

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE DICIEMBRE DE 2012 y
AUTO DE ACLARACIÓN DE 25 DE ENERO DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 531/2011
Ponente: D.ª María Asunción Salvo Tambo
Acto Impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 30 de septiembre de 2011 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 2 de agosto de 2011
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a catorce de diciembre de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 531/2011 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador don E.C.F., en nombre y representación de SANTANDER ASSET MANAGEMENT, S.A., S.G.I.I.C., contra Resolución de fecha 30 de septiembre de 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre Sanción por infracción muy grave de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte actora interpuso, en fecha 18 de octubre de 2011 este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

“SUPlico que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y tenga por formalizada la demanda en los presentes autos por parte de SANTANDER ASSET MANAGEMENT, S.A., S.G.I.I.C., con devolución del expediente, y, previos los trámites legales, sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

1º) Anule íntegramente Orden de la Ministra de Economía y Hacienda, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a SANTANDER ASSET MANAGEMENT, S.A., S.G.I.I.C., por infracción muy grave de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (om 5911), dictada el día 2 de agosto de 2011 y confirmada en vía de reposición por la Resolución de 30 de septiembre de 2011 del Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Hacienda, con íntegra anulación de la sanción de 14.000.000 € impuesta a mi representada.

2º) Subsidiariamente, para el caso de que esta Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente los actos administrativos impugnados, reduciendo el importe de la multa impuesta hasta fijarla en un máximo de 150.000 € (ó 300.000 € si se estima correcta la calificación de la infracción como muy grave).”

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

3.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 11 de abril de 2012 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con

el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 26 de noviembre de 2012 se señaló para votación y fallo el día 4 de diciembre de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a la hoy recurrente SANTANDER ASSET MANAGEMENT, S.A., S.G.I.I.C., por infracción muy grave de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, dictada el día 2 de agosto de 2011 y cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“Imponer a SANTANDER ASSAT MANAGEMEN, S.A., SGIIC, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 80, letra n), de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con los artículos 6, 8 y 46.2 del mismo texto legal, por la vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a las IIC por ella administradas (en concreto, en relación con los fondos garantizados Fondo Superselección 2, FI y Fondo Super 100, FI, entre los años 2003 y 2007, una MULTA por importe de 14.000.000 € (CATORCE MILLONES DE EUROS).”

La Orden originariamente impugnada fue confirmada en reposición por la Resolución, dictada por delegación el 30 de septiembre de 2011, del Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Hacienda.

2.- Los *“hechos probados”* que se contienen en la resolución impugnada y que tienen una especial relevancia para la presente decisión son los siguientes:

Primero.

SANTANDER ASSET MANAGEMENT, S.A., S.G.I.I.C. (en adelante, Santander AM o la Gestora) es una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva inscrita en el Registro Administrativo correspondiente de la CNMV con fecha 12 de noviembre de 1985, figurando en él con el número 12. La Gestora tiene su domicilio social en la Avenida de Cantabria, s/n, sita en Boadilla del Monte (Madrid). Su capital social a la fecha de redacción del Informe razonado ascendía a 23.319.188 euros, representado por 38.800 acciones de 601,01 euros nominales cada una. Sus recursos propios eran, a 30 de junio de 2009, 103,8 millones de euros, con un superávit respecto a los exigibles de 81,5 millones de euros.

La Gestora está integrada en el GRUPO SANTANDER, cuya entidad dominante es BANCO SANTANDER, SA. A fecha 30 de septiembre de 2007, los accionistas que representaban una inversión en la Gestora superior al 5% de su capital social eran los siguientes:

Socio	Porcentaje
BANCO ESPAÑOL. DE CREDITO S.A.	20, 00 %
BANCO SANTANDER, SA.	28, 30 %
SANTANDER AM HOLDING, S.L.	51, 52 %

Banco Español de Crédito, SA. está participada en un 88,43% por Banco de Santander, SA., Santander AM Holding S.L. está participada en un 100% por Banco Santander, S.A. En consecuencia, Banco de Santander, SA. ostenta, directa más indirectamente, el 99,82% de la Gestora. Las participadas consolidan por integración global con Banco de Santander, SA. (Datos a 31/12/2006, obrantes en el Folleto Continuoado del Banco nº 8846 de 19/9/2007, inscrito en los Registros Públicos de la CNMV).

