

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª

Recurso nº: 4474/2007

Ponente: Don Enrique Lecumberri Martí

Acto Impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 15 de junio de 2007.

Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, compuesta por los Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación nº 4474/2007, interpuesto por doña R.M.M, "F.M.", "P.S.A." y "C.A.", que actúan representados por la Procuradora de los Tribunales doña M.F.M., contra la sentencia de fecha de quince de junio de dos mil siete, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), recaída en el recurso contencioso administrativo 134/2003 , en el que se impugnaba la desestimación por silencio del Ministerio de Economía y Hacienda de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.

Comparece como recurrido el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta de la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 134/2003, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, se dictó sentencia con fecha quince de junio de dos mil siete, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal :

"DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "P.S.A.", "C.A.", "F.M.", doña R.M.M. y doña I.M.A., en representación propia y de doña C.B. y don J.S., contra la Resolución por silencio del Ministerio de Economía y Hacienda descrita en el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia. Sin expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de los recurrentes, se preparó recurso de casación y teniéndose por preparado, por providencia de la Sala de instancia de treinta y uno de julio de dos mil siete, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- La representación procesal de los recurrentes, por escrito presentado el veintinueve de octubre de dos mil siete, formalizó recurso de casación en el que interesaba que se dicte sentencia por la que se de lugar al mismo, casando y anulando la recurrida, con los pronunciamientos que en derecho correspondan y reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por las pérdidas producidas a los recurrentes que han recurrido, más los intereses correspondientes, con expresa imposición de las costas causadas.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha veinte de febrero de dos mil ocho, la Sección Primera de esta Sala acordó la admisión del recurso de casación, y la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos donde se tienen por recibidas el dieciocho de abril de dos mil ocho, confiriéndose traslado al Abogado del Estado para formular oposición.

QUINTO.- El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, presentó el cuatro de

junio de dos mil ocho escrito de oposición al recurso de casación interpuesto en el que solicitó *"dicte sentencia por la que desestime el recurso, confirme íntegramente la sentencia recurrida e imponga las costas a la parte recurrente"*.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día treinta y uno de enero de dos mil doce, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia por "P.S.A.", "C.A.", "F.M.E.", doña R.M.M. y doña I.M.A., en representación propia y de doña C.B. y don J.S. lo fue contra la desestimación por silencio de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Ministerio de Economía y Hacienda por los demandantes por la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en relación con la entidad Gescartera Dinero A.V., S.A. Dicho recurso fue desestimado por la sentencia que ahora se recurre en casación.

Consideran los recurrentes que hubo omisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en el ejercicio de sus funciones de vigilancia e intervención de GESCARTERA, lo que obliga a indemnizar los perjuicios causados a los recurrentes, que, respecto de los que han interpuesto el presente recurso de casación ascienden a:

- a) "P.S.A.": 3.024.777,62 euros (503.280.649 pesetas).
- b) "C.A.": 842.526,77 euros (140.184.660 pesetas).
- c) "F.M.": 585.209,46 euros (97.370.661 pesetas) y 413.365,36 euros (68.778.209 pesetas).
- d) Doña R.M.M.: 354.229,25 euros (58.938.788 pesetas),

La Sala de instancia recoge en el fundamento jurídico tercero de la sentencia la siguiente situación fáctica, que son coincidentes a los recogidos en la sentencia de esta Sala y Sección 6ª de dos de marzo de dos mil once, recurso de casación 4718/2006 y la de catorce de junio y uno de junio de dos mil diez, recursos de casación 1743/2006 y 93/2006, respectivamente:

"Del examen del expediente administrativo a la luz de las alegaciones de la recurrente y del Abogado del Estado, así como de la prueba practicada en autos, resulta que con fecha 9 de Diciembre de 1.998 representantes de la División de Supervisión comunicaron a GESCARTERA DINERO S.G.C., S.A. el inicio de una visita, cuyo objeto era comprobar las medidas adoptadas con respecto a las incidencias puestas de manifiesto en la visita anterior, realizada entre los días 15 de Octubre y 19 de Noviembre de 1.997, que había tenido por objeto analizar las medidas adoptadas

por la sociedad para subsanar las debilidades detectadas en la inspección realizada en 1.995. La revisión efectuada en 1.997, se centró en los estados financieros a 30 de Septiembre de 1.997, habiéndose alcanzado las conclusiones que se recogen en el informe de la División de Supervisión.

