Primero)* , de cuyo cumplimiento resultan responsables frente al inversor en virtud del correspondiente contrato, en cuanto incida en la efectividad y desarrollo del mismo -cuyos riesgos se asumen por las partes y a los que no es ajena la confianza depositada en la profesionalidad de la entidad que presta el servicio- y frente a la Administración, en cuanto incurra en las infracciones tipificadas en la Ley, perseguibles mediante la apertura del correspondiente expediente sancionador, en el ejercicio de las potestades de tal naturaleza legalmente atribuidas a la Administración, incluidas las medidas cautelares pertinentes (Título VIII, Capítulo Segundo).

La Ley establece un órgano encargado de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales, atribuyéndole distintas facultades al efecto, cuyo ejercicio u omisión puede dar lugar a responsabilidad de la Administración en la medida que se acredite la existencia de una lesión o daño imputable a tal ejercicio u omisión en relación de causa a efecto. En este caso el órgano se concreta en la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Título II, Capítulo Primero) a la que se encomiendan las funciones de supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas o jurídicas se relacionan con el tráfico de los mismos, así como el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora (*art 13*), que incluye la adopción de las correspondientes medidas cautelares, además de otras funciones como la protección de los inversores, velar por el cumplimiento de las normas de conducta y de cuantas obligaciones y requisitos se exigen en la Ley, como indica la exposición de motivos.

Ahora bien, tal actividad de control no convierte al órgano en operador del mercado ni traslada al mismo las obligaciones y subsiguientes responsabilidades exigibles a dichos operadores, caso de las sociedades de gestión de cartera o las agencias de valores, por la forma en que desarrollan su actividad al gestionar el encargo de los inversores, con un resultado negativo o perjudicial.

La actividad de control en sus distintos aspectos, se dirige a propiciar que la entidades de prestación de servicios que operan en el mercado reúnan los requisitos legalmente exigidos y ajusten su actividad a las normas de actuación dispuestas en la Ley, así como dar respuesta a los incumplimientos sancionando las infracciones cometidas e impidiendo, en su caso, el mantenimiento de la situación, adoptando las medidas que la Ley permita al efecto, bien entendido que la garantía no es absoluta y que, como indicamos en sentencia de 16 de mayo de 2008 , "la función que la ley encomienda a la CNMV es supervisar e

inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular". No puede, por lo tanto, exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de los distintos operadores del mercado, de manera que la simple apelación al ejercicio de las facultades de supervisión no constituye título suficiente para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados y todo ello en congruencia con el criterio general en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la sentencia de 20 de junio de 2003, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. En otros términos, la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico como la CNMV, con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma.

CUARTO.- Desde estas consideraciones y por lo que se refiere al motivo primero, en el que la parte sostiene que la intervención de Gescartera 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 Gescartera 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 Gescartera, 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 de 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 Gescartera.

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.

QUINTO.- 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, entendiendo 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 Gescartera 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, entendiendo 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 Gescartera 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.

SEXTO.- El tercer motivo de casación se refiere a la infracción del art. 97 de la Ley del Mercado de

Valores, en relación con los arts. 62 al 76.bis, 78 al 83 y 86 al 106, reiterando el conocimiento por la CNMV de la situación de la entidad desde la inspección de 1995 y las posteriores inspecciones de 1997 y 1998, de las que resultan hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones, retrasando la adopción de medidas sancionadoras y de intervención hasta el 14 de junio de 2001, cuando la lesión del patrimonio de los recurrentes ya se ha hecho efectiva, concluyendo que si la CNMV hubiera ejercido oportunamente su potestad sancionadora y adoptado las medidas cautelares necesarias bien de información al público inversor bien de cese provisional de los administradores infractores, se habría evitado el daño.

También en la citada sentencia de 16 de mayo de 2008 dimos respuesta a una alegación semejante, señalando que debe rechazarse "porque el mencionado precepto se limita a determinar quién es competente para instruir los procedimientos sancionadores e imponer las correspondientes sanciones. Ocurre aquí lo mismo que ocurría con los preceptos, arriba examinados, que tipifican infracciones administrativas: tampoco el art. 97 LMV impone ningún deber jurídico de actuar a la CNMV. Y donde no hay deber jurídico no puede haber responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad. Por lo demás, el tribunal a quo no ha negado que la competencia sancionadora en esta materia corresponde a la CNMV, por lo que tampoco desde este punto de vista la sentencia impugnada infringe el mencionado art. 97 LMV."

Estas razones, que impiden fundar en el precepto invocado las valoraciones de la parte acerca de la oportunidad del ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMV en este caso, conducen a la desestimación del motivo.

SEPTIMO.- 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 Gescartera 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 Gescartera 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.

OCTAVO.- En el quinto motivo, con el mismo apoyo en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción por omisión de los arts. 64.5 y siguientes de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en cuanto la sentencia declara que no existe nexo causal entre la actuación de la CNMV y el resultado dañoso de pérdida de los ahorros entregados a Gescartera, invocando la sentencia de la Sala Primera de 30 de enero de 2003, señalando que la CNMV ha defraudado la confianza que los inversores tienen en sus actuaciones, por lo que debe indemnizar el daño ocasionado, entienden que debe descartarse que suscribieran contratos distintos de los de gestión de carteras, como los depósitos remunerados a que se refiere la sentencia recurrida, pero de admitirse que Gescartera actuaba fuera del objeto que le era típico, no eximiría a la CNMV de su responsabilidad, pues de acuerdo con el art. 67.2 en relación con el 73.e) de la LMV debería haber revocado la autorización a Gescartera Dinero desde que conocía tal situación con la visita de inspección de 1995, con lo que se hubiera evitado el daño, abundando en la falta de las actuaciones pertinentes por parte de la CNMV, que debía hacer efectiva la reserva legal de actividades financieras, y las razones del daño padecido, que no son las propias del riesgo del contrato suscrito y encargo efectuado a Gescartera sino del incumplimiento de tal encargo.

Al resolver los anteriores motivos de casación ya hemos valorado el ejercicio razonable de sus facultades por la CNMV, a efectos de descartar la responsabilidad patrimonial por omisión, insuficiencia o retraso en la adopción de las medidas correspondientes. Ello no se desvirtúa por las alegaciones que se formulan en este motivo en relación con las concretas operaciones que la recurrente contrató con

Gescartera. Lo primero que debe señalarse es que la parte mantiene que suscribió contratos de gestión de carteras y que la sentencia afirma, atendiendo a la resolución de la Administración, que suscribieron "depósitos remunerados" situándose al margen de la Ley, entendiendo la recurrente que quien tiene la mejor posición para probar estas afirmaciones es precisamente quien las alega, la CNMV y no lo ha hecho, por lo cual debe descartarse que suscribiera contratos distintos a los de gestión de carteras. Tal planteamiento no resulta admisible, no ya solo porque ha de estarse a los hechos fijados por la Sala de instancia, que no pueden sustituirse en casación por las apreciaciones de la parte, sino porque ha sido ésta misma la que en su reclamación inicial señala con claridad, que suscribió el 7 de enero y el 29 de agosto de 2000, sendos "contratos de gestión de carteras" con Gescartera Dinero, con el fin de invertir en renta fija y que de conformidad con dichos contratos "el recurrente pactó con Gescartera Dinero una imposición a plazo, haciendo entrega de los fondos con destino a lo que la propia entidad denomina: "posiciones de renta fija".

Como dice la sentencia de instancia, la entidad recurrente concertó de forma voluntaria con Gescartera operaciones de depósito remunerado (imposición a plazo fijo según su propia expresión), que esta no estaba habilitada para efectuar por su propia condición de sociedad gestora de carteras, condición plenamente conocida por la entidad inversora que, no obstante la naturaleza de la operación concertada, suscribe un contrato formalizado de gestión de cartera, de manera que asume no solo los riesgos del contrato sino los que derivan de concertar la operación con una entidad no habilitada al efecto. En estas circunstancias, no puede trasladar a la actuación de la CNMV la responsabilidad por el resultado negativo de la gestión encargada, alegando que si la Administración, apreciando la realización de tales operaciones por la entidad de inversión, hubiera revocado convenientemente su autorización para operar en el mercado de valores, habría evitado el perjuicio al no poder contratar con Gescartera por cese de actividad, pues la falta de habilitación de Gescartera para la concertación de las operaciones de depósito en cuestión existía desde el principio, lo que no impidió que la entidad recurrente, conociendo su naturaleza, acudiera a la misma, voluntariamente, para concertar tal operación propia de las entidades de crédito y no de la entidad a la que acudía, por lo que no puede ampararse en la confianza en la actividad de control de la CNMV, que intervino la entidad gestora cuando comprobó la gravedad de su situación financiera y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando.

Por todo ello también este motivo de casación debe ser desestimado.

NOVENO.- El sexto motivo de casación se formula al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*, por no haber resuelto la sentencia todas las cuestiones planteadas por el recurrente, limitándose a alegar que en el fundamento de derecho quinto se enumeran los motivos por los que los recurrentes consideraron deficiente la actuación de la CNMV: 1) Supervisión e inspección de la actuación de GESCARTERA; 2) Ejercicio de la potestad sancionadora; 3) No comunicación pública del estado en el que se encontraba GESCARTERA; 4) Transformación de GESCARTERA Dinero, S.O.C., S.A. en Agencia de Valores", incumplimientos que debieron ser objeto de respuesta expresa de la Sala, falta de pronunciamiento expreso sobre este particular que determina la falta de congruencia de la sentencia.

Conviene hacer referencia, para la resolución de este motivo, a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. Es significativa al respecto la sentencia 146/2004, de 13 de septiembre, según la cual: "en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo, recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal" (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Desde estas consideraciones la incongruencia que se denuncia en este motivo no puede prosperar,

pues se limita a alegar la falta de un pronunciamiento expreso de la Sala de instancia sobre las deficiencias de la actuación de la CNMV invocadas por los reclamantes y que se recogen en la propia sentencia en el fundamento de derecho quinto, cuando basta examinar la misma para apreciar que se toman en consideración tales alegaciones de los recurrentes y se valoran, por referencia a lo declarado en sentencia de 13 de marzo de 2003 y directamente en el octavo fundamento de derecho, para llegar al pronunciamiento desestimatorio del recurso, en los términos ya indicados, como respuesta a tales alegaciones que se desestiman con expresión de las razones que conducen a ello, en forma suficiente para que el interesado pueda ejercitar con el necesario conocimiento los medios de impugnación que estime conveniente.

DECIMO.- En el séptimo y último motivo de casación, al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley procesal*, se alega la infracción del *art. 89 de la Ley del Mercado de Valores*, por incorrecta interpretación del ejercicio de las potestades de información al público que el precepto confiere a la CNMV, razonando que no se justifica que la CNMV no comunicara a los inversores, al conocer en 1995 el modo de operar de Gescartera, que no gestionaba sus carteras y que se desconocía el destino de los fondos entregados a la misma, información que debió haberse efectuado con la publicación de un aviso sobre las deficiencias organizativas de la agencia, publicación que tiene lugar mediante nota de prensa posterior a la intervención de 14 de junio de 2001, cuando la lesión a los recurrentes ya era irreversible.

El citado *art. 89* cuya infracción invoca la recurrente, dispone que "Con las salvedades previstas en el artículo siguiente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá ordenar a los emisores de valores y a cualquier otra entidad relacionada con los mercados de valores que procedan a poner en conocimiento inmediato del público hechos o informaciones significativas que puedan afectar a la negociación de los mismos, pudiendo, en su defecto, hacerlo ella misma". Como ya señalamos en sentencia de 16 de mayo de 2008, la ley impone a la CNMV un deber jurídico claro en materia de publicidad e información para un adecuado funcionamiento de los mercados de valores, que se refleja en el *art. 13 de la misma Ley*, que incluye entre las funciones de la CNMV promover la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de los fines que antes describe, como son la transparencia de los mercados, correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores. Pero también señalamos en dicha sentencia que ese deber jurídico de asegurar la publicidad de los "hechos o informaciones significativas" no es absoluto, "antes al contrario, ha de ser ponderado con posibles exigencias opuestas derivadas del interés público o de los intereses de quienes operan en los mercados de valores. Así lo ordena el *art. 91 LMV*:"

"La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá eximir del cumplimiento de las obligaciones previstas en los *artículos 52, 83 y 89* cuando considere que la divulgación de tales informaciones sería contraria al interés público o iría en detrimento grave de quien la divulga, siempre y cuando, en este último caso, sea improbable que tal omisión induzca al público a error con respecto a hechos y circunstancias cuyo conocimiento sea esencial para la evaluación de los valores en cuestión." De aquí se sigue que la CNMV debe sopesar en cada caso si la difusión de determinada información puede ser perjudicial para el interés público, dentro del cual cabe incluir el prudente objetivo de no crear excesivas alarmas ni inducir al pánico financiero, o incluso para la propia agencia de valores a la que se refiere la información.

La única excepción a dicha posibilidad de ponderación es que el interés de la agencia de valores - no así el interés público- no justifica la omisión de publicidad cuando la información sea "esencial para la evaluación de los valores en cuestión"; es decir, cuando la información resulta imprescindible para que el público pueda evaluar los valores, no cabe omitir su publicidad en nombre del posible perjuicio para la agencia de valores. Fuera de este supuesto, como ya se ha dicho, cabe la ponderación por la CNMV dentro de los límites de lo razonable."

A dicha ponderación se refiere el *art. 85 de la propia Ley del Mercado de valores* tras la modificación operada por *Ley 47/2007 de 19 de diciembre*, según el cual "La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá hacer pública cualquier medida adoptada como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables, a menos que su divulgación pudiera poner en grave riesgo los mercados de valores o causar un perjuicio desproporcionado a las personas afectadas", con lo que se viene a establecer la necesidad de ponderar la información precisamente en relación con las medidas adoptadas en el desarrollo de las funciones de control, lo que da idea de la prudencia con la que ha de actuarse por la CNMV en este terreno de la información, aunque el precepto no resulte aplicable al caso por razones temporales.

En este caso la parte alega la infracción del indicado *art. 89 de la LMV* al entender que debió haberse publicado un aviso sobre las deficiencias organizativas de Gescartera, en los términos que se desprendían de las actividades de inspección llevadas a cabo por la CNMV desde el año 1995, planteamiento que no

puede considerarse un ejercicio razonable de ese deber de información en los términos que antes hemos señalado, pues no se tiene en cuenta el estado de las averiguaciones y la falta de determinación precisa de la situación económico financiera de la entidad, cuya gravedad y alcance no se llegó a constatar hasta el final de las actuaciones que determinaron la intervención, por lo que se trataría de una información parcial y provisional de la situación, no referida a medidas justificadas y consolidadas, y todo ello sin valorar la incidencia negativa que una información de tal naturaleza podría tener en el funcionamiento del mercado. No se trata de una información sobre hechos depurados y definitivos que justifiquen el riesgo e incidencia negativa que para el funcionamiento del mercado puede tener su publicidad e información a los inversores, que como ya se ha dicho antes no puede valorarse desde el conocimiento posterior del resultado final del proceso sino desde las circunstancias concurrentes en aquellos momentos anteriores.

En consecuencia tampoco en este caso se aprecia la infracción denunciada del *art. 89 de la LMV*, lo que conduce a la desestimación del motivo.

UNDECIMO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación y determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *artículo 139.3 LRJCA* y teniendo en cuenta que el Abogado del Estado limita la oposición al otro recurso de casación, no recogiendo en su escrito valoración alguna sobre este recurso, no devengará honorarios por el mismo, por lo que tal pronunciamiento sobre costas carece de contenido patrimonial.

DUODECIMO.- En el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Franco, Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas, S.A. y Alvamar, S.A., se invocan los siguientes motivos: primero, al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*, la infracción de los *arts. 248.3º de la LOPJ* y *209 de la LEC* en relación con la *disposición final primera* de la LRJCA, al omitir la sentencia de instancia la fijación de los hechos probados, y ello en relación con el *art. 218 de la LEC*, en su exigencia de claridad, alegando que la sentencia no se pronuncia sobre el carácter probado o no de los hechos que relaciona por referencia la resolución impugnada o manifestados por los reclamantes, por lo que no contiene una declaración de hechos probados con los requisitos exigidos por el *art. 209.2ª de la LEC*.

Segundo, también al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*, denunciando la infracción de los *arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución*, *218.1 y 2 de la LEC* y *80 de la Ley de la Jurisdicción*, por falta de congruencia interna de la sentencia, alegando la contradicción del resultado de la sentencia con la aplicación de la propia del caso AVA que se invoca en la instancia, razonando al efecto y concluyendo que la argumentación que defiende la AN al utilizar dicha sentencia, debe dar lugar, en realidad, a un resultado estimatorio ya que en el caso Gescartera el problema no versó sobre la falta de elementos de valoración de la Agencia de Valores, sino sobre la falta de ejercicio de las potestades legalmente reconocidas a la CNMV, que tras ejercitar sus potestades de investigación ya tenía conocimiento de la existencia de motivos de intervención y/o suspensión de la actividad de Gescartera que, sin embargo, no fueron aplicados o su aplicación fue ineficaz y tardía, permitiendo el resultado lesivo.

Tercero, formulado al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, se denuncia la infracción del principio de reparación integral del daño en materia de responsabilidad patrimonial, según la jurisprudencia que cita, señalando que la sentencia recurrida no contiene los hechos que considera como probados y en ningún caso discute las cantidades que constituyen el daño sufrido por esta parte.

Cuarto, que se formula también al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, denunciando la infracción de las reglas sobre valoración de la prueba al haber incurrido la sentencia de instancia en una apreciación arbitraria o manifiestamente errónea, vulnerando las reglas de la sana crítica, alegando que la CNMV conocía desde el primer momento (1995 y desde luego 1998) el riesgo que para el administrado suponía la actuación en el mercado de la sociedad Gescartera, que acabó interviniendo tres años después y por los mismos motivos que ya conocía en 1998 y que el 14 de junio de 2001 fueron consideradas circunstancias de excepcional gravedad, entendiéndose que si pudiendo haber intervenido la sociedad Gescartera en 1998 no lo hizo y durante el plazo transcurrido hasta 2001 los inversores confiaron en la situación de aquella para ingresar sus ahorros, es innegable que existió una omisión y actuación ineficaz y tardía a la postre, determinante del daño sufrido. Razona la existencia de un daño ilegítimo, real, efectivo, individualizado y ponderable económicamente, sin que exista ruptura del nexo causal.

DECIMOTERCERO.- La inviabilidad de este recurso deriva de la incongruencia entre la posición procesal de dicha parte aquí recurrente y las pretensiones que se ejercitan por la misma. Ya en la instancia D. Franco y las entidades mercantiles Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas, S.L. y Alvamar, S.L. comparecieron en el proceso mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2003 en concepto de parte codemandada, y como tal se les tuvo por providencia de 25 de marzo de 2003, no obstante lo cual, en

trámite de contestación a la demanda, lejos de defender la postura propia de parte codemandada, se adhieren a las pretensiones de la parte demandante y solicitan en el suplico que "se estime la misma en el fondo y se dicte sentencia por la que se anule el acto expreso de la CNMV y Ministerio de Economía, condenándose a la Administración demandada al pago a dichos codemandados de las cantidades que se citan, así como los intereses legales, reduciendo, en su caso, las indemnizaciones que sean concedidas y abonadas por el fondo de garantía de inversores, cuya solicitud se halla en curso en el presente momento, pretensiones que se formulan por esta parte en el procedimiento ordinario 70/2003 mantenido ante esa Sección 6ª de la Audiencia Nacional", pretensiones que son propias de la parte demandante, como señala el *art. 31 de la Ley de la Jurisdicción*, según el cual el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, añadiendo que también podrá pretenderse el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y otras de condena como la indemnización de daños y perjuicios, y que no pueden ejercitarse como parte demandada, lo cual se reflejó en la sentencia recurrida en la que, si bien no se analiza convenientemente la actitud procesal de esta parte, se indica en el último párrafo del primer fundamento jurídico que en lo que se refiere a dichos codemandados, que se muestran de acuerdo con las alegaciones de los recurrentes, "deberán resolverse en el curso del procedimiento 70/03, que a su instancia se tramita en esta Sección".

En la instancia, por lo tanto, no se resuelve sobre las pretensiones de tales codemandados en razón de la existencia de otro proceso en el que intervienen, como es propio, como parte recurrente y se desestima el recurso considerando conforme a Derecho la resolución impugnada, lo que supone dar satisfacción a quien actúa como parte demandada.

En estas circunstancias interponen este recurso de casación, en el que vuelven a ejercitar unas pretensiones impropias de la parte demandada y correspondientes a la posición de parte actora, como son la solicitud de casación de la sentencia recurrida, que se declare la disconformidad a derecho de la resolución del Ministerio de Economía de 11 de diciembre de 2002 y su derecho a ser indemnizados por responsabilidad patrimonial de la Administración, en razón de los motivos antes indicados, pretensiones sobre las que no cabe pronunciamiento en este proceso en la posición procesal que intervienen ya desde la instancia, como puso de manifiesto el Tribunal a quo al remitir su resolución al correspondiente procedimiento 70/03, en el que intervienen como parte recurrente, pronunciamiento de la Sala de instancia que no es atacado en este recurso de casación en ninguno de los motivos que se invocan por dicha parte, que es conforme con la posición procesal que corresponde a la misma y que hace inviables este recurso y los motivos que en el mismo se articulan, por cuanto dicho pronunciamiento ha de mantenerse y no pueden solventarse pretensiones que no se corresponden con la posición que legalmente se ostenta en el proceso, en fraude de la Ley procesal, que además en este caso supondría prejuzgar las pretensiones convenientemente ejercitadas como recurrentes por los mismos interesados en otro proceso.

DECIMOCUARTO.- En consecuencia, también procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Franco, Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas, S.A. y Alvamar, S.A., lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *artículo 139.3 LRJCA* y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los presentes recursos de casación, interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Angel Martín Gutiérrez en nombre y representación del Instituto Español de Misiones Extranjeras y por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque en nombre y representación de D. Franco y de Inversiones Inmobiliarias Ríos Rosas S.A. y Alvamar S.A. contra la sentencia de 21 de abril de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, en el recurso 87/2003, que queda firme; con imposición legal de las costas a las partes recurrentes, en los términos que resultan de los fundamentos de derecho undécimo y decimocuarto.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.