Esta estructura de capital se mantenía a la fecha de redacción del Informe razonado.

A 30 de septiembre de 2007 Santander AM gestionaba 326 fondos de inversión y 288 SICAV con un patrimonio total de 59.973 millones de euros.

En su condición de sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva, está sujeta al régimen de supervisión, inspección y sanción previsto en la Ley 35 de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante, Ley 35/2003) correspondiendo a la CNMV - de acuerdo con el mismo texto legal - su inspección y la vigilancia en el cumplimiento de sus obligaciones.

En el ejercicio de sus competencias, la Dirección General de Entidades - Departamento de Supervisión de IIC-ECR - realizó una actuación de supervisión a la Gestora mediante visita in situ con fecha de referencia de 30 de septiembre de 2007 Como consecuencia de esta actuación se pusieron de manifiesto los hechos que figuran en los ordinales siguientes

Segundo.

Santander AM gestiona a la fecha de referencia de la visita dos fondos de inversión garantizados, Fondo Superselección 2, FI (número de registro oficial 2529) y Fondo Super 100, FI (número de registro oficial 2759) que, para la obtención del valor liquidativo garantizado, invierten en derivados OTC (opciones call) contratados con JP Morgan Chase Bank (London), en el primer caso, y con BNP Paribas y Merrill Lynch Internacional (London), en el segundo.

De forma resumida, las características de estos fondos son las siguientes:

- Fondo Superselección 2, FI (nº de registro 2529: folleto inscrito en la CNMV el 30 de mayo de 2003): asegura a 30 de enero de 2008 el 100% de valor liquidativo de 30 de abril de 2003 mas el 75% del incremento porcentual que experimente en el periodo garantizado una cesta de IIC extranjeras.

- Para conseguir el objetivo de rentabilidad el Fondo invirtió en una cartera de renta fija y en una opción call asiática contratada con JP Morgan Chase Bank (London) sobre una cesta de Fondos subyacentes.

- Fondo Súper 100, FI (nº de registro 2759, folleto inscrito en la CNMV el 28 de julio de 2003, que asegura a 4 de noviembre de 2008 el 100% del valor liquidativo de 4 de julio de 2003 mas el 100% del incremento porcentual que experimente en el periodo garantizado una cesta de IIC extranjeras.

- Para conseguir el objetivo de rentabilidad el Fondo invirtió en una cartera de renta fija y en una opción call asiática contratada con BNP Paribas, SA y Merrill Lynch Internacional (London) sobre una cesta de Fondos subyacentes.

Santander Central Hispano Investment, S.A. (denominado actualmente Santander Investment, S.A.) es el Depositario de ambos fondos.

Tercero.

Las contrapartes, para efectuar la cobertura del riesgo que asumen por su exposición (posición corta) a los subyacentes de las OTC (IIC extranjeras que componen las cestas), invirtieron en dichos subyacentes, a través de la plataforma AllFundsBank, quedando estas posiciones registradas a nombre y por cuenta de estas entidades.

Según la información proporcionada por Banco Santander, las comisiones que las gestoras extranjeras retroceden por la inversión que las contrapartes realizan en las IIC subyacentes son percibidas por AllFundsBank, AllFundsBank, una vez descontado el coste de a plataforma, paga a su vez esta retrocesión a Banco Santander SA., sin que los fondos garantizados se beneficien de dichas retrocesiones.