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

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

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

Con posterioridad se efectúa requerimiento de 3 de Febrero de 1.999, en el cual se solicitó al Secretario del Consejo de BANKINTER extracto bancario de la cuenta global, indicando su titular, y copia del contrato de apertura, extracto bancario de las cuentas afectas a gestión de los clientes de la muestra, y manifestación de validez sobre los certificados emitidos por BANKINTER. BANKINTER contestó a través de su departamento de auditoría interna, manifestando que nueve clientes liquidaban a través de la cuenta global y que el titular de dicha cuenta era GESCARTERA. En cuanto a la validez de los certificados indicó que diversos movimientos que no figuraban en sus registros habían sido tramitados a través de otra sociedad.

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

cuenta global informado por BANKINTER.

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

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

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

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

El 26 de Marzo de 1.999 miembros de la División de Supervisión de la CNMV realizaron una visita al ecónomo del A.V., quien consideró haber entregado en gestión una cantidad superior a 1.000 millones de Ptas., remitiendo posteriormente un fax declarando que a 30 Noviembre de 1.998 tenía entregados 1.050 millones de pesetas.

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

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

El mismo día se solicitó a representantes de GESCARTERA que se personasen en la agencia de

BANKINTER para solicitar extracto de la referida cuenta durante el mes de Marzo de 1.999. Con dicho extracto se comprobó que el pago no se había realizado desde esta cuenta y que con fecha 12 de Marzo se había realizado un cargo por 1.474.994.945 pesetas en concepto de "cancelación de cuenta".

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

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

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

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

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

El 9 de Abril de 1.999, la Directora de Auditoría Interna de BANKINTER comunicó que BANKINTER

había recibido el 7 de Abril una transferencia por 750 millones de pesetas cuyo ordenante era GESCARTERA.

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

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

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

El 15 de Abril de 1.999 fue comunicada por el Banco de España la procedencia de la transferencia recibida por BANKINTER el 7 de Abril, que fue ordenada por la M.P.S.P.

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

"1º.- Ampliar la incoación del expediente sancionador acordada por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 6 de Abril de 1.999, a GESCARTERA DINERO S.G.C., S.A., a todos los miembros de su Consejo de Administración y a su Director General, D. J.L., por:

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

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

2º.- 1. Requerir a la entidad GESCARTERA DINERO S.C.G., S.A., para que dé cumplimiento al

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

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

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

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

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

El mismo día se requirió a GESCARTERA para que enviaran documentación soporte del abono en la cuenta 0128-0062-43-0104843353 de 1.075 millones de pesetas por parte del A.V., transferencia que sería previa a la cancelación de la cuenta de este cliente mediante cheque de 1.104.966.641 pesetas. Con fecha 22 de Abril de 1.999, GESCARTERA envió un escrito, en el que se manifestaba que la entidad había decidido la constitución de una SICAV, declarando la existencia de fondos de sus clientes radicados en el exterior sin poder de disposición directo de GESCARTERA. Asimismo, se declaraba que la liquidación de la cuenta del A.V. se efectuó sobre la totalidad del patrimonio gestionado, comprendiendo tanto el efectivo para atender liquidaciones mediante la cuenta "353" como el efectivo afecto a gestión sin poder de disposición directo, habiendo rescatado el A.V. la totalidad del saldo entregado a GESCARTERA, reasignando la titularidad de futuras acciones de la SICAV que debería haber suscrito.

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

GESCARTERA la redacción de las mismas.

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

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

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

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

El 26 de mayo se efectuó un requerimiento a GESCARTERA pidiendo aclaración sobre las respuestas remitidas por los clientes y solicitando que se preparasen cartas para enviar a 10 de los clientes circularizados con el objeto de que éstos aclarasen los comentarios que incluyeron en su contestación. También se requirió a GESCARTERA relación completa de clientes, cuentas corrientes y saldos a 20 de mayo de 1999, con el fin de verificar la correcta individualización de saldos a esa fecha, información sobre la supuesta cuenta corriente en Londres, y los libros mayores de las cuentas contables de los clientes con posición deudora desde el 1 de enero de 1999 hasta el 20 de mayo de 1999, ambos inclusive. Por escrito de 3 de junio de 1999, GESCARTERA contestó al requerimiento anterior. Con referencia a la individualización de saldos de clientes, adjuntaron dos listados de clientes a 20 de mayo de 1999, uno referente a cuentas en BANKINTER y otro a cuentas en Deutsche Bank, ascendiendo el saldo de efectivo a esa fecha, según estos listados, a 1.144 millones de Ptas., cantidad significativamente inferior a la que mantenían sus clientes a 30 de noviembre de 1998. Añadieron que ya se habían realizado todos los traspasos de efectivo, estando todas las cuentas individualizadas y siendo el saldo de la cuenta global "353" cero. Con referencia a la cuenta corriente en Londres afirmaron que desconocían cualquier información relativa a ese número de cuenta.

