

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2012

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº:** 379/2011

**Ponente:** D.ª Concepción Mónica Montero Elena

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

**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Asociación Unidos por la Seda, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. C.P.C., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 13 de junio de 2011, relativa responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la cuantía del presente recurso de 989.671 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación Unidos por la Seda, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. C.P.C., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la resolución que nos ocupa y reconozca el derecho de la recurrente a percibir la indemnización que solicita.

**SEGUNDO:** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO:** No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticinco de septiembre de dos mil doce.

**CUARTO:** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 13 de junio de 2011, que desestima la solicitud de indemnización formulada por la actora.

Como argumento central de la pretensión actora se esgrime que el vaciado patrimonial de la entidad La Seda de Barcelona, de la cual eran accionistas los componentes de la entidad actora, no se hubiese producido si la CNMV y el ICAC hubiesen ejercido correctamente sus funciones de supervisión.

**SEGUNDO:** Entrando en el análisis de la cuestión que se nos somete, conviene recordar la doctrina declarada por el Tribunal Supremo en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad patrimonial del estado, regulada en los artículo 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, - hoy 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre -, queda configurada mediante el acreditamiento de: a) daño efectivo, b) relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de la Administración, c) ausencia de fuerza mayor - sentencias de 20 de febrero y 25 de octubre de 1989 del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª y 19 de enero de 1990 de la Sección 1ª -.

En relación con daño causado, es necesario que el perjudicado no tenga obligación de soportarlo, debiendo ser real y probado ya que la efectividad excluye, por su propia naturaleza, la eventualidad, posibilidad o contingencia.

En cuanto a la actuación de la Administración, no se exige que ésta sea antijurídica, ya que la obligación de indemnizar se configura como responsabilidad objetiva - sentencias del Alto Tribunal, Sala 3ª Sección 3ª de fecha 20 de febrero de 1989 y 14 de junio de 1990 -. Pero sí es necesario que entre la acción u omisión administrativa y el daño producido exista una relación causal, de suerte que el daño no se hubiera producido, o hubiese sido menor, de no mediar la acción u omisión administrativa - sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1990 -. Igualmente se requiere que el perjudicado no tenga obligación de soportar el perjuicio.

El alcance de la indemnización, se extiende al supuesto, no solo del daño emergente, sino también a la ganancia dejada de obtener, esto es, el lucro cesante, como consecuencia de la acción administrativa, si bien no pueden computarse las ganancias meramente posibles, sino tan sólo aquellas cuya real existencia resulte suficientemente probada -sentencia del tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 -.

**TERCERO:** Por su parte, el artículo 139 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, establece:

*"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 individualizado con relación a una persona o grupo de personas."*

Con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 1997, dictada en el recurso ordinario 455/1997, tuvo ocasión nuevamente de sintetizar los elementos esenciales que han de concurrir para originar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Así, en su fundamento jurídico cuarto concreta

los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones como sigue: A) Lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente, B) la lesión se define como un daño ilegítimo, C) el vínculo entre el resultado dañoso y la Administración implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas, y D) la lesión ha de ser real y efectiva nunca potencial o futura.

Señala, a continuación, la propia sentencia que la responsabilidad se configura como 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 aquella se haya producido un daño efectivo.

Por su parte, la sentencia de 21 de julio de 2001, dictada en el recurso de casación 2193/97, especifica respecto del nexo causal, que no se requiere que el mismo sea directo, inmediato y exclusivo - doctrina ésta abandonada por el Alto Tribunal -, admitiéndose una relación de causalidad bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que de existir moderan la reparación a cargo de la Administración.

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

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

La Ley 24/1988 en su artículo 14 configura la CNMV como un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada, sometida en el ejercicio de sus funciones públicas a la propia Ley y disposiciones que la desarrollen y a la Ley de Procedimiento Administrativo de forma subsidiaria. Por su parte el artículo 13 dispone la creación de la CNMV, a la que se encomienda, en lo que ahora interesa, la supervisión e inspección de los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, velará así mismo por la transparencia del mercado de valores, la correcta formación de precios y la protección de los inversores.

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

Por su parte el artículo 85 de la citada Ley en su redacción dada por la Ley 37/1998 determina las potestades que a la CNMV se atribuyen para el cumplimiento del servicio público encomendado, cuales son las de recabar información y realizar las correspondientes inspecciones a fin de comprobar la veracidad de la información, debiendo estar a su

disposición, los libros, registros y documentos oportunos - siendo sancionable la ocultación -. Igualmente se reconoce en el artículo 89 de la Ley la posibilidad de informar al mercado sobre los datos relevantes obtenidos mediante el uso de las señaladas potestades.

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

En cuanto al ICAC, la Ley 19/1988, aplicable por razón del momento en que ocurrieron los hechos, determinaba en su artículo 22:

- “1. Todos los auditores de cuentas y sociedades de auditoría quedan sometidos al sistema de supervisión pública, objetiva e independiente.*
- 2. El sistema de supervisión pública estará regido por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.*
- 3. En particular, el sistema de supervisión pública tendrá la responsabilidad última de:*
  - a. La autorización e inscripción en el Registro Oficial de Auditoría de Cuentas de los auditores legales y sociedades de auditoría.*
  - b. La adopción de normas en materia de ética profesional y control de calidad interno en la actividad de auditoría, así como la supervisión de su adecuado cumplimiento.*
  - c. La formación continuada de los auditores de cuentas.*
  - d. El control de calidad, sistemas de investigación y régimen disciplinario.”*

Además, continúa el citado precepto:

*“4. Corresponde al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, además de las funciones que legalmente tiene atribuidas, el control de la actividad de auditoría de cuentas que será realizado de oficio así como el ejercicio de la potestad disciplinaria de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría de cuentas, y la cooperación internacional en el ámbito de la actividad de auditoría de cuentas. Dependerá del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ya se ha señalado que el Tribunal Supremo abandonó la doctrina referente a la exigencia de un nexo directo, inmediato y exclusivo, admitiendo la posibilidad de la concurrencia de causas; ahora bien, como se declara en el fundamento jurídico cuarto, al que nos hemos referido, de la sentencia de 20 de octubre de 1997, la concepción de causalidad que interesa lo es la que explique el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel.

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

Se dice en la misma sentencia que no es asociable el nexo causal con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo del resultado dañoso, pues irían contra el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y solo se admite la exclusión de la responsabilidad por concurrencia de fuerza mayor - admitida por la

Ley -, intencionalidad de la víctima en la producción o padecimiento del daño o la gravísima negligencia de ésta, siempre que tales circunstancias determinen la lesión. La prueba de la concurrencia de una circunstancia excluyente corresponde a la Administración dado el carácter objetivo de la responsabilidad.

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

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

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

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

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

Pues bien:

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

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

Efectivamente, las potestades otorgadas a la CNMV antes descritas, incluyen facultades de vigilancia, solicitud de informes, inspección, sancionadoras, de intervención; pero no incluye facultades coercitivas de investigación, de suerte que su actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles pongan a su disposición, pudiendo ejercer potestades sancionadoras en caso de ocultación u obstrucción, pero no ostentando facultades compulsivas en la recabación de datos. Lo mismo debemos afirmar del ICAC, que puede supervisar la actividad auditora una vez realizada pero no puede sustituirla.

En este punto hemos de resaltar dos elementos:

1) El principio de habilitación administrativa supone que la Administración solo tiene las potestades públicas expresamente otorgadas por el Ordenamiento Jurídico y por norma con rango suficiente en cada caso. En el supuesto que nos ocupa, como ya hemos apuntado, la CNMV no tiene potestades de investigación coercitiva, de suerte que los medios de investigación otorgados por el Ordenamiento, parten de la idea de colaboración de los interesados, cuya obstrucción, falta de información o resistencia a la investigación del órgano de regulación, constituye infracción administrativa prevista en la Ley del Mercado de Valores, pero no autoriza a la CNMV, a la utilización de medios compulsivos de investigación.

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

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

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

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

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



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

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

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

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo promovido por Asociación Unidos por la Seda, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. C.P.C., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 13 de junio de 2011, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.