El importe desglosado por año de las comisiones percibidas por Banco Santander SA desde el inicio del periodo de garantía hasta e] 30 de septiembre de 2007 por las opciones OTC en cartera de los dos fondos de inversión garantizados asciende a 7,3 millones de euros.

El perjuicio causado a cada fondo sobre el patrimonio a 30 de septiembre de 2007 es el siguiente:

Nº Reg.	Denominacion	Año	Importes Retrocedido a Patrimonio Banco 30/9/07 Santander, SA	%sobre patrimonio
2529	Fondo Sup selec2, FI	2003	1.887,3	
		2004	1.768,3	
		2005	547,4	
		2006	154,8	
		2007	102,6	
		Subtotal	4.460,4	1.035.877

	2003	490,6		
	2004	858,6		
2759 fondo Sup 100, FI	2005	676,0		
	2006	505,3		
	2007	305,1		
	Subtotal	2.853,6	1.144.522	025%

Cabe señalar que la Gestora, en escrito remitido a la CNMV el 19 de diciembre de 2007 (registro de entrada número 2007120567) manifestó que no percibía ninguna comisión distinta de las establecidas en los folletos, ni ninguna retrocesión de comisiones derivadas de las IIC subyacentes (en relación con las inversiones que en éstas realizan las contrapartes de tas OTC).

Cuarto.

En el marco de las actuaciones de supervisión y ante los anteriores hechos, la Gestora alega básicamente que nunca ha percibido comisiones distintas de las recogidas en los folletos, por ser así su política de comisiones, y que en la fecha de creación de los fondos no existía un criterio sectorial sobre la percepción de retrocesiones.

En relación con esta alegación cabe destacar, en primer lugar, que existe un acuerdo de colaboración de fecha 12 de julio de 2002 (anterior por lo tanto al registro de los fondos), firmado por la Gestora en representación de los FI que administra, el depositario y AllFunds Bank, mediante el cual ésta última entidad se compromete a abonar a cada uno de los fondos inversores parte de las comisiones que perciba por su labor de colocación de las IIC subyacentes en las que inviertan (normalmente el 85% de las comisiones totales percibidas), quedando el resto en poder de AllFunds Bank por la labor que desarrolla.

Adicionalmente, en el proceso de autorización de uno de los fondos afectados, la Gestora remitió a la CNMV el 5 de mayo de 2003 una declaración en la que manifestaba de manera inequívoca su voluntad de no mantener con ninguna entidad acuerdos de percepción de comisiones directas o indirectas. Dicho compromiso se exigía por la CNMV a las gestoras de fondos de inversión garantizados referenciados a la evolución de otras IIC, previa comunicación de la imposibilidad de que las propias gestoras o entidades de su grupo percibiesen retrocesiones de acuerdo con la normativa vigente.

Queda de esta forma claramente demostrado que la Gestora conocía que las retrocesiones originadas por la inversión, de los fondos gestionados por Santander AM en otros fondos, debían ser abonadas a éstos (como, de hecho ella misma había pactado con AllFunds Bank desde julio de 2002). Adicionalmente, queda acreditado que, ya en esa fecha, la CNMV trasladaba a las entidades gestoras de fondos garantizados referenciados a IIC, que no resultaba posible la existencia de retrocesiones que no tuviesen a los fondos como beneficiarios cuando la inversión se realizaba a través de productos derivados, y la entidad era consciente de ello, habiendo aportado a la CNMV un compromiso escrito al respecto.

Cabe destacar que la Gestora, no sólo pertenece al grupo Santander (está participada en un 99,82% por el Banco), sino que el Banco es accionista directo suyo (tanto a la fecha de referencia de la visita como en la actualidad mantiene una participación del 28,30%), por lo que resulta difícil aceptar que la entidad gestora, siendo consciente de la práctica de retroceder comisiones por volumen contratado por parte de las IIC extranjeras, desconociese que el Banco recibía las retrocesiones.

Quinto.