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

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

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

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

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

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

El 26 de julio de 1999 se recibió contestación al requerimiento de 16 de julio, indicando que en el estado reservado señalado se incluía el saldo de cuentas de clientes afectas a gestión sobre las que GESCARTERA no tenía poder de disposición y que BANKINTER no podía certificar el saldo mencionado en el requerimiento, pues en la cuenta NUM000 sólo se hallaba parte del saldo de liquidez afecto a la gestión.

Entre el 11 de noviembre y el 17 de diciembre de 1999 se realizó por el nuevo equipo designado una visita de supervisión, cuyo objeto era realizar una comparación entre las posiciones de los clientes obtenidas de los registros contables de la sociedad y las que se dedujeran de las certificaciones expedidas por las entidades depositarias de valores y efectivos, a fecha 8 de noviembre de 1999. El informe que se elaboró a la finalización de dicha visita puso de manifiesto que la sociedad mantenía en La Caixa, una cuenta corriente cuyo importe ascendía a 3.949 millones de pesetas, en

la que estaba depositada la mayor parte del efectivo propiedad de los clientes, estando dicho efectivo depositado en una cuenta única, en lugar de en cuentas individuales abiertas a nombre de cada cliente, aunque La Caixa había certificado conocer el desglose de titularidades a través de información suministrada por la propia sociedad. GESCARTERA se comprometió a que los saldos de efectivo de los clientes estarían depositados en cuentas individualizadas antes del día 31 de marzo de 2000.

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

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

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

Constata también la Resolución impugnada que, se están siguiendo actuaciones penales ante el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional sobre la autenticidad de la documentación aportada a la CNMV durante la visita de noviembre de 1999.

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

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

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

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

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

A fecha de vencimiento (el plazo dado para aportar dicha documentación vencía el 12 de junio de 2001) y fuera del horario del Registro Oficial de la CNMV, la entidad aportó un sobre conteniendo su respuesta al requerimiento citado, sin que se aportasen los certificados descritos. Durante el día 13 de junio de 2001 se instó en reiteradas ocasiones a los responsables de la entidad a que aportaran los originales de dichos certificados y se mantuvo con ellos una reunión en los locales de la CNMV. En dicha reunión D. Ángel se comprometió a aportar al día siguiente el certificado emitido por la entidad bancaria en la que se encontraban depositados los 2.615 millones de pesetas.

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

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

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

DINERO, A.V., S.A., conllevando la concurrencia de las indicadas circunstancias entre una y otra sociedad un riesgo cierto de comunicación de la insolvencia que, en su caso, pudiera sufrir la Agencia de Valores.

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

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

Sobre estos hechos la Sala de instancia razona la desestimación del recurso con los siguientes argumentos (FJ 6º): "Los recurrentes no cuestionan los hechos antes citados que recogen la actuación de la CNMV en relación con GESCARTERA, si bien se fijan en que a partir de 1.995 ésta era objeto de una vigilancia especial por parte de la CNMV, al haber detectado graves incumplimientos de aquélla, en la forma de contabilizar las operaciones, puesto que sabía que no registraba a nombre de sus clientes los valores adquiridos por los mismos, ni informaba a la CNMV de la actividad de gestión de carteras, por ello consideran que la CNMV omitió la adopción de medidas cautelares, limitándose a requerir a la agencia el cumplimiento de las normas de disciplina de mercado, no tomando la medida cautelar de intervención hasta la reunión de su Consejo el 14 de Junio de 2001.

La representación procesal de los recurrentes, en su escrito de conclusiones, habiendo tenido conocimiento de la sentencia dictada por esta Sala el 13 de marzo de 2003, argumenta que "mientras en el caso AVA la CNMV desconocía el alcance de la situación que en la Agencia de Valores por no existir, según se desprende de las alegaciones del Abogado del Estado supervisiones anteriores en Ava por lo que puede decir que la supervisión en Ava fue tardía para proteger a los inversores, en el llamado Caso Gescartera la CNMV conocía desde 1.995 la gravedad de las múltiples infracciones cometidas en el seno de la entonces gestora de carteras y el serio peligro para el patrimonio de los clientes,..."

"Sin embargo, debe concluirse aplicando las consideraciones contenidas en las Sentencias de esta Sala de 13 de Marzo de 2003 y de 21 de abril de 2004, y que resultan plenamente aplicables al caso de autos, que:

1º) La medida de intervención, como allí se argumenta tiene carácter excepcional y fue tomada cuando se constató la excepcional gravedad de la situación;

2º) Del relato fáctico que se ha hecho, se pone de manifiesto las reiteradas actuaciones supervisoras e inspectoras de la CNMV, dirigiendo requerimientos de información, celebrando visitas de inspección e incoando un procedimiento sancionador acordado en reunión de 6 de Abril de 1.999, ampliado en la reunión del Consejo de la CNMV de 16 de Abril de 1.999, que culminó con Resolución sancionadora de 13 de Julio de 2000;

3º) El 21 de Julio de 1.999, se recibieron las cuentas anuales con el informe de auditoría firmado por Deloitte & Touche, que presentó una opinión favorable sin salvedades;

4º) La transformación de GESCARTERA en agencia de valores, le impuso una serie de obligaciones y controles a las que antes, al ser una sociedad gestora de carteras, no estaba sometida y que anteriormente se han recogido; e) además de la opción voluntaria de los recurrentes de contratar con GESCARTERA, lo cierto es que concertaron con aquellas actividades como el mantenimiento de contratos de depósito remunerados, que GESCARTERA no estaba autorizada a realizar ni cuando fue sociedad gestora de carteras, ni cuando fue Agencia de Valores, pues estaban reservadas a Entidades de crédito (Art. 28.2.b de la Ley 26/88).

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

SEGUNDO.- La representación procesal de los recurrentes plantean cinco motivos de casación al amparo del apartado c) y d) del art. 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción.

Previamente, antes de abordar su examen, sin embargo, conviene observar que este recurso de casación es muy similar a otros anteriores que han dado lugar a sentencias de esta Sala y Sección 6ª, como son los de fechas dos de marzo de dos mil once, recurso de casación 4718/2006 , de catorce de junio de dos mil diez, recurso de casación 1743/2006; de uno de junio de dos mil diez, recurso de casación 93/2006 y la de veintisiete de enero de dos mil nueve, recurso de casación 5921/2004. Por tanto, la resolución de los motivos hoy planteados, sin duda, recogerán los fundamentos jurídicos recogidos en estas sentencias para motivos casi coincidentes. Así, dado que esta Sala ya se ha pronunciado sobre la actuación de la CNMV en el episodio de Gescartera, habrá que hacer amplias remisiones a lo que ya se ha dicho.

1.- Al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción , se denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia , concretamente la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, el artículo 67.1 de la Jurisdicción, al no haberse pronunciado sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso, y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisando que la sentencia ni es clara ni precisa ni congruente con las peticiones de la demanda y no aparece suficientemente motivada.

Se considera que ya con la autorización de GESCARTERA S.G.C para actuar como sociedad gestora de carteras por parte del Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la CNMV, determina la existencia de responsabilidad, al no cumplirse los requisitos previstos en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva y el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley citada. La Sala de instancia no ha analizado dicha cuestión. Seguidamente ya entra de lleno en la que considera inactividad negligente de la CNMV por su falta de control, inspección y vigilancia de GESCARTERA, que hubiera debido determinar ante el incumplimiento reiterado de sus obligaciones la obligación de revocación de la autorización concedida, que hubiera determinado que no hubiera nuevos inversores que entregaran su dinero a GESCARTERA. Al permitirse a GESCARTERA continuar con la autorización para operar en servicios de inversión mantuvo la apariencia de legalidad. Había cometido infracciones muy graves y también otras graves que impedían conocer la verdadera situación de la mercantil debió intervenir con anterioridad -ya desde el año 1995- y haberse iniciado expedientes sancionadores, siendo que la CNMV tenía conocimiento directo del funcionamiento ilegal y perjudicial de la Agencia de Valores.

El Abogado del Estado considera que este motivo debe desestimarse por cuanto la recurrente está pretendiendo cuestionar el fondo de la cuestión, sosteniendo su personal valoración de los hechos. De todas maneras, no existe incongruencia omisiva en la sentencia recurrida ya que analiza de forma clara, precisa y razonada si de la actividad administrativa por omisión, cabía estimar existente el derecho a la indemnización que reclaman, recogiendo en un extenso fundamento de derecho los hechos de los que se ha de partir, así como también la doctrina que fundamenta la conclusión jurídica. Tampoco existe falta de motivación ni han denunciado haber padecido indefensión alguna.

Este motivo es esencialmente coincidente con el formulado como motivo primero en el recurso de casación 4718/2006, resuelto por sentencia de la Sección 6ª de esta Sala, recordando consolidada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a la congruencia de las sentencias y la extensión del deber de motivación -por todas SSTC 136/1998, de 29 de junio, 29/1999, de 8 de marzo y 91/2003, de 19 de mayo -, así como Jurisprudencia de esta Sala , como la sentencia de seis de febrero de dos mil siete . Nos encontramos, en definitiva, ante el planteamiento de cuestiones nuevas, no planteadas y decididas en la instancia, y que por tanto, no pueden analizarse en vía casacional.

" Es decir, la pretensión de reconocimiento de responsabilidad formulada por el recurrente en la demanda se vincula, no a una supuesta falta de control en la constitución y autorización de Gescartera que se dice cometida por el Ministerio de Economía y Hacienda, sino a una falta de ejercicio de las facultades de control que, de haber existido por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, hubiera impedido que los clientes de Gescartera efectuaran las inversiones y con ello evitado la existencia del daño. " (FD 2º).

No puede prosperar el motivo ya que no se aprecia las infracciones de incongruencia omisiva y motivación denunciadas. La sentencia contiene una relación de hechos que puntualizan y expresan lo sucedido, cual fue la actuación de la CNMV ante las diversas

situaciones por las que atravesó GESCARTERA. No existe déficit de motivación ni incoherencia puesto que la recurrente conoce perfectamente cuales son las razones que han llevado a la Sala de instancia al pronunciamiento desestimatorio. La sentencia de uno de junio de dos mil diez, recurso de casación 93/2006, en atención a esta alegación concreta de falta de motivación e incongruencia resuelve que no concurren, en base a dos afirmaciones que resumidamente podemos expresar:

a.- se podrá estar o no de acuerdo con la decisión adoptada pero lo cierto es que la sentencia de instancia recoge pormenorizadamente los hechos relevantes que sustentan la convicción jurídica sin que el hecho de que no se explique porque la CNMV no actuara de otra forma en cada momento integre un vicio de falta de motivación (FD 5º)

b.- No hay incongruencia o inconsistencia entre lo pedido y lo resuelto atendiendo a las facultades que tiene reconocidas la CNMV (FD 5º)

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

TERCERO.-En el motivo segundo, al amparo de lo establecido en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , se alega infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesal que han generado a la parte recurrente indefensión. La norma infringida que se cita es el artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con los artículos 284 , 285 , 286 y 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la jurisprudencia que los desarrolla, y del artículo 24 de la Constitución Española

Sostienen los recurrentes que se les ha causado indefensión por la inadmisión de la prueba testifical en su día propuesta a la Sala. La indicada prueba está íntimamente relacionada con el derecho a la tutela judicial que se pretendía obtener ya que los testigos propuestos habían participado activamente en los hechos que se enjuiciaban en la instancia.

El Abogado del Estado considera que debe desestimarse tal motivo porque el derecho a la prueba que ostentan los recurrentes no es absoluto e incondicionado sino que debe ponerse en relación con la utilidad y pertinencia del mismo. Además, los recurrentes deben poner de manifiesto en esta instancia la relación de hechos que se quisieron probar y las pruebas inadmitidas. Ha de acreditarse, en definitiva, que se ha producido un menoscabo efectivo del derecho y que el proceso pudiera indiciariamente haber tenido una respuesta favorable a las pretensiones del recurrente de haber admitido y practicado la prueba. En el presente caso la recurrente no logra explicar de forma convincente los concretos extremos que no pudo acreditar y la relevancia que la omisión probatoria ha podido tener. La simple enumeración de las pruebas rechazadas no cumple con las exigencias para entender cometida la infracción.

Este concreto motivo, relativo a la vulneración del derecho fundamental a la prueba pertinente al proceso, tal cual hoy ha sido planteado, ha sido también tratada en la reciente sentencia de esta Sala, Sección 6ª, de dos de marzo de dos mil once, recurso de casación 4718/2006, pero referido a determinadas pruebas documentales, con sentido desestimatorio

al entender que no eran pruebas pertinentes al proceso. En el presente caso se refieren a pruebas testificales que fueron inadmitidas en la instancia sin que ahora en casación se acredite la relevancia de la misma a los efectos de probar la tesis actora respecto a la falta de diligencia, supervisión o control y sanción de la CNMV. La recurrente no acredita que tales testificales hubieran determinado indiciariamente un resultado distinto del proceso por entender que esa medida de intervención -excepcional- hubiera debido adoptarse con anterioridad. Por la mera cita o lista de los testigos que aparecen en un determinado documento no se determina sin más su relevancia y pertinencia en el proceso de autos, siendo que el Tribunal de instancia es el que ha de determinar su utilidad y procedencia en el proceso en atención al resultado que podría obtenerse de las mismas. Como ya recuerda el Abogado del Estado en su escrito de oposición no estamos ante un derecho absoluto e ilimitado de las partes sino que ha de enmarcarse en una previa operación de calificación de pertinente y útil al proceso en atención a lo que resulta controvertido y a la naturaleza de la controversia.

No puede prosperar este motivo.

CUARTO.- El tercer motivo que se plantea es al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La norma que se cita como infringida es el artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con los artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 24 de la Constitución.

Considera que se ha realizado una valoración de la prueba de forma arbitraria, irracional y que conduce a resultados inverosímiles que implica, asimismo, también la vulneración del artículo 24 de la Constitución. En dos extensos apartados mantiene que de los hechos se desprende que la CNMV habría debido iniciar expediente sancionador y acordar la intervención antes de cuando lo hizo, sobre todo si se tiene en cuenta que unos meses antes aprobó la transformación de Gescartera en agencia de valores y que la falta de diligencia de la CNMV es manifiesta máxime cuando aquella obstruía de modo reiterativo la labor investigadora.

El Abogado del Estado se opone a este motivo recordando la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

Este motivo está tratado en las sentencias de uno y catorce de junio de dos mil diez, recursos 93/2006 y 1743/2006, que a su vez recogen la sentencia de veintisiete de enero de dos mil siete, que vino a resolver el recurso de casación presentado por diversas entidades contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2004 y otra de dieciséis de mayo de dos mil ocho de esta Sala. Para evitar repeticiones debe resaltarse que la medida de intervención tal y como resultaba concebida por el artículo 31 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, era excepcional y para un supuesto de especial gravedad constatada. Y la adopción de la misma por la CNMV el catorce de junio de dos mil uno y no en otra anterior es el resultado de la ponderación de las sucesivas actuaciones sobre la entidad, en un ejercicio razonable de las facultades que al efecto le atribuía la ley, que no puede entenderse desvirtuado o enervado por una apreciación de la situación financiera de la entidad que no era cierta, pues ello fue consecuencia de la actuación falsaria de los directivos de la misma y

una entidad de crédito, que presentaron certificaciones atribuidas a la correspondiente entidad bancaria que no respondían a la realidad, lo que no se apreció en ese momento sino transcurrido el tiempo en virtud de la correspondiente persecución penal no sólo respecto de los directivos de la Agencia de Valores sino de los de la Agencia de la Entidad de Crédito autores de tales documentos, que llevaron en su momento al órgano de control a apreciar una situación financiera de la entidad inspeccionada que no era cierta, órgano que llevó a cabo múltiples actuaciones encaminadas a la averiguación y corrección de la situación financiera de la entidad intervenida, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, y adoptando la medida de intervención cuando se comprobó la actuación falsaria de la entidad, permitiendo apreciar la gravedad de la situación y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando.

Por tanto, no es posible considerar que en la instancia se ha realizado una errónea valoración de la prueba, sino que la misma se ha efectuado atendiendo a las reglas de la sana crítica y atendiendo a todo el material probatorio sin que pueda atenderse al resultado final y a la relevante penalmente intervención de los directivos de la entidad y terceros cómplices en la acción falsaria.

Este motivo ha de desestimarse.

QUINTO.- Se formula el cuarto motivo al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, citando como infringidos los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, los artículos 9.3, 106.2 y 149.1.18 de la Constitución y la Jurisprudencia que los desarrolla. Como Jurisprudencia infringida cita sentencia de esta Sala dictadas en los recursos de casación 7896/2000, 3292/2000, entre otras. La infracción que imputa a la sentencia de instancia la sitúa en no determinar en el fallo la responsabilidad patrimonial de la CNMV por falta de diligencia ante la omisión de su deber de intervenir Gescartera desde el año 1995.

El Abogado del Estado solicita su desestimación al entender que está vacío de contenido al no explicar de qué forma o modo la sentencia infringe estos preceptos o la Jurisprudencia que cita. Se reproduce el debate de la instancia, incluso con remisión a diversos apartados de la demanda y de las conclusiones.

Como se recoge en la sentencia de uno de junio de dos mil diez, recurso de casación 93/2006, y es plenamente aplicable a este motivo para su desestimación sin mayores precisiones:

"Como tuvo ocasión de explicar pormenorizadamente la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2008, también relativa a una reclamación de responsabilidad de la Administración por una pretendida actuación tardía de la CNMV, en los supuestos en que la producción del daño se atribuye a una inactividad u omisión, es preciso demostrar que sobre la Administración pesaba un deber jurídico de actuar o, en su caso, de hacerlo antes del momento en que lo hizo. Pues bien, habida cuenta de que en el presente caso, como ha quedado expuesto más arriba, la actuación de la CNMV no puede ser tachada de intempestiva ni, más en general, de inadecuada, es claro que no

cabe objetivamente imputar el daño sufrido por los recurrentes a la Administración. En otras palabras, no existe nexo causal entre la omisión de unas determinadas decisiones, que la CNMV no estaba obligada a tomar en el momento que señalan los recurrentes, y la pérdida patrimonial padecida por éstos."

Se desestima este motivo.

SEXTO.- Por último, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, se citan como infringidos el artículo 5 del Real Decreto 2119/1993, de 3 de noviembre , sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los Mercados Financieros y los artículos 7 y 15 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Sostienen los recurrentes que la CNMV no utilizó tempestivamente todas las facultades que, en materia sancionadora, le otorgan los citados preceptos reglamentarios, insistiendo de nuevo en que aquélla tiene una "*potestad coercitiva de investigación*". Además en cualquier momento podía dar traslado al Ministerio Fiscal por si los hechos eran constitutivos de ilícito penal.

El Abogado del Estado considera que estamos ante una cuestión nueva que no formaba parte del objeto del proceso, porque no está en cuestión si tales preceptos se han cumplido o no, sino si la falta de adopción de determinadas medidas era constitutiva o no de falta de diligencia administrativa determinante de responsabilidad. El motivo ha de ser desestimado.

Nuevamente, y por último, es un motivo tratado en la sentencia de uno de junio de dos mil diez, que a su vez se recoge también en la sentencia de dos de marzo de dos mil once de esta Sala. Ambas reproducen literalmente la sentencia de veintisiete de enero de dos mil nueve sobre la capacidad de coerción de la CNMV. En definitiva se reitera el criterio de que la CNMV efectuó un seguimiento continuo a Gescartera desde el año 1995 sin que las valoraciones personales de los recurrentes respecto a la naturaleza e intensidad de las mismas pueda convertirlas en negligentes o inadecuadas puesto que se realizaban al amparo de las facultades que la ley otorgaba a la CNMV y en atención a las diversas circunstancias que se iban presentando. Se recuerda el principio de proporcionalidad y la razonabilidad de la actividad que debe desarrollar la CNMV y que los recurrentes no ponen en duda, y que además se sustentaba también en la falta de denuncias por partes de los clientes de la entidad. En definitiva y sin ánimo de ser reiterativos y sin reproducir el debate, no hubo ni dejación de funciones ni tampoco inactividad de la CNMV determinante de un supuesto de responsabilidad administrativa.

Se desestima este último motivo.

SÉPTIMO.- Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido por el Art 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede hacer expresa condena en costas a la recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del artículo citado señala como cifra

máxima que en concepto de honorarios del Abogado del Estado recurrido podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 €).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación núm. 4474/2007, interpuesto por la representación procesal de doña R.M.M., "F.M." "P.S.A." y "C.A" frente la sentencia de fecha de quince de junio de dos mil siete, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), recaída en el recurso contencioso administrativo 134/2003 , en el que se impugnaba la desestimación por silencio del Ministerio de Economía y Hacienda de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, y todo ello con expresa condena en costas a la recurrente con el límite fijado en el fundamento de derecho séptimo de esta Sentencia.

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