

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE FEBRERO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 487/04
Ponente: Dña. Mª Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía dictada por silencio administrativo en solicitud de responsabilidad patrimonial
Fallo: Desestimatorio

Madrid , a veinte de Febrero de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 487/04 se tramita a instancia de Don J.H.B. y OTROS, representados por el Procurador Don A.M.G. contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, por resolución expresa del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, sobre solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo la cuantía del mismo 3.856.974, 74 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte actora interpuso, en fecha de 4 de noviembre de 2004, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "Que teniendo por presentado este escrito, se una al recurso de la razón, se tenga por formalizada la demanda por el procurador que suscribe, en nombre y representación de mis mandantes procediendo a la tramitación del presente recurso por los trámites legales, dictando en su día sentencia en la que, estimando en todas sus partes este recurso, en impugnación de la desestimación por silencio administrativo del Ministerio de Economía de la reclamación de responsabilidad patrimonial promovido contra la Comisión Nacional del Mercado de Valores y Ministerio de Economía por la omisión y ejercicio defectuoso de sus potestades y deberes en relación con la entidad "C.I.S., S.A." y "H., SIMCAV, S.A.", y se declare:

"La responsabilidad patrimonial de la Comisión Nacional del Mercado de valores y del Ministerio de Economía por la omisión y ejercicio defectuoso de sus potestades y deberes en relación con la entidad "C.I.S., S.A." y "H., SIMCAV, S.A.", y la obligación de indemnizar las lesiones causadas a mis mandantes por los siguientes importes:

NOMBRE	EUROS
Don J. H. B.	1.731,76
Don R.H.B.	16.530,43
Don A.C.V.	12018,80
Don J.A.O.	36.467,00
Dña. M.D.C.	14.544,40
Don I.M.D.	6.384,06
Don R.V.C.	95.506,35
Don M.R.M. y Dña. M.R.G.	369.596,83
Don F.B.M. y Dña. M.G.A.	6.226,21
Dña. P.L.M.	24.040,00
Dña. M.P.L. y Don J.G.B.	30.050,61

Don J.T.J.	6.014,52
Don M.F.B. y Dña. C.P.G.	98.548,75
Dña. S.C.B.	34.240,37
Don J.A.P.	12.065,07
Don R.A.A.	7.407,78
Don A.B.C. y Dña. S.C.H.	13.655,57
Dª M.S.B.G.	29.791,00
Don J.C.F.	12.010,12
Don J.F.M. y Dña. M.M.S.	8.085,89
"D.B., S.A."	34.384,89
Dña. M.L.L. y Don F.L.C.	18.100,24
Don L.L.F.	51.450,70
Don G.A.E. y Dña. T.H.A.	54.301,09
Don E.V. y Dña. M.F.B.	114.627,02
Dña. M.F.B.	562,29
Don M.P.F.	21.966,60
Don J.P.A.	77.114,95
Dña. M.M.L.	22.425,61
Don G.M.D.	10.020,52
Don A.R.R.	18.979,35
Don F.L.E. y Dña. C.O.A.	260.976,35
Don B.G.R.	30.039,91
Dña. L.A.F.	13.520,77
Dña. M.C.K.	6.875,82
Dña. S.P.R.	5.016,37
Dña. M.R.M. y Don V.L.C.	64.068,17
Don G.G.A.	26.222,35
Dña. M.C.R.	5.566,80
Don J.M.I.	60.072,97
Don J.S.A.	9.438,68
Don P.S.M.	9.122,55
Don J.T.R.	6.346,69
Dña. S.G.S.	7.549,79
Don S.T.S.	7.356,26
Don R.P.P.	7.633,02
Don F.C.G.	9.242,99
Don J.B.B. y Dña. Y.B.B.	13.896,46
Dña. Y.B.B.	9.103,30
Dña. L.G.D.	6.600,93
Don F.R.M.	21.871,89
Don L.C.M.	18.005,63
Don J.A.C.	92.534,74
Don F.P.P.	14.157,29
Don J.T.C.	3.942,99
Don J.M.P.	12.958,20
"A.B.C.D., Lda"	47.185,96

<i>Dña. R.V.F. y Don F.L.L.</i>	12.065,07
<i>Don R.D.I.</i>	2.263,44
<i>Don L.A.E.</i>	39.906,07
<i>Dña. M.O.C.</i>	6.002,48
<i>Dña. P.L.M.</i>	5.479,40
<i>Dña. M.M.S.</i>	14.106,40
<i>Don F.M.M.</i>	15.641,22
<i>Dña. M.G.S.</i>	5.493,20
<i>Don F.C.M.</i>	7.206,27
<i>Don F.C.F. y Dña. M.M.P.</i>	21.752,08
<i>Dña. P.P.L.</i>	30.608,90
<i>Don F.M.G.</i>	25.701,88
<i>Dña. M.P.S.</i>	10.463,02
<i>Don S.L.V.</i>	10.721,30
<i>Don U.O.S.</i>	222.165,00
<i>Don C.U.S.</i>	6.192,49
<i>Dña. D.S.</i>	6.192,46
<i>Dña. D.M.S.</i>	43.759,79
<i>Don A.G.H.</i>	39.346,28
<i>Dña. O.G.</i>	106.835,00
<i>Don A.G.H.</i>	3.860,40
<i>Dña. Y.G.M.</i>	227.637,89
<i>Don E.M.R.</i>	17.981,10
<i>Don M.L.G.</i>	16.857,43
<i>"C.Y."</i>	9.456,13
<i>Don P.C.S.</i>	66.895,76
<i>Don P.C.S. y Dña. I.O.C.</i>	2.710,57
<i>Dña. M.C.L.</i>	4.865,12
<i>Don O.C.C.</i>	4.799,56
<i>Don J.M.C.</i>	6.597,02
<i>"L.C., S.L."</i>	107.765,82
<i>Don D.P.L.</i>	92.306,56
<i>Don M.J.G.</i>	18.037,22
<i>"S.I.R.B., S.A."</i>	30.355,60
<i>Don E.B.M.</i>	5.996,20
<i>Don J.C.A.</i>	9.344,18
<i>Dña. A.G.V.</i>	275.814,20
<i>Dña. M.P.G.</i>	11.453,85
<i>Dña. N.F.M.</i>	4.770,00
<i>Don J.H.C.</i>	4.054,50
<i>Don R.L.C. y Dña. A.U.R.</i>	7.357,23
<i>Don M.U.C. y Dña. O.R.P.</i>	7.567,31
<i>"V.S., LDA"</i>	99.506,79
<i>"E.C.C., S.A."</i>	4.800,40
<i>Don R.D.U.</i>	13.912,93
<i>Don C.C.C.</i>	12.516,77

Dña. M.G. E.	2.429,44
Dña. M.S.R.	95.073,18
Don J.E.M.	13.178,35
Dña. R.L.J.	22.015,97
TOTAL	3.868.573,74

Con el abono del interés legal de las cantidades exigidas como principal desde la reclamación por los perjudicados hasta su completo pago, en los términos previstos en el capítulo I del Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1.992.

Todo ello por ser de justicia que respetuosamente pido con expresa imposición de costas”.

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *“Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho”.*

3.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 3 de junio de 2005, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, y, finalmente, mediante providencia de 11 de noviembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, por la que, resolviendo, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado, la reclamación formulada por los hoy actores, resuelve *“DESESTIMAR la reclamación formulada..., declarando la no responsabilidad patrimonial de LA COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES”.*

Son antecedentes relevantes para la decisión del presente litigio tal y como derivan del expediente administrativo y se recogen en la resolución en los presentes impugnada los siguientes:

l) “C.I.S., S.A.” fue constituida en Madrid, el 14 de abril de 1999, siendo los socios constituyentes Don J.S.P., Dña. E.O.A. y Don R.H.O.

La entidad se constituye con un capital social de 60.200 euros, dividido en 6.020 acciones nominativas de 10 euros de valor nominal cada una, totalmente suscrito y desembolsado en un 25 % por los socios constituyente de la siguiente forma:

Don J.S.P. suscribe 3.010 acciones, por un valor nominal conjunto de 30.100 euros, desembolsando el 25% del valor nominal, es decir, 7.525 euros.

Dña. E.O.A., suscribe 3.009 acciones, por un valor nominal conjunto de 30.900 euros, desembolsando el 25%, esto es, 7.522,50 euros.

Don R.H.O., suscribe 1 acción, por su valor nominal de 10 euros, desembolsando el 25%, o sea, 2,50 euros.

La entidad fija su domicilio social en la calle Henri Dunant, número 19 de Madrid.

En el momento de la constitución de la entidad se designa Administrador Único de la misma a Don R.C.H.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de los Estatutos Sociales de "CIS", su objeto social consiste en: *"Adquisición y tenencia, para la propia sociedad, de títulos valores, excluyendo la intermediación y dejando a salvo la normativa reguladora del mercado de valores y de instituciones de inversión colectiva.*

El asesoramiento a terceros sobre la inversión en valores mobiliarios. Adquirir o enajenar bienes inmuebles.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrollados por la sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto análogo" (folios 4454 y 4455).

II) El 8 de junio de 1999 "CIS" suscribe contrato de representación con ACTIVOS EN RENTA, A.V. (en adelante "A.R., A.V."), adquiriendo en diciembre del mismo año el 5% del capital social de la mencionada Agencia.

Con fecha 21 de febrero de 2000 Don R.C.H. remite una carta a "A.R., A.V." por la que comunica la "rescisión/anulación", a partir del 31 de diciembre de 1999, del contrato de representación suscrito con dicha entidad, petición que fue aceptada por la Agencia, procediéndose, con fecha 28 de marzo de 2000, a revocar los poderes otorgados por "A.R., A.V." a "CIS" con fecha 21 de junio de 1999, quedando definitivamente cancelada la mencionada relación de representación (folio 4455).

III) Con fecha 4 de abril de 2000 se registró en el Departamento de Atención al Público de la CNMV consulta de un particular sobre "CIS", en la que el consultante indicaba que le había sido facilitado por dicha entidad un contrato de gestión de carteras en el que se informaba que dicha entidad había sido presentada en los registros de la CNMV y solicitaba confirmación al respecto antes de entablar relaciones. Al consultante se le informó de que "CIS" no se encontraba registrada (folio 4456).

IV) Como consecuencia de esta consulta se iniciaron actuaciones de averiguación. Con fecha 13 de abril de 2000 se notificó requerimiento a "CIS" en el que, además de solicitar

la remisión de determinada documentación e información, se le hacía advertencia legal de la reserva de actividad establecida por Ley del Mercado de Valores, indicándole que, si la entidad se encontraba realizando alguna de las actividades que la Ley califica como reservadas a las empresas de servicios de inversión, debería proceder de inmediato a cesar en ella, absteniéndose de establecer nuevas relaciones de clientela y de realizar actuaciones comerciales, publicitarias o de cualquier otro tipo tendentes a crearlas, así como a cancelar las ya establecidas en el modo y forma que garantizase el interés propio de sus clientes y en beneficio de éstos (folios 4456 y 4457).

V) El 24 de abril de 2000 se adoptan acuerdos en Junta General y Universal de Accionistas y en Consejo de Administración de "CIS" consistentes en:

- Transformar la compañía en una Sociedad Gestora de Carteras, y, en consecuencia, se modifican los Estatutos Sociales de la entidad.

- Declarar desembolsado el 75 % pendiente de capital social de la compañía ascendente a 45.150 euros.

- Aceptar la dimisión presentada por el Administrador Único, Don R.C.H.

- Modificar el Órgano de Administración de la sociedad, sustituyéndolo por un Consejo de Administración.

A la fecha de celebración de la Junta General de Accionistas, los accionistas de la entidad eran, "G., S.L.", representada por Dña. C.L.F., con un 15% del capital social; "I.D., S.L.", representada por Don R.C.H., con un 70% del capital social; Don M.G.N. con un 5% del capital; Don J.E.J., con un 5% del capital y Don U.S. con otro 5% del capital social.

El Consejo de Administración queda constituido, a partir de la mencionada fecha, por las siguientes personas:

- Don P.M.S., Presidente
- Don E.L.M., Consejero
- Don A.G.N., Consejero
- Dña. M.F.M., Consejera
- Don R.C.H., Consejero
- Don A.F.G., Secretario no Consejero

El 4 de mayo de 2000 "CIS" eleva a público su transformación de Sociedad Anónima a Sociedad Gestora de Carteras, el desembolso de dividendos pasivos y el cese y nombramiento de cargos y de Auditor de Cuentas. En dicho acto comparecen Don A.F.G., en nombre y representación de "CIS" y Don P.M.S., en su propio nombre y derecho.

La mencionada transformación social de "CIS" en "CIS, SGC", fue inscrita en el Registro Mercantil el 13 de junio de 2000, si bien el Registrador Mercantil incluye una nota poniendo de manifiesto que *"esta sociedad no puede comenzar a desarrollar su actividad"*

como Sociedad Gestora de Carteras, en tanto no esté inscrita como tal, en el Registro correspondiente de la CNMV" (folio 4455).

El 17 de junio de 2000 fue aceptada por el Consejo de Administración de la entidad la dimisión de Don A.G.N. y Don A.F.G., así como el nombramiento de Don R.M.C. como Secretario no Consejero, inscribiéndose dichos acuerdos en el Registro Mercantil el 18 de julio de 2000.

Finalmente, el 20 de septiembre de 2000, Dña. C.F.M. presenta por carta su dimisión como Consejera de la entidad, circunstancia ésta que fue elevada a público el 7 de noviembre del mismo año e inscrita en el Registro Mercantil el 23 de abril de 2001 (folios 4455 y 4456).

VI) Se reciben sucesivos escritos de Don R.C. en contestación al requerimiento de 13 de abril de 2000 en los cuales indicaba lo siguiente:

- Hasta el 1 de marzo de 2000, "CIS" fue representante de Activos en Renta A.V. (AR), formalizando los clientes sus relaciones contractuales con dicha entidad.

- A partir de la mencionada fecha y debido al considerable aumento de la cartera de clientes de "CIS", ésta decide someterse directamente al control de la CNMV adoptando la figura jurídica de sociedad gestora de carteras, iniciando, para ello, el proceso de elaboración de toda la documentación necesaria al objeto de obtener la inscripción en los Registros Administrativos oportunos, así como las transformaciones societarias pertinentes.

- Respecto a los clientes, manifiesta que, si bien no se ha realizado actividad publicitaria alguna, como consecuencia de las relaciones profesionales y personales establecidas con éstos durante la vigencia del contrato de representación antes, mencionado, alguno de ellos deciden traspasar los fondos depositados en AR a la propia "CIS". Para hacer frente a esta situación, la entidad decide abrir una cuenta en BSCH denominada "CIS clientes", de la que cuelgan tantas cuentas de valores como clientes hay. No obstante manifiesta no haber realizado actividad inversora alguna con los fondos de los clientes, excepto dos o tres operaciones puntuales ordenadas por aquéllos, ni haberles facturado o cobrado importe alguno.

Asimismo, y al objeto de formalizar la relación entre los clientes y "CIS", ésta firma con aquellos un contrato de gestión de carteras, en cuyo encabezamiento, y en función del momento temporal en que éste se firme, se da cuenta de la situación en la que se encuentra la compañía en orden a obtener la pertinente licencia administrativa, encontrándose los clientes informados, en todo momento, de la situación legal de "CIS" y de los cambios que se van produciendo en la misma.

- Finalmente manifiesta que la única actividad a la que se va a dedicar la entidad va a ser culminar el proceso de transformación iniciado (folios 4457 y 4458).

VII) Como consecuencia de lo anterior, con fecha 14 de junio de 2000 se remitió a "CIS" un escrito en el que, además de solicitar determinada documentación adicional, se

ponían de manifiesto los hechos detectados y se requería a la entidad y a su Consejo de Administración para que, de inmediato, y en tanto no obtuviesen, en su caso, la autorización como Sociedad Gestora de Carteras, se abstuviesen de:

- Desarrollar ninguna de las actividades restringidas a las empresas de servicios de inversión.

- Suscribir con clientes contratos de gestión de cartera o cualquiera otro relacionado con los mercados de valores.

- Utilizar de ningún modo las denominaciones, o sus abreviaturas, propias y exclusivas de las empresas de servicios de inversión.

- Apelar o captar ahorro del público, no recibiendo efectivo o valores de clientes en cuentas cuya titularidad fuera de la entidad o en cuentas cuya titularidad fuera de los clientes con poder de disposición o apoderamiento para ella.

- Disponer en modo alguno de los fondos o valores recibidos de clientes absteniéndose de hacer uso de los apoderamientos que éstos le hubieran podido otorgar.

VIII) En contestación a dicho escrito, Don R.C.H., en representación de la compañía, comunica a la CNMV que, entre otras cuestiones, "CIS" reitera y acredita que no ha realizado actividad inversora alguna con los fondos recibidos de los clientes, pese a lo cual, y siguiendo las instrucciones de la CNMV, no va a formalizar más contratos con clientes hasta que no reciba la autorización expresa de dicho Organismo, indicando, asimismo, que la denominación social incluye las siglas SGC en base a los acuerdos sociales elevados a públicos adoptados por la compañía junto con la adecuación de sus estatutos sociales a la Ley del Mercado de Valores al objeto de conseguir la transformación de la compañía en sociedad gestora de carteras. Igualmente manifiesta que "CIS" no ha dispuesto de fondos que hayan sido entregados por clientes (folios 4458).

IX) Con fecha 15 de junio de 2000 la CNMV requirió a BSCH al objeto de que aportara la documentación necesaria que permitiera verificar la anterior información facilitada por "CIS", informando verbalmente a la mencionada entidad bancaria, después de comprobar que los fondos depositados por los clientes no habían sido gestionados de forma alguna por "CIS", de la situación de dicha compañía y solicitándoles realizar un estricto seguimiento de todos los movimientos que se produjeran en su cuenta bancaria con el fin de evitar la utilización indebida de los fondos depositados en la misma, bien realizando operaciones de compra venta de valores bien disponiendo de aquellos, de los representantes de "CIS", excepto en aquellos supuestos en que existiera orden expresa de alguno de los clientes (folio 4458).

X) Paralelamente, el mismo 15 de junio de 2000 se presenta en la CNMV solicitud de inscripción en el Registro de Sociedades Gestoras de Carteras de "CIS, S.G.C." (número de registro de entrada 200043295; véase también folios 3336 y siguientes) en el que se presenta la siguiente documentación:

- solicitud de inscripción
- memoria explicativa del proyecto de constitución
- identificación de los miembros del Consejo de Administración y documentación complementaria.
- identificación de los socios y documentación complementaria
- modelos de contrato de apertura de cuenta, de gestión de carteras y de representación
- Reglamento Interno de Conducta
- Anexos relativos a planes de incentivos y formación. Folleto informativo de tarifas. Modelo de gestión de carteras.
- Información relativa a la creación del Comité de Defensa del Inversor
- Escritura de transformación de sociedad anónima de régimen común a sociedad gestora de carteras, desembolso de dividendos pasivos, cese y nombramiento de cargos y auditor de cuentas.

XI) Con fecha 27 de julio de 2000 BSCH contestó al precitado requerimiento de 15 de junio. De esta contestación resultó que, efectivamente, "CIS" no había realizado actividad inversora alguna con los fondos de los clientes, excepto unas operaciones puntuales ordenadas personalmente por ellos.

XII) La Dirección General de Fomento requirió a "CIS", con fechas 7 de julio y 18 de agosto de 2000 para que cumplimentase la documentación presentada el 15 de junio a efectos de su inscripción como sociedad gestora de cartera.

Dichos requerimientos fueron contestados por "CIS" mediante el envío de documentación adicional con fechas 7 de agosto, 6 y 15 de septiembre (folios 3344 a 3892; véanse también folios 3336 y siguientes).

XIII) El 3 de octubre de 2000 se recibe carta de "CIS" en la que se informa que tras la reunión mantenida con los responsables del área de Fomento de la CNMV dicha entidad había decidido:

- Actuar en calidad de sociedad representante de una entidad autorizada por la CNMV, la cual se haría cargo temporalmente de la cartera de clientes de "CIS".
- Renunciar al proceso de inscripción de "CIS" como SGC
- A solicitud de sus clientes, CIS estaba desarrollando el proyecto de constitución de una SIMCAV, que sería presentado en fechas próximas (folio 3893).

Dicha carta fue contestada por CNMV con fecha 9 de octubre de 2000, notificando a "CIS", que de acuerdo con su solicitud, el expediente de autorización de la constitución de "CIS, S.G.C." había quedado concluido, de acuerdo con los artículos 42 y 91.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

XIV) Por otra parte, de acuerdo con el Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico e Inspección en relación con la actuación de Inspección "...CIS" informó que la cuenta abierta en el BSCH quedaría definitivamente liquidada una vez constituida la SIMCAV

ya que era intención de la mayor parte de los clientes comprar acciones de ésta, procediendo, en caso contrario, a devolver las aportaciones realizadas a sus titulares".

XV) Desde la Dirección de Fomento se mantuvo un seguimiento de la situación de "CIS", efectuada mediante requerimientos telefónicos, que fueron contestados por CIS mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2000 (número de registro de entrada 200071498, folio 3897; véase también folio 3337) en el que se informa de los siguientes puntos:

- diversos trámites legales que se están llevando a cabo
- en relación con los fondos de clientes, *"que los fondos que tiene el BSCH depositados por los clientes van a ser traspasados íntegramente a la SIMCAV en el momento en que seamos autorizados para ello mediante la puesta en marcha de la mencionada SIMCAV".* En dicho escrito se informa también de que BSCH va a ser la entidad depositaria de la SIMCAV, contrato de depositaría que, se afirma, se va a incorporar al expediente de autorización de la SIMCAV como parte integrante del proyecto.

- por otro lado, en dicho escrito se afirma que *"no se está realizando actividad de gestión alguna sobre dichos fondos, que se encuentran bajo la tutela de BSCH."*

XVI) El Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico e Inspección en relación con la actuación, la División de Inspección señala que por esas fechas se informó por parte de "CIS" de *"que la cuenta abierta en BSCH quedaría definitivamente liquidada una vez constituida la SIMCAV ya que era intención de la mayor parte de los clientes comprar acciones de ésta, procediendo, en caso contrario, a devolver las aportaciones realizadas"* (folio 4459).

XVII) Con fecha 30 de octubre de 2000 se recibió en la CNMV copia del Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de 28 de octubre de 2000 por la que modificaron los estatutos de "CIS", prescindiendo de la mención "Sociedad Gestora de Carteras".

Todavía se recibirían desde "CIS" copia de la publicación en prensa de los acuerdos de 28 de octubre de 2000 (8 de noviembre de 2000; folio 3922) y la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en Junta General de Accionistas de 12 de marzo relativos a la modificación de los estatutos sociales y a la remuneración de los administradores. Dicha documentación fue remitida el 5 de abril de 2001 a raíz del requerimiento telefónico de 2 de abril por parte de la CNMV (folios 3925 a 3938).

XVIII) Con fecha 6 de noviembre de 2001 se presenta en el Registro de la CNMV solicitud de autorización del proyecto de constitución de "H., S.I.M.C.A.V., S.A.", acompañada de una Memoria explicativa del proyecto (que incluía los currícula profesionales de las personas propuestas como miembros del Consejo de Administración, cuestionarios de honorabilidad firmados por los mismos, aceptación de SANTANDER CENTRAL HISPANO INVESTMENT como entidad depositaria, memoria de medios humanos y materiales y modelo de carta a remitir a la Bolsa de Madrid solicitando la admisión a negociación de la SIMCAV), un proyecto de estatutos sociales, un borrador de folleto informativo (folio 3942). Con fecha 10 de noviembre se volvería a presentar solicitud de autorización del proyecto, incluyendo como documentación adicional un reglamento de conducta (folio 4003).

XIX) Tal y como recoge el informe del Ministerio de Economía sobre la autorización y posterior revocación de "H., SIMCAV., S.A.", el 11 de diciembre de 2000 tuvo entrada en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera escrito de la CNMV por el que el Vicepresidente de dicha entidad proponía al Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía la autorización del proyecto de constitución de "H., SIMCAV".

El expediente estaba compuesto por:

- Memoria explicativa del proyecto.
- Currícula y cuestionarios de honorabilidad de los miembros del Consejo de Administración.
- Carta suscrita por la entidad propuesta como depositaria en la que acepta su designación.
- Memoria de medios materiales y humanos.
- Proyecto de estatutos sociales.
- Reglamento de Conducta.
- Diversas correcciones y documentación solicitada por la CNMV durante la tramitación del procedimiento.

La entidad se autorizó mediante Orden Ministerial de fecha 20 de diciembre de 2000 y se notificó al interesado en la misma fecha (folios 2713 a 2861).

En la documentación aportada al expediente aparecen los siguientes documentos:

1.- La contestación de Don R.C. y Don E.L. a requerimiento verbal de la CNMV en relación con los medios materiales y humanos con los que iba a contar "H., SIMCAV". En dicha contestación se insiste en que los medios humanos y materiales con los que va a contar la SIMCAV son los de "CIS, S.A.", de forma que se iba a contratar al personal de "CIS"; "H., SIMCAV" iba a sustituir a "CIS" en el contrato de arrendamiento en los locales donde desarrollaba su actividad y los bienes materiales de "CIS" iban a pasar a ser propiedad directa de "H., SIMCAV" (folio 2745).

2.- La memoria explicativa del proyecto de constitución contiene las siguientes menciones:

- constan como promotores de la SIMCAV Don R.C., Don E.L. y Don P.M., con la mención expresa de que ninguno de los mencionados habían promovido con anterioridad ninguna otra institución de inversión colectiva.

- como miembros del Consejo de Administración se prevén los anteriormente citados más Don A.T.F. y Don C.A.

- se indica que la gestión de los activos de "H., SIMCAV" se realizará directamente por el Consejo de Administración, sin perjuicio de la facultad que los estatutos de la sociedad confieren a la Junta de accionistas para que ésta, en cualquier momento, pueda acordar que dicha gestión sea encomendada, en todo o en parte, a cualquiera de las entidades a que se refiere el artículo 22 de RD 1393/1990 (folio 2749).

- La previsión de que la sociedad disponga de la titularidad directa sobre los medios materiales y humanos para garantizar su funcionamiento, mediante el traspaso de dicha titularidad desde la sociedad "CIS", actual propietaria de los mismos, a "H., SIMCAV", tan pronto como ésta tenga las autorizaciones necesarias para constituirse (folio 2750). A requerimiento de la CNMV (folio 2761), dicha referencia fue explicitada, indicando concretamente qué medios materiales y humanos proporcionaba "CIS" a "H., SIMCAV" (folios 2762 a 2769).

- El capital social inicial de la SIMCAV aparece con un importe de 2.405.000 euros, representado por 481.000 acciones nominativas, de 5 euros nominales cada una, íntegramente suscritas y desembolsadas.

- Como aportantes aparecen: Don E.S.M.; Don C.C.A.; Don U.S.; Dña. Y.G.M.; Don J.A.C.; Don L.F.S.; Don M.M.B.; Dña. O.G.; Don D.P.; Dña. M.D.E.; Dña. N.D.E.; Don J.D.S.; Don R.C.; Don A.G.H. y Dña. C.L.F.

3.- Carta suscrita por SANTANDER CENTRAL HISPANO INVESTMENT, S.A. por la que acepta su designación como depositario (folio 2760).

4.- Por parte de CNMV se solicitaron certificados bancarios referentes a la honorabilidad de los socios fundadores y sobre la legitimidad de los fondos destinados a la SIMCAV (folio 2756).

5.- Currícula profesionales y formularios de honorabilidad suscritos por las personas propuestas como miembros del Consejo de Administración de "H., SIMCAV".

6.- Reglamento interno de Conducta de "H., SIMCAV" (folios 2800 a 2803).

7.- Comunicación de 30 de octubre de 2000 donde se da traslado a la CNMV de copia del acta del acuerdo adoptado por su Junta General de modificar su denominación, eliminando tanto de su denominación como de su objeto social la referencia "sociedad gestora de carteras" (folio 2807). Como continuación del anterior, comunicación de "CIS" de 8 de noviembre de 2000 (número de registro de entrada 200077483) (folios 2804 a 2806).

8.- Listado de clientes (folios 2828 a 2833).

9.- Modelo de carta de solicitud de admisión a la Bolsa de Valores de Madrid (folio 2835).

10.- Cartas de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y del Banco de España en relación con los miembros del futuro Consejo de Administración de "H., SIMCAV" (folios 2860 y 2861).

XX) Con fecha 9 de mayo de 2001 (número de registro de salida 200110421; folio 4119) se notifica a "H., SIMCAV, S.A." que con fecha 27 de abril de 2001 se procedió:

a) a la inscripción en el Registro administrativo de SIMCAVs a "H., SIMCAV", registrando el folleto explicativo sobre su naturaleza y características.

b) a verificar, con carácter previo a su admisión a negociación en Bolsa, que en dicha entidad concurrían los requisitos reglamentariamente exigidos para ello, registrándose la comunicación previa, los documentos acreditativos y el folleto informativo presentados (véanse folios 4119 a 4220).

XXI) Con fecha 29 de mayo de 2001 se requiere por parte de la Dirección General de Entidades (División de Supervisión) (número de registro de salida 200112709; folio 2945) para, que remitiera la información exigida por la norma 12ª de la Circular 7/1990 de 27 de diciembre.

La información requerida consta en los folios 4772 a 4795. En dicha información, puesta a disposición del público en su momento en la página web de CNMV aparecen los siguientes datos:

- Balance de situación de la sociedad individual en el período hasta 30 de junio de 2001. Resultados del ejercicio: -413.000 euros (folios 4776 y 4778).
- Dentro de los resultados individuales de la sociedad (folio 4778) en la partida "Otros gastos de explotación" se refleja un importe de -200.000 euros.

En la información pública periódica referida al tercer trimestre del año 2001 se reflejan los siguientes datos de interés (folio 4790):

- Productos financieros y resultados de enajenaciones de la cartera de valores: -284.000 euros.
- Resultado antes y después de impuestos: -635.000 euros.

XXII) Según el Informe de la Dirección General de Servicio Jurídico e Inspección en relación con la actuación de la División de Inspección, "en mayo de 2001, cuando ya se había constituido la SIMCAV ("H., SIMCAV S.A.") y ésta ya había sido admitida a cotización en la Bolsa de Valores de Madrid, "CIS" remitió un escrito en el que ponía de manifiesto lo siguiente:

- El compromiso verbal asumido de tratar de forma ordenada los fondos aportados por clientes de "CIS" regularizando su situación, se había cumplido. Así, se especificaba los clientes que habían adquirido acciones de la SIMCAV y aquellos que habían retirado sus fondos.
- Determinados clientes que tenían fondos en la cuenta de "CIS" de BSCH, que cancelaron y se les devolvió el capital aportado, se reincorporaron a la SIMCAV, adquiriendo acciones por un total en 168.430 (folio 4459).

XXIII) Con fecha 5 de julio de 2001 (folio 4222) se comunica por parte de "H., SIMCAV" la dimisión de Don C.A. como miembro del Consejo de Administración de la misma.

XXIV) Con fecha 3 de octubre de 2001 (número de registro de salida 200127917; folio 4227) se requiere por la Dirección General de Entidades la acreditación del cumplimiento del requisito establecido por la letra c) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, según el cual, será requisito indispensable para obtener y conservar la autorización y el derecho a la

inscripción en los Registros de la CNMV que la *"mayoría de los miembros del Consejo de Administración, así como todos los directores generales o asimilados, cuenten con conocimientos y experiencia adecuadas en materias relacionadas con los mercados financieros"*.

XXV) Con fecha 15 de octubre de 2001 se recibe en la CNMV (número de registro de entrada 200179192; folio 2947) comunicación de SANTANDER CENTRAL HISPANO SECURITIES SERVICES en el que comunicaba de manera genérica la superación de los límites establecidos en la Orden Ministerial de 6 de julio 1993, sobre normas de funcionamiento de las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable.

XXVI) En contestación al requerimiento de 3 de octubre de 2001 de la División de Entidades se recibe en la CNMV el 20 de noviembre de 2001 (número de registro de entrada 200193518; folio 4228) carta de "H., SIMCAV" en la que informa de que, en opinión del Consejo de dicha entidad, la mayoría de sus miembros contaban con dicho requisito.

XXVII) A la anterior carta se contesta por parte de la Dirección General de Entidades con nuevo requerimiento de 17 de diciembre de 2001 (número de registro de salida 200138278 de 19 de diciembre; folio 4229) para que acredite, en el plazo de diez días, el cumplimiento del mencionado requisito.

XXVIII) Según la Dirección General de Entidades, División de Supervisión, como consecuencia de la notificación de SANTANDER CENTRAL HISPANO SECURITIES SERVICES de 15 de octubre de 2001 y del conocimiento de diversas reclamaciones presentadas en la CNMV (reclamaciones 1299011990, 1375 y 137612001), se inició visita de supervisión a la SIMCAV (folio 2942) con fecha 17 de enero de 2002.

XXIX) Con fecha 17 de enero de 2002 se oficia a SANTANDER CENTRAL HISPANO INVESTMENT, S.A. (en adelante, SCHI) en relación con la visita de supervisión solicitándole certificación de los valores en cartera de la IIC a 31 de diciembre de 2001 y al 17 de enero de 2002, de la liquidez a las mismas fechas (número de registro de salida 2002002972; folio 4520)

XXX) Con fecha 18 de enero de 2002 desde la CNMV se requiere a Don A.T.F.; Don E.L.M.; Don P.M.A.; Don R.M.C. y Don R.C.H., para que en el mismo día se presenten en los locales de la CNMV al objeto de realizar una entrevista en relación con la investigación en curso (folio 4523).

En dicha entrevista, de la que obra en el expediente transcripción (folios 4527 a 4529) se tratan tanto la sobredimensión de la estructura de la compañía como las reclamaciones de tres clientes (Dña. P.S.; Don L.F. y Don A.L.C.). También se analiza en la entrevista las relaciones entre "H., SIMCAV" Y CONSORS y contradicciones entre las declaraciones del señor Don R.C.H. y certificados de la propia entidad.

XXXI) Con fechas 21 de enero de 2002 (número de registro de entrada 2002004122; folio 4230) y 21 de febrero de 2002 (número de registro de entrada 2002016635; folio 4233) son comunicadas a la CNMV las renunciaciones de Don A.T.F. y Don R.M.C.

En la misma fecha "H., SIMCAV, S.A.", hace público un hecho relevante con el siguiente texto: *"El artículo 10.4 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva establece la obligación de hacer público cualquier hecho específicamente relevante para la situación o el desenvolvimiento de las IIC. En particular, las SIMCAV deben hacer público cualquier hecho que afecte o pueda afectar a la consideración del valor de sus acciones por parte del público.*

Por ello, el Consejo de Administración de "H., SIMCAV, S.A.", pone en conocimiento del público en general y de sus accionistas en particular el siguiente hecho relevante:

- el patrimonio de la entidad a 31/12/2001 era 1.339 miles de euros, y a 20/01/2002 de 1.244 miles de euros. Si esta situación se prolongase más allá de un año desde la constatación por la Junta General Ordinaria de tales resultados, la entidad se encontraría en el supuesto de disolución obligatoria previsto en el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, toda vez que su patrimonio es inferior a la mitad de su capital. Asimismo, su capital en circulación es inferior al mínimo legal.

- Desde finales de abril de 2001 (fecha de su inscripción en el Registro de la CNMV) hasta 31-12-01 el valor teórico de sus acciones ha perdido el 35,28 % de su valor, como consecuencia de unas pérdidas (pendientes de auditar) en el ejercicio 2001 de 905 mil euros. Ello representa aproximadamente el -40,47 % de su patrimonio medio diario.(..)

- Entre los gastos del ejercicio 2001 se incluyen 327 mil euros correspondientes a servicios exteriores y 342 mil euros de gastos de personal. Tales gastos corresponden a los costes de administración de la SIMCAV y representan, en conjunto, un 29,92 % de su patrimonio medio diario.

- El mantenimiento de esta estructura de costes haría inviable la sociedad a corto plazo, por lo que es intención del Consejo de Administración convocar una Junta General Extraordinaria con la mayor urgencia posible para proponer a los accionistas las actuaciones oportunas, incluyendo la posible disolución y liquidación de la entidad"(folio 4533).

XXXII) Con fecha 22 de enero de 2002, el Presidente de la CNMV acuerda *"suspender cautelarmente, con efectos inmediatos, al amparo del artículo 33 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la negociación en la Bolsa de Valores de Madrid, de las acciones u otros valores que den derecho a su suscripción o adquisición de la entidad "H., SIMCAV, S.A.", por concurrir circunstancias que pudieran perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los citados valores"* (folio 4534).

XXXIII) Con fecha 23 de enero de 2002, "H., SIMCAV, S.A." remite a la CNMV copia del acta de la sesión del Consejo de Administración de la sociedad en la que se adoptó el acuerdo de remitir la comunicación de hecho relevante de 21 de enero así como de convocar Junta General de Accionistas de la sociedad, a celebrarse con fecha 28 de febrero de 2002. Por otra parte, en dicho Consejo de la Administración se toma y acepta las dimisiones de Don A.T.F., Don E.L.M., Don P.M.S. (folio 4539 y siguientes).

En la misma fecha, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó:

"Iniciar el expediente de revocación de la autorización de la entidad "H., SIMCAV, S.A." inscrita con el número 1715 en el Registro Administrativo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores; el artículo 8 de la Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de

Inversión Colectiva; y los números 6 b) 3º y 11 c) del artículo 9 del Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (RIIC).

Elevar al Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía, como medida de protección de los intereses de los accionistas de la entidad, de acuerdo con lo previsto en el número 13.2º del citado artículo 9 del Reglamento de la Ley Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, la propuesta de suspensión total y con carácter inmediato de los efectos de la autorización concedida a "H., SIMCAV, S.A.", en tanto se sustancia el procedimiento de revocación a que se refiere el punto anterior".

Dicha resolución fue adoptada con carácter inmediato por el Ministro de Economía (folio 4556).

XXXIV) El 29 de enero de 2002 el Vicesecretario del Consejo de la CNMV comparece ante el Juzgado de Guardia para poner de manifiesto que en las actuaciones de supervisión realizadas se habían descubierto hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos tipificados en los artículos 252 y 290 y siguientes del Código Penal (folio 2954).

XXXV) Según el Informe remitido por la Dirección General de Servicio Jurídico e Inspección, en relación con la actuación de la División de Inspección, *"durante los días comprendidos entre el 30 de enero y el 4 de febrero de 2002, a raíz de la recepción en la CNMV de reclamaciones contra la entidad, se realizó una visita de inspección a "CIS", en la que se efectuó una revisión parcial de la documentación de la sociedad (desde su constitución hasta la fecha la visita) y una toma de declaración a Don R.C.H. en calidad de Consejero y apoderado de "CIS". De conformidad con la documentación revisada y las declaraciones del citado Sr. Don R.C.H., se pusieron de manifiesto hechos constitutivos de presuntas infracciones de las recogidas en la LMV"* (folio 4459).

XXXVI) Con fecha 13 de febrero de 2002 el Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores acordó, una vez concluido el correspondiente procedimiento administrativo y previo informe del Comité Consultivo, elevar al Excelentísimo Señor Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía la propuesta de revocación de la autorización de "H., SIMCAV, S.A.", lo cual fue puesto en conocimiento del público mediante hecho relevante (folio 4759).

En la misma fecha y en relación a "CIS" el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó:

"Incoar expediente sancionador a la entidad "C.I.S., S.A." y a los miembros de su Consejo de Administración (...) por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99, por incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el punto 6 del artículo 64, en relación con la letra d) del apartado 1 del artículo 63, todos ellos de la Ley del Mercado de Valores, consistente en el desarrollo habitual de la actividad de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión de terceros, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos."

-"Requerir a la entidad "C.I.S., S.A.", para que, de inmediato, proceda a cesar en su actividad, absteniéndose de establecer nuevas relaciones de clientela y de realizar actuaciones comerciales, publicitarias o de cualquier otro tipo tendentes a crearlas, así como a cancelar las ya establecidas en el modo y forma que garantice el interés propio de sus clientes y en beneficio de éstos, remitiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el plazo de diez días, un escrito por el que asuman el compromiso de obrar en tal sentido".

"Imponer, tanto a la entidad, "C.I.S., S.A.", una multa coercitiva de 200.000 pesetas por cada día que transcurra desde el vencimiento del plazo al que se refiere el apartado anterior para acreditar el cumplimiento del requerimiento, sin que éste resulte atendido, todo ello con el límite de dos millones de pesetas; por tanto, una vez transcurrido un plazo de diez días sin que resulte acreditado el cumplimiento del requerimiento, la multa ascenderá a dos millones de pesetas y se entendería aquél definitivamente incumplido.

Advertir al público de la existencia de la conducta de, "C.I.S., S.A." y de las medidas anteriores adoptadas para su cese de actividades"(folio 4459).

XXXVII) Con fecha 15 de febrero de 2002 se remitió a las personas que constataban en el Libro Registro de Accionistas de "H., SIMCAV, S.A." notificación de los últimos sucesos relacionados con la SIMCAV, solicitándoles su colaboración para que manifestaran su conformidad o disconformidad con el saldo de su inversión en la sociedad, así como con las operaciones de compra y venta que figuraban en los extractos que se adjuntaban y que se derivaban del Libro de Registro de Accionistas.

XXXVIII) Con fecha 28 de febrero de 2002 se celebró Junta General Extraordinaria de accionistas de la entidad "H., SIMCAV, S.A." de la que se remitió acta notarial mediante escrito de 10 de abril de 2002 (número de registro de entrada 2002029356; folios 4631 a 4752). Según el mencionado acta, concurrieron a la Junta el "89,63 % del total del accionariado, del que el 50,37 % se encontraban representados y el 39,26 % presentes" (folio 4643. También en folios 4260 y 4267 a 4401).

En dicha Junta se adoptaron los siguientes acuerdos:

- a) reunión de acreedores en el plazo de siete días para fijar listado y cuantía de la deuda con acreedores.
- b) obtener liquidez inmediata mediante la aportación en metálico para incorporar a los acreedores de la sociedad como accionistas de la misma y en la misma proporción de los socios actuales.
- c) proceder a liquidar y disolver la sociedad con el objeto de que el resultado global para acreedores y accionistas sea el equivalente a 3,10 euros por acción aproximadamente.
- d) convocatoria de Junta General Extraordinaria con orden del día en que incorporen cuantos puntos sean necesarios para llevar a efecto los apartados anteriores y la disolución y liquidación de la sociedad.

En contra de dichos acuerdos votaron Don D.H.M., Dña.O.B.F., más otros accionistas; Dña. M.R.C. como representante de Dña. M.C.G., Don P.O.Z., representante de Don A.R.G.

XXXIX) En el Informe complementario de 15 de marzo de 2002 de la División de Supervisión de la CNMV sobre los resultados de la circularización a accionistas de "H., SIMCAV" se hace referencia a unos certificados emitidos por Don R.C.H. en los que se "certifica" una supuesta posición del accionista en valores y liquidez "afectadas a la gestión de la compañía".

Según el mencionado informe "con los mencionados "certificados" Don R.C.H., en representación de "H., SIMCAV, S.A." pretende reconocer unos saldos de liquidez a favor de accionistas de la sociedad que, sin embargo, no tienen un reflejo contable en el balance de la sociedad" (folios 3026 a 3030. Véase también folio 3113 (contestación de Don R.C.H. a requerimiento de CNMV).

XL) Con fecha 17 de abril de 2002 el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó "incoar expediente sancionador a la entidad "H., S.A." (anteriormente "H., SIMCAV, S.A.") y los miembros de su Consejo de Administración (...) por la presunta comisión de las siguientes infracciones:

- Una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, por incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el punto 6 del artículo 64, en relación con las letras a) y d) del apartado 1 del artículo 63, todos ellos de la Ley del Mercado de Valores, consistente en el desarrollo habitual de la actividad de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, así como de la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión de terceros, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos.

- Una infracción grave tipificada en la letra t) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de las normas de conducta establecidas en el Título VII de la Ley del Mercado de Valores y en su normativa de desarrollo.

- Una infracción muy grave tipificada en la letra g) del apartado 4 del artículo 32 de la Ley 46/1984, de 3 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por incumplimiento de los límites y condiciones impuestos legalmente para la compraventa de las propias acciones de "H., SIMCAV, S.A."

- Una infracción grave tipificada en la letra j) del apartado 3 del artículo 32 de la Ley 46/1984, de 3 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por incumplimiento de la obligación de remitir a los socios de la SIMCAV el estado de posición.

- Una infracción grave tipificada en la letra j) del apartado 3 del artículo 32 de la Ley 46/1984, de 3 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por incumplimiento de la obligación de notificar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el nombramiento de auditores.

- Una infracción grave tipificada en la letra j) del apartado 3 del artículo 32 de la Ley 46/1984, de 3 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores un informe trimestral con omisiones.

- Una infracción grave tipificada en la letra j) del apartado 3 del artículo 32 de la Ley 46/1984, de 3 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por incumplimiento de la obligación de transcribir al libro de actas los acuerdos del Consejo de Administración”.

XLl) Con fecha 3 de junio de 2002 se presenta a la CNMV escritura de protocolización de acuerdos sociales adoptados en Junta General Extraordinaria y Universal el 27 de mayo de 2002, por los que se acuerda adaptar los estatutos a la condición de sociedad anónima ordinaria de “H., S.A.”, eliminando cuantas referencias y vinculaciones existieron a la anterior condición de SIMCAV, nombrando a Don R.C.H. como Administrador único (folios 4796 a 4815).

XLII) Con fecha 29 de julio de 2002, se requiere por la Dirección General de Entidades a “H., SIMCAV” para que remita la información anual referida al ejercicio 2001 que viene exigida por el artículo 30 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva.

Dicho requerimiento es contestado por Don R.C.H. con fecha 6 de agosto de 2002 (número de registro de entrada 2002076928; folio 3131) reiterando la conversión de la SIMCAV en sociedad anónima ordinaria, conversión que, según el mencionado escrito, se halla inscrita en el Registro Mercantil y fue oportunamente comunicada a la CNMV.

XLIII) Con fecha 10 de junio de 2003 el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó *“suspender el expediente administrativo sancionador incoado a “H., S.A.” (anteriormente “H., SIMCAV, S.A.”) y a los miembros de su Consejo de Administración, por acuerdos del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 17 de abril y 9 de mayo de 2002, hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial sobre los hechos que son objeto del citado expediente y de la causa penal en tramitación, en virtud de lo establecido en el artículo 96 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y en el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y ser los citados hechos, objeto de ambos procedimientos, de imposible separación racional”*.

XLIV) con fecha 10 de julio de 2003 se acordó por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores *“suspender el expediente administrativo sancionador incoado a “CIS, S.A.” y a los miembros de su Consejo de Administración, por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 13 de febrero de 2002, hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial sobre los hechos que son objeto del citado expediente y de la causa penal en tramitación, en virtud de lo establecido en el artículo 96 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y en el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y ser los citados hechos, objeto de ambos procedimientos, de imposible separación racional”*.

2.- La cuestión a resolver aquí y ahora consiste en determinar la procedencia o no de la obligación de indemnizar a los hoy demandantes, accionistas de las sociedades “C.I.S., S.A.” y “H., SIMCAV, S.A.”, como consecuencia de la omisión que imputan dichos recurrentes a la Comisión Nacional de Valores y al Ministerio de Economía en el ejercicio de sus funciones de policía, vigilancia, supervisión, sanción cautelar y de autorización sobre las referidas sociedades.

La actora concreta el objeto de su pretensión en la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ejercicio de sus funciones, que no en la actuación empresarial de las referidas sociedades que sólo en la medida que eran a su vez objeto de supervisión administrativa reviste aquí relevancia. Y, en concreto, las omisiones e incumplimientos que a la Administración supervisora se imputan por los demandantes son los siguientes: a) omisión del deber de incoar expediente sancionador a la entidad "C.I.S., S.A." y a su Consejo de Administración y de adoptar las pertinentes medidas cautelares; b) omisión de realizar una inspección a dicha sociedad hasta que cesara en la conducta infractora y procediera a la devolución íntegra de los fondos captados ilegalmente a los inversores; c) incumplimiento del deber de comprobar la honorabilidad profesional y comercial de los promotores y consejeros de la otra sociedad, "H., SIMCAV, S.A.", así como de su experiencia necesaria antes de conceder la autorización; d) omisión del deber de verificar que el proyecto de esta última sociedad contaba con los medios necesarios así como de exigir las condiciones de información necesarias en el folleto informativo de dicha sociedad y de que los administradores informaran de los gastos sociales al inicio del ejercicio; e) omisión del deber de informar de la reducción del patrimonio de la SIMCAV por debajo del mínimo legal; y f) incumplimiento del deber de vigilancia tras la suspensión de cotización de la sanción de las acciones de la SIMCAV.

La Administración demandada, por su parte, sostiene que la acción ha sido ejercitada fuera del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley 30/1992. Y, en cuanto al fondo de la pretensión actora, considera el representante de la Administración que faltan los requisitos necesarios para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ya que, en primer término, no puede considerarse acreditada la efectividad del daño, (no existe una completa y fehaciente acreditación de la entrega de dinero por los recurrentes a dichas sociedades, así como de la titularidad de acciones de dichas sociedades en todos y cada uno de los casos) y, de otra parte, ni existe antijuridicidad de la lesión ni tampoco puede considerarse que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto, incidiendo en el presente caso la conducta de un tercero y de los propios reclamantes, siendo estas actuaciones, en definitiva, las causantes de los perjuicios que se han experimentado por los recurrentes.

3.- La cuestión a resolver aquí es la relativa a la procedencia de las indemnizaciones solicitadas por los recurrentes en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado.

Configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de Expropiación Forzosa, en el art. 121 y contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en los arts. 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, y se desarrolla en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

En concreto el art. 139 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (idéntico, en su contenido esencial, al citado art. 40 LRJAE) dispone: *"1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas."*

Por otra parte, el art. 142.5 establece que: *"En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo"*.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad, a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma.

La responsabilidad por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quien haya sido concretamente su causante.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

1.- El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. Al respecto hemos de precisar lo siguiente:

La lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 abril, 19 mayo y 19 diciembre de 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras de interés público (en ese sentido

SSTS de 4 de junio de 1990, 21 de enero de 1991, 25 de junio de 1992 y 7 de julio de 1997, entre otras). Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que han hecho hincapié en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, tales como las de 19 de noviembre de 1994, 11 y 25 de febrero, 1 de abril, 23 de mayo, 24 de octubre y 8 de noviembre de 1995, 16 de abril de 1996 y 10 de junio de 2003, entre otras.

2.- El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. Es decir, se exige la prueba de la causa concreta que determine el daño o, lo que es lo mismo, de la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como ponen de manifiesto las SSTs de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1985, 22 de julio de 1988, 6 de febrero de 1990 y 5 de junio de 1998.

3.- Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Es decir, el perjuicio ha de ser patrimonialmente evaluable y determinado o determinable con relación a cada persona, pudiéndose producir su cuantificación definitiva en ejecución de sentencia (STS de 5 de junio de 2001).

Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así, en Sentencias 14 de mayo, 4 junio, 2 julio, 27 septiembre, 7 noviembre y 19 noviembre 1994, 11 de febrero 1995, 25 febrero 1995, 28 febrero, 1 abril y 11 de septiembre de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los arts. 106.2 de la constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar 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.

Según la STS 28 de enero de 1986, lo que se pretende es que *“la colectividad representada por el Estado asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios generales que dichos servicios reportan a la comunidad”*, o de otra forma, como señala la STS 2 de junio de 1994, *“configurada legal y jurisprudencialmente la responsabilidad patrimonial del Estado con la naturaleza de objetiva, de manera que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad”*.

Precisamente el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace que sólo se excluya en los supuestos de fuerza mayor y no en la de caso fortuito, lo que implica, como también se recordaba en la STS 1 de diciembre de 1989, que *“el carácter fortuito del hecho causante de una lesión no excluye la responsabilidad patrimonial”*.

La naturaleza objetiva de aquella responsabilidad de las Administraciones Públicas, que constituye un principio cardinal en el régimen administrativo, tal como lo regula la Constitución, según manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1996, debe ser exigida con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades que son susceptibles de poner en riesgo no sólo la propiedad, sino también otros bienes constitucionales de la mayor importancia, la vida y la integridad física de las personas.

Los anteriores principios han de llevar al examen de la relación de causalidad inherente a todo supuesto de exigencia de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél. A este respecto la doctrina administrativa se inclina por la llamada teoría de la causalidad adecuada, que se recoge en la STS de 28 de noviembre de 1998 del siguiente modo: *“El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorístico, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir la relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se inclina por la tesis de causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o sí, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una “conditio sine qua non”, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto el primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir*

la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios". Y en idéntico sentido la STS de 26 de septiembre de 1998.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, y la intervención de un tercero como agente activo, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

Sentado lo anterior, debe matizarse, como lo hacen las SSTS de 25 de enero y 26 de abril de 1997 que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. El hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado.

La doctrina expuesta es así contemplada también en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio, 7 de julio, 20 de octubre y 16 de diciembre de 1997, 10 de febrero de 1998, 10 de junio de 2003 y 23 de septiembre de 2004.

4.- Previa cuestión a resolver es la relativa a la prescripción de las acciones indemnizatorias ejercitadas. Mientras la resolución impugnada, de acuerdo con el principio de la "actio nata" y fijando como "dies a quo" o fecha inicial para el cómputo del

plazo el 21 de enero de 2002, día en que la referida SIMCAV, comunica a la CNMV y ésta hace público un "Hecho Relevante" por el que se informa de la existencia de "perdidas (pendientes de auditar) en el ejercicio 2001 de 905.000 euros...." (aproximadamente el menos 40,47% de su patrimonio medio diario), los recurrentes sitúan la fecha inicial para el cómputo de dicho plazo de prescripción el 30 de octubre de 2002, fecha en la que, según los propios recurrentes, son detraídos íntegramente los fondos liquidados de "H., SIMCAV, S.A." en la cuenta del Banco Pastor sin que se les reembolse las cantidades invertidas.

Ahora bien la tesis de los demandantes al respecto no parece que guarde la debida coherencia con lo afirmado en la propia demanda respecto de la antijuridicidad del daño sufrido. En efecto, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad que se atribuye a la omisión del ejercicio de potestades sobre terceros y, por ello mismo, debe distinguirse el concepto de lesión antijurídica y de daño material. Ambos conceptos, en supuestos en que se imputa a la Administración un daño producido directamente por su actividad, se identifican, pero en los supuestos de omisión y vigilancia difieren; Y así debe distinguirse la lesión jurídica de un derecho o interés protegido como requisito del derecho a ser indemnizado y el daño sobre que actúa como presupuesto esencial contable del monto de la indemnización, como se afirma en la propia demanda, esa misma distinción ha de operar a los efectos que ahora interesan y, por ello mismo, no es el daño físico lo que debe relacionarse con la actuación de la Administración sino el derecho o interés protegido por el legislador. Por ello no cabe asimilar como hacen los recurrentes uno y otro al objeto de fijar la fecha inicial para el cómputo del plazo de la prescripción de una forma subjetiva o arbitraria y, sobre todo, incoherente con las propias afirmaciones de la demanda en las que reiteradamente se está reconociendo que las omisiones que se imputan a la CNMV tuvieron lugar en fechas muy anteriores a la que se cita como día del inicio de la prescripción.

Así la propia recurrente sitúa el conocimiento y la omisión del deber de actuar de la CNMV en junio de 2000 (folio 768 de los autos, pag. 45 de la demanda (diciéndose también que al menos desde septiembre de 2001 la SIMCAV tenía un patrimonio total inferior al mínimo legal establecido, conociendo dichos hechos la CNMV por los informes mensuales y trimestrales que la sociedad le entregaba (pag. 42 de la demanda reiterándose constantemente que la CNMV conocía ya en el año 2000 los hechos que, a juicio de la demandante, motivaban la adopción de medidas cautelares cuya omisión se denuncia aquí, llegando a reconocer de manera meridiana (pag. 43 de la demanda) que cuando el daño causado por la negligencia de la CNMV es ya irreparable, por lo tanto, ya se había producido, se acuerda el 13 de febrero de 2002 la incoación del expediente sancionador a la entidad "C.I.S., S.A." a que más arriba se hizo mención. Sin olvidar que es el 21 de enero de 2002 cuando se comunicó a la CNMV y ésta hizo público el "Hecho Relevante" por el que se informó de la existencia de las referidas pérdidas pendientes de auditar, teniendo en todo caso conocimiento los reclamantes en aquel momento de la situación de desequilibrio de aquella sociedad, por lo que deben entenderse estabilizados los efectos económicos de tal situación a los efectos que ahora interesan. De ahí que, cuando se interpuso la reclamación de responsabilidad por los hoy actores, el 27 de marzo de 2003, la acción había prescrito por el transcurso del plazo de un año legalmente establecido al efecto.

5.- Ahora bien, y no obstante lo anterior, la Sala en aras de la mayor efectividad de la tutela judicial ha examinado el fondo del asunto y, en concreto, la concurrencia de los presupuestos necesarios para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se demanda llegando, adelantémoslo, a una conclusión negativa a la vista de los presupuestos que, según la doctrina más arriba reseñada, deben concurrir para el éxito de la acción indemnizatoria ejercitada.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, 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.

Como esta misma Sala y Sección declaraba en las sentencias de 13 de marzo de 2000, 4 de abril de 2005 y dos de enero de 2006 entre otras, es preciso dejar sentado qué se entiende por servicio público al hablar del prestado por la CNMV para la regulación del mercado de valores:

“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 de 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."

En cuanto a la concurrencia del elemento del nexo causal el Tribunal Supremo ha abandonado la exigencia de un nexo directo, inmediato y exclusivo, a favor de la posibilidad de la concurrencia de causas, si bien centrado el concepto de causalidad en que el daño se ha producido porque ha tenido lugar una 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. Finalmente 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 según el Tribunal Supremo, a la Administración dado el carácter objetivo de la responsabilidad.

6.- Falta, en efecto, en primer lugar, el requisito de la antijuridicidad de la lesión pues, con independencia de la responsabilidad exigible a los administradores de las sociedades del caso y que, por cierto, se encuentran en curso en la actualidad, de pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes es imputable a su propia decisión ya que fueron ellos los que eligieron y confiaron la gestión de carteras a unas determinadas sociedades, confiando sus ahorros a una entidad no habilitada sin la precaución siquiera de verificar previamente la habilitación de la entidad y valorar los riesgos asumidos en relación con una arriesgada oferta económica.

La existencia de la CNMV, como acertadamente se pone de relieve en la resolución impugnada, no impide "per se" que cualquier entidad pueda actuar como intermediaria sin poseer la habilitación adecuada, ni presupone "per se" el cumplimiento por parte de las entidades habilitadas de todos los requisitos de fehaciencia y garantía con respecto a los inversores a que se refieren los demandantes; buena prueba de ello son los

expedientes sancionadores incoados a entidades no registradas por la realización de actividades para las que no están habilitadas, siendo impensable, al igual que ocurre con el Cuerpo Nacional de Policía, que la mera existencia del órgano supervisor pueda impedir la realización a determinadas entidades de actividades para las que no están debidamente habilitadas y, desde luego, en ningún caso puede constituir una garantía de la no comisión de ilícitos administrativos o penales.

Los recurrentes insisten en los argumentos esgrimidos en la vía administrativa y reiteran el conocimiento que de la captación de recursos por parte de "CIS" tenía la CNMV y la inactividad de ésta al respecto así como de las infracciones graves de la normativa del mercado de valores por parte de los administradores de la SIMCAV, olvidando así los actores que fueron ellos los que ignoraron los registros públicos que les hubiera permitido comprobar fácilmente si la entidad a la que confiaron sus ahorros podía o no prestar aquellos servicios de inversión o si, como es el caso, por no figurar registrada, estaba llevando dicha actividad ilegalmente.

En cualquier caso la CNMV inició actividades de averiguación, requirió a la entidad, para que en su caso, respetase la reserva de actividad y se dirige, como resulta del relato fáctico más arriba reseñado a BSCH para comprobar si había realizado actos propios de la actividad de gestión, obteniéndose contestación negativa con fecha 27 de julio de 2000. Fueron también nuevamente los actores los que eligieron libremente una forma de inversión con un riesgo determinado bajo la administración de determinadas personas que administraban la SIMCAV, cuya elección es imputable únicamente a los accionistas de la sociedad que deben hacer efectiva la responsabilidad por la mala gestión de aquellos por los cauces que al efecto prevé la legislación reguladora de las sociedades anónimas.

7.- Tampoco cabe apreciar nexo causal entre la Comisión Nacional del Mercado de Valores y los perjuicios alegados por los recurrentes.

La Ley 24/1988 del Mercado de Valores encomienda a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la función de "supervisión e inspección de los Mercados de Valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos.

Se trata, por tanto, de determinar si se produjeron daños como consecuencia de una supuesta falta de diligencia y eficacia en la actuación de la CNMV, que ha permitido que el daño sea causado realmente por terceras personas, ajenas a la organización administrativa pero sometidas en su actividad profesional a su estricto control.

Pero, y de nuevo frente a lo que en la demanda se alega, las actuaciones de la CNMV respecto de la actividad de "CIS, S.A." fueron constantes y reiteradas en el ejercicio de las funciones de inspección como resulta de la simple lectura del precedente relato fáctico; desde los primeros requerimientos de información (en abril y en junio de 2000), pasando por las inmediatas actuaciones de averiguación a raíz de las reclamaciones presentadas que condujeron a la adopción también de diversas medidas, entre ellas la puesta en conocimiento del público de la situación de estas entidades con fecha 14 de febrero de 2002, hasta la incoación de expediente sancionador a aquellas dos entidades y a los miembros de su consejo de administración, la iniciación del expediente de revocación

de la autorización concedida a la SIMCAV y la propuesta de suspensión total y con carácter inmediato de los efectos de dicha autorización, hasta, finalmente, poner de manifiesto a la Jurisdicción Penal que en las actuaciones de supervisión realizadas se habían descubierto hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos tipificados en los artículos 252 y 290 y siguientes del Código Penal.

Y finalmente, no puede obviarse la incidencia de la conducta de terceros y de los propios recurrentes en la relación de causalidad, doble interferencia que, como por los demás se desprende de lo hasta aquí razonado, impiden hablar de un nexo causal en los términos exigibles con arreglo a la precitada doctrina jurisprudencial, sobre cuya base no cabe sino concluir que los responsables del quebranto patrimonial de "CIS" no son sino sus propios administradores, que igualmente son los responsables de que dicha entidad actuase en el mercado sin estar inscrita como entidad actuase en el mercado sin estar inscrita como entidad autorizada, responsabilidad que igualmente recae, por lo que se refiere a la SIMCAV, sobre sus administradores por el incumplimiento, sólo a ellos atribuible, de las normas de disciplina establecidas por la legislación del mercado de valores y, por ello, es a éstos a los que cabe exigir responsabilidad por la infracción de aquellas normas o por el desempeño de una gestión abusiva o desleal; sin que, finalmente, las actuaciones de la CNMV puedan neutralizar ese nexo causal directamente derivado en este caso tanto de la actuación de los administradores de ambas sociedades como la de los propios inversores ahora recurrentes.

8.- De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don J.H.B., Don R.H.B., Don A.C.V., Don J.A.O., Dña. E.D.C., Don I.M.D., Don R.V.C., Don M.R.M., Don F.B.M., Dña. M.G.A., Dña. P.L.M., Dña. M.P.L., Don J.G.B., Don J.T.J., Don M.F.B., Dña. C.P.G., Dña. S.C.B., Don J.A.P., Don R.A.A., Don A.B.C., Dña. S.C.H., Dña. M.B.G., Don J.C.F., Don J.F.M., Dña. M.M.S., "D.B., S.A.", Dña. M.L.L., Don F.L.C., Don L.L.F., Don G.A.E., Dña. T.H.A., Don E.V.V., Dña. M.F.B., Don M.P.F., Don J.P.A., Dña. M.M.L., Don G.M.D., Don A.R.R., Don F.L.E., Dña. C.O.A., Don B.G.R., Dña. L.A.F., Dña. M.C.K., Dña. S.P.R., Dña. M.R.M., Don V.L.C., Don G.G.A., Dña. M.C.R., Don J.M.I., Don J.S.A., Don P.S.M., Don J.T.R., Dña. S.G.S., Don S.T.S., Don R.P.P., Don F.C.G., Don J.B.B., Dña. Y.B.B., Dña. L.G.D., Don F.R.M., Don L.C.M., Don J.A.C., Don F.P.P., Don J.T.C., Don J.M.P., "A.B.C.P., LDA."; Dña. R.V.F., Don F.L.L., Don R.D.I., Don L.A.E., Dña. M.O.C., Dña. P.L.M., Dña. M.M.S., Don F.M.M., Dña. M.G.S., Don F.C.M., Don F.C.F., Dña. M.M.P., Dña. P.P.L., Don F.M.G., Dña. M.P.S., Don S.L.V., Don U.O.S., Don C.U.S.,

Dña. D.S., Dña. D.M.S., Don A.G.H., Dña. O.G., Don A.G.H., Dña. Y.G.M., Don E.M.R., Don M.L.G., "C.Y., S.A.", Don P.C.S., Dña. I.O.C., Dña. M.C.L., Don O.C.C., Don J.M.C., "L.C., S.L.", Don D.P.L., Don M.J.G., "S.I.R.B., S.A.", Don E.B.M., Don J.C.A., Dña. A.G.V., Dña. M.P.G., Dña. N.F.M., Don J.H.C., Don R.L.C., Dña. A.U.R., Don M.U.C., Dña. O.R.P., "V.S., LDA."; "E.C.R.C., S.A.", Don R.D.U., Don C.C.C., Dña. M.G.E., Dña. M.S.R., Don J.E.M., Dña. R.L.J., contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a derecho.

Sin expresa imposición de costas.

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

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