La conducta de la Gestora supone el incumplimiento continuado por ésta - entre el año 2003 y el 2007 - con perjuicio para los inversores, de su obligación de actuar en beneficio o interés de los partícipes de dos instituciones de inversión Colectiva (IIC) por ella administradas, fondos de inversión garantizados, al vulnerar el régimen de ingresos, comisiones y gastos a ellos imputables. Más en concreto, el principio básico de actuación de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (SGIIC) en interés de los partícipes de las IIC que administra, al haber permitido (o no haber impedido con una actuación más diligente) que terceras entidades (Banco Santander, su entidad dominante o de control) se beneficiaran, en detrimento de los fondos de inversión garantizados, de las retrocesiones de comisiones que tiene su origen en la inversión de éstos en derivados OTC (opciones call) con subyacente de cestas de IIC extranjeras, para obtención del valor liquidativo garantizado (las comisiones que las gestoras de las IIC extranjeras retroceden por la inversión que las contrapartes de las opciones realizan en estas IIC subyacentes, para cobertura de su riesgo, con percibidas por la plataforma a través de quien se realizan, ALLFunds Bank, y ésta, una vez descontado su coste, paga a su vez esta retrocesión a Banco Santander, sin que los fondos garantizados se beneficien de dichas retrocesiones).

3.- La parte actora que no niega los hechos que sirven de fundamento a la resolución impugnada, discrepa sin embargo de su interpretación y consecuencias, particularmente, cuando la Orden impugnada considera que el importe de esas comisiones abonadas por la plataforma AllFunds Bank a BANCO SANTANDER en virtud de su relación de subdistribución, debería haber de alguna forma rebajado el importe de la prima abonada por los Fondos a sus contrapartidas (JP Morgan, Merrill Lynch y BNP Paribas), en virtud de la contratación de los derivados OTC, planteamiento que, según la recurrente, presenta tres inconvenientes:

- En primer término, que dicho razonamiento sólo sería válido si las contrapartidas (JP Morgan, Merrill Lynch y BNP Paribas) hubieran percibido o fuesen a haber percibido alguna comisión o retrocesión. Solo entonces cabría plantear que en las contrapartidas rebajasen la prima en el importe de las comisiones que ellas mismas percibieran. Pero, a juicio de la actora el supuesto de hecho es aquí distinto: Nada podían rebajar las contrapartidas por unas comisiones de comercialización que ellas no cobraron.

- En segundo lugar, aun cuando las comisiones hubieran sido cobradas por las contrapartidas, lo que niega la actora, el planteamiento de la resolución impugnada sólo sería válido si se hubiese demostrado que las primas abonadas por los Fondos al contratar los derivados OTC no lo fueron a precios de mercado. Alude la actora en este punto al informe obrante en el expediente administrativo del Comité Consultivo de la

CNMV (folio 606) en el que se reconoce *“ausencia de evidencia sobre el carácter excesivo o no de la prima abonada a la contraparte del derivado contratado por la gestora”*.

- Y, en tercer lugar, el planteamiento -siempre a juicio de la actora- sólo sería válido si tuviese algún título jurídico para reclamar para los Fondos el importe de las controvertidas comisiones, título jurídico que no se recoge en la Orden impugnada pues, en definitiva, la comisión controvertida responde a relaciones entre terceros, a las que la actora era ajena.

Por lo demás, tanto en la resolución administrativa impugnada como en la demanda, ambas partes recogen en el apartado correspondiente a los *“hechos”* lo que son en realidad criterios de valoración jurídica o económica en orden a atribuir diferentes consecuencias al supuesto de hecho controvertido y cuyo análisis debe hacerse en el lugar correspondiente para, en efecto, solucionar la discrepancia acerca de la existencia o no de criterios de la CNMV sobre la articulación de contratación de derivados OTC en los fondos que invertían en los instrumentos controvertidos y en el período contemplado (2003-2007), incluso sobre el criterio establecido desde 2008 en relación con las retrocesiones que pueden recibir las entidades de contrapartida.

Por último la parte actora hace referencia también en el capítulo de *“hechos”* al informe del Comité Consultivo de la CNMV, poniendo de manifiesto las dudas suscitadas en el seno de ese órgano al analizar la propuesta de resolución de la sanción impuesta, hecho que considera sobresaliente del procedimiento administrativo y que, sin embargo, y ello es cierto, no aparece considerado ni en al Orden impugnada ni en la Resolución que la confirma en vía de reposición. Al folio 606 del expediente administrativo obra, en efecto, el Informe de 28 de marzo de 2011 del Comité Consultivo de la CNMV en relación con la Propuesta de Resolución destacando la *“complejidad del expediente y al dificultad interpretativa derivada de determinados aspectos que dificultan en la valoración jurídica de la conducta de la entidad y, por lo tanto, de la propuesta sancionadora efectuada”*.

4.- Pasando ya a los fundamentos jurídico-sustantivos en la demanda se estructuran en un triple orden de razones que la parte actora expone del modo siguiente:

- A) Bloque de fundamentos que deben determinar una íntegra estimación del recurso.
- B) Bloque de fundamentos que, subsidiariamente, determinan que sea improcedente la calificación de la infracción administrativa como muy grave.
- C) Bloque de fundamentos que, con carácter subsidiario a los dos anteriores, han de conducir a una sustancial reducción de la sanción impuesta por su incorrecta cuantificación.

Antes del análisis de las cuestiones de fondo planteadas, hemos de partir, a fin de situar la controversia en sus propios términos, que la conducta de la Gestora que ha sido sancionada es el incumplimiento continuado por ésta -entre el año 2003 y el 2007- con perjuicio para los inversores, de su obligación de actuar en beneficio o interés de los partícipes de dos IIC por

ella administradas, fondos de inversión garantizados, al vulnerar el régimen de ingresos, comisiones y gastos a ellos imputables.

Pues bien, a efectos de analizar la conducta debemos situarla en el marco normativo constituido por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en vigor desde el día 5 de febrero de 2004, norma desarrollada reglamentariamente, primero por el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, vigente hasta el 9 de noviembre de 2005, en cuanto no se opusiera a la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva y, en segundo término, por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre; y completado por las disposiciones contenidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Este conjunto de disposiciones especiales, reguladoras de las Instituciones de Inversión Colectiva, han impuesto y siguen imponiendo a las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva el cumplimiento de un estricto régimen jurídico de normas de conducta, a las cuales deben sujetar el ejercicio de sus funciones y responsabilidades, con exigencia de un comportamiento diligente y transparente en interés de sus clientes, cuidando, en definitiva, de sus patrimonios como si fueran propios.

La especial aplicación de este principio-guía de las SGIIIC, dadas las peculiaridades propias de las Instituciones de Inversión Colectiva, es objeto de consideración especial en el artículo 46.2 de la Ley 35/2003, según el cual es obligación de las SGIIIC actuar en beneficio o interés de los partícipes de las IIC cuyos activos administren; esa misma obligación figuraba antes en el artículo 29.1 de la Ley 46/1984 de Instituciones de Inversión Colectiva.

El adecuado cumplimiento de esa obligación de actuar en beneficio o interés de los partícipes o accionistas de las IIC administradas cuando actúen en el ejercicio de su actividad, exige una interpretación teleológica y sistemática de las normas de aplicación, interpretación que, de modo principal, conllevaría que las normas a las que están sujetas armónica y conjuntamente consideradas, con respecto tanto a la literalidad como al espíritu de las mismas, en especial en lo que se refiere a aquéllas que incorporan derechos o intereses de los partícipes y accionistas cuyos activos administran, derechos que en el presente caso cobran especial relevancia a la luz de las normas que establecen el régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a las IIC por afectar, en definitiva, a los resultados y rendimiento que corