

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE MARZO DE 2018

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

**Recurso nº:** 31/2016  
**Ponente:** D. Francisco Díaz Fraile  
**Acto Impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 14 de febrero de 2014.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don JGG y Doña MBG representado por el Procurador Don JGB contra MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD representado por el abogado del Estado sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección D. Francisco Díaz Fraile.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Competitividad es la resolución de 14-2-2014.

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

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

**CUARTO.-** Contestada la demanda, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 20/03/2018, en el que efectivamente se votó y falló.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se impugna la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 14-2-2014 que desestimó la reclamación indemnizatoria deducida en su día por los hoy recurrentes por el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

**SEGUNDO.-** Los demandantes solicitan una indemnización por importe de 94.659,38 €, “incrementados con el interés legal correspondiente desde el 1 de marzo de 2011 (fecha del reembolso) hasta el dictado de la resolución”, y “desde el momento en que se dicte la resolución del presente procedimiento y hasta el completo pago de la anterior cantidad el interés moratorio (el interés legal del dinero más dos puntos)”, cuya indemnización se impetra por una pretendida defectuosa actuación de la CNMV en el ejercicio de sus funciones sobre el fondo SANTANDER BANIF INMOBILIARIO FII.

El susodicho fondo de inversión inmobiliaria se constituyó en diciembre de 1994. El 16-2-2009 la sociedad gestora del fondo comunica que el importe de los reembolsos solicitados por los partícipes del fondo hasta el 13-2-2009 asciende a 2.617 millones de

euros, lo que representa un 80% del patrimonio del fondo a finales de enero, que carece de liquidez para afrontar el pago de dicho importe, por lo que solicita y obtiene de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) la correspondiente autorización para la suspensión del reembolso de participaciones por un periodo de dos años que abarca desde el 28-2-2009 hasta el 28-2-2011, y ello con la finalidad de disponer de tiempo para generar liquidez enajenando los activos del fondo. Ante la depresión del mercado inmobiliario y las dificultades para generar la necesaria liquidez sobre la base de la venta de los inmuebles del fondo, el Grupo Santander aporta recursos y garantía de liquidez mediante la suscripción de nuevas participaciones para poder atender los reembolsos de los partícipes ante la próxima finalización del plazo de suspensión de los reembolsos.

Es de señalar que el 1-3-2011 los hoy demandantes obtuvieron el reembolso de las participaciones que habían solicitado tras dos años de suspensión. El importe que los demandantes obtuvieron en el reembolso de 1-3-2011 era superior al que habían invertido, si bien el reembolso en esta última fecha se hizo a un valor liquidativo inferior al existente en la fecha en que se inicia el periodo de dos años de suspensión de los reembolsos.

La reclamación administrativa origen de la litis se presentó el 29-2-2012, y tras su correspondiente tramitación (en la que el Consejo de Estado emitió el pertinente dictamen) se dictó la resolución recurrida de 14-2-2014, que desestimó la reclamación por no concurrir los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración.

Los demandantes piden como daño indemnizable el importe de las comisiones devengadas por la sociedad gestora y el depositario del fondo de inversión más los intereses legales correspondientes.

El abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión de la parte actora en los términos que son de ver en autos.

**TERCERO.-** La parte demandante atribuye el daño sufrido cuya indemnización solicita a una defectuosa actuación de la CNMV en sus funciones de supervisión, inspección y sanción en los mercados de valores sobre el fondo SANTANDER BANIF INMOBILIARIO FII, y de aquí la responsabilidad patrimonial de la Administración. La parte demandante parte de ciertos presupuestos cuales serían que el mentado fondo de inversión inmobiliaria constituía un fraude piramidal y que se habría cometido un fraude de ley, cuya tesis se explicaría desde el momento en que las comisiones de la sociedad gestora y del depositario del meritado fondo de inversión consumían la mayor parte de las rentabilidades de dicho fondo, de modo que los reembolsos tendrían que hacerse con cargo a las nuevas suscripciones, cuyas suscripciones estarían atraídas por un valor liquidativo latente que se alimentaría por las tasaciones periódicas de los inmuebles del patrimonio del fondo, tasaciones que en realidad serían artificiales y no aceptadas por el mercado. La CNMV habría colaborado en el fraude piramidal en la fase de constitución en su día del fondo de inversión inmobiliaria, con la autorización de la suspensión de los reembolsos en febrero de 2009, con su actitud respecto de la aprobación del Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, que modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005,

de 4-11-2005, con la aprobación de la normativa contable recogida en las circulares de la CNMV 4/1994 y 2/2008, aludiendo, de otro lado, la parte actora a otras cuestiones que no tienen una relación de conexión directa con el resultado dañoso que invoca y cuya indemnización impetra según veremos más adelante.

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

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

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

El artículo 1.1 de la Ley 35/2003 dispone que "son Instituciones de Inversión Colectiva

(IIC, en adelante) aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”, regulando los artículos 35 a 38 de la misma ley las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.

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

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

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

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

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

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

Ya se ha visto que la CNMV debe velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, y para la consecución de tales fines debe promover la difusión de cuanta información sea necesaria. Se plantea en este punto la determinación del estándar del rendimiento medio del servicio público en cuestión, que está presidido por criterios de prudencia y razonabilidad. No puede perderse de vista que los mercados de valores están integrados en una economía de mercado donde los inversores son los principales responsables de sus acciones mientras que la CNMV vela en el ejercicio de sus funciones de supervisión, inspección y sanción por el correcto funcionamiento del mercado y de la formación de los precios en bien de la protección de los inversores, cuya principal garantía es la transparencia del mercado y un nivel de información adecuado. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, la CNMV no garantiza el éxito de las inversiones ni puede subrogarse en la responsabilidad derivada de la actuación de las entidades que

intervienen en el mercado, rigiéndose el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección por los criterios de prudencia y razonabilidad en bien justamente del principio de libertad de los agentes que protagonizan la actividad en una economía de mercado (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 16-5-2008, 6-2-2012, 14-6-2010 y 6-2-2015, entre otras).

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

Antes de abordar la temática de fondo que plantea la parte actora es prioritario dar respuesta a dos cuestiones que suscita la contestación a la demanda del abogado del Estado y que impedirían aquel examen de fondo de la cuestión litigiosa. Así, el abogado del Estado opone la inadmisibilidad del recurso contencioso por defecto legal en el modo de proponer la demanda, y por otra parte esgrime la prescripción de la acción administrativa en la fecha en que se presentó la reclamación administrativa. Ninguna, sin embargo, de estas objeciones puede merecer favorable acogida. En primer lugar, el artículo 69 de la LJ no contempla el defecto legal en el modo de proponer la demanda como una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, y ello sin perjuicio de las consecuencias de otro orden que una demanda defectuosa pueda acarrear. En segundo lugar, la parte demandada basa la prescripción tomando como referencia del dies a quo del plazo prescriptivo la fecha del vencimiento (28-2-2011) del plazo de suspensión de los reembolsos, cuya fecha sería discutible y debe ceder en cualquier caso a la fecha del reembolso efectivo en 1-3-2011, siendo así que a partir de esta última data los interesados pudieron ya calcular el supuesto daño cuya indemnización impetran, por lo que es de concluir que en la fecha de presentación de la reclamación administrativa aún no había transcurrido el plazo anual legalmente previsto al efecto, de donde que la alegada prescripción haya de decaer.

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

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

En primer lugar, malamente los recurrentes pueden sostener que hayan sufrido un perjuicio en su inversión cuando el 1-3-2011 obtuvieron el reembolso de sus participaciones con plusvalías respecto de la cantidad invertida, si bien dicho reembolso se produjo a un valor liquidativo inferior al correspondiente a la fecha inicial del período de dos años de suspensión de los reembolsos. La actora solicita una indemnización correspondiente al importe de las comisiones pagadas a la gestora y al depositario más el correspondiente interés legal. Sin embargo esta pretensión no resulta plausible. La inversión en el fondo de referencia no estaba exenta de riesgo, y, por otra parte, lo cierto es que la actora obtuvo una plusvalía o ganancia en los reembolsos realizados el 1-3-2011, por lo que en el caso realmente los demandantes no sufrieron un daño en su inversión. Cuestión distinta es que los recurrentes tuvieran una expectativa de ganancia superior, pero su pretensión no es de recibo en los términos en que se produce ya que

las comisiones formaban parte del coste de la inversión y los intereses legales no formaban parte del rendimiento previsto de la inversión realizada. En definitiva, ni las comisiones ni los intereses legales pretendidos son indemnizables, siendo así que en realidad los recurrentes no sufrieron un daño en su inversión sin perjuicio de que pudieran tener expectativas más elevadas, por lo que en el supuesto enjuiciado no existe lesión resarcible, cuya razón sería suficiente -sin más- para la desestimación del actual recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, es de advertir la ausencia en el caso del requisito del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño de que se queja la parte actora, que imputa dicho daño a una defectuosa actuación de la CNMV en sus funciones de supervisión, inspección y sanción sobre el fondo de inversión inmobiliaria en cuestión desde su nacimiento hasta la suspensión de los reembolsos en febrero de 2009. Sin embargo, y en contra de la tesis de la parte actora, la CNMV ha llevado a cabo una serie de actuaciones en relación con el referido fondo de inversión en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección que no se apartan del estándar del rendimiento medio exigible al servicio público de que se trata y que no guardan una relación directa con el daño alegado por la recurrente según exponemos a continuación.

En la fecha de constitución en diciembre de 1994 del susodicho fondo de inversión la CNMV no tenía aún la competencia de autorización, de tal manera que esta entidad se limitó a informar con carácter previo a la concesión de la correspondiente autorización por el Ministerio de Economía y Hacienda, cuya autorización además tenía carácter reglado pues solo podía denegarse por incumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios.

Se razona por la demandante la defectuosa actuación de la CNMV en sus funciones de supervisión, inspección y sanción respecto del fondo de inversión de referencia sobre ciertos presupuestos, como serían el fraude piramidal que representaba el propio fondo de inversión, el carácter artificial de las tasaciones periódicas de los inmuebles del fondo y la insuficiencia de la información suministrada por este último. Sin embargo, ninguno de estos presupuestos resulta de recibo. En primer lugar, no ha quedado acreditado el fraude piramidal de que parte como premisa la demandante. El fondo de inversión se ajustaba a la estructura diseñada por la normativa sectorial pertinente, el rendimiento del inversor se establecía en función de los resultados colectivos, lo que no empece para que las comisiones de la gestora y del depositario absorbieran una parte importante de los rendimientos efectivos. Es de notar que el informe pericial de la recurrente no demuestra la estructura piramidal del fondo de inversión frente a la tesis del informe de la Dirección General de Entidades de la CNMV, antes al contrario el mismo informe pericial afirma que “--- sin que podamos calificar a Santander Banif Inmobiliario como un producto de inversión piramidal propiamente dicho, lo cierto es que los efectos finales sí que pudieron parecer similares a los de un esquema piramidal, especialmente cuando se paralizó el reembolso de participaciones en el año 2009”, siendo de resaltar que las referidas comisiones estaban dentro de los límites legales y eran conocidas al ser públicas por los partícipes del fondo. En segundo lugar, las controvertidas tasaciones de los inmuebles del fondo de inversión se hicieron por sociedades autorizadas al efecto y conforme a la normativa vigente y no anulada, siendo tales tasaciones públicas y conocidas por los partícipes. En tercer lugar, es de señalar que los partícipes recibieron la

información preceptiva.

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

En definitiva, ni al constituirse el fondo de inversión inmobiliaria de referencia, ni a lo largo de su desarrollo hasta febrero de 2009, ni al autorizarse en esta última fecha la suspensión de los reembolsos es de apreciar una actuación de la CNMV que se apartara de la normativa vigente o del estándar del rendimiento medio del servicio exigible en sus funciones de supervisión, inspección y sanción sobre el fondo de inversión inmobiliaria en cuestión.

Finalmente, es de señalar que la parte actora aborda o denuncia otros aspectos que, sin perjuicio de que en hipótesis pudieran considerarse o no (según los casos) como infracción, no guardan una relación efectiva de causalidad con el daño alegado según observamos a continuación.

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

La normativa contable (circulares) que dictó y tuvo en cuenta la CNMV no consta impugnada ni anulada.

No es esta la sede adecuada para enjuiciar el posible error (vicio de consentimiento) cometido por los demandantes al invertir en el fondo de inversión inmobiliaria de referencia, siendo de notar que los partícipes tuvieron a su disposición la información preceptiva para poder formarse un juicio sobre su inversión, sin que a este respecto pueda dirigirse ningún reproche a la CNMV.

No hay prueba suficiente (ni siquiera puede hablarse de una prueba indiciaria propiamente dicha) de que la CNMV participara en un supuesto fraude de ley, como tampoco la hay de una supuesta desviación de poder por parte de la CNMV, y ello sin perjuicio de los esfuerzos dialécticos de la recurrente, que pueden tener mayor o menor fundamento especulativo pero no alcanzan a erigir la prueba necesaria al respecto.

Otras cuestiones tratadas por la demandante como el error padecido en las cuentas anuales de 2007, las supuestas maniobras discriminatorias de directivos del Grupo Santander en orden a la permanencia o salida del fondo de inversión de referencia, el pretendido incumplimiento del coeficiente de liquidez en diciembre de 2008 o la alegada indiferencia de la CNMV ante operaciones vinculadas (líneas de crédito del Banco de Santander al fondo de inversión de referencia) aparecen analizadas suficientemente en la resolución recurrida, cuyos razonamientos no han sido desvirtuados por la parte actora, a lo que es de añadir que tales cuestiones no tienen una relación directa con el daño de que se queja dicha parte y cuya indemnización impetra.

Parece que no ofrece duda que la causa inmediata y real de la suspensión de los



reembolsos en febrero de 2009 fue el elevado nivel de peticiones de reembolsos que se acumularon en aquellas fechas ante la evidencia de la crisis económico-financiera mundial y sus desastrosos efectos, siendo así que dicha suspensión aparece conforme a Derecho y posteriormente el 1-3-2011 se producen los reembolsos a los recurrentes con plusvalías (aunque a un valor liquidativo inferior al que tenían las participaciones en la fecha de inicio del período de suspensión de los reembolsos).

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

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

**SEPTIMO.-** No procede la imposición de las costas en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJ.

### **FALLAMOS**

- 1) Desestimar el recurso, sin dar lugar a la causa de inadmisibilidad del mismo opuesta por el abogado del Estado.
- 2) Confirmar la resolución administrativa a que se contrae la litis.
- 3) No procede condena en costas.

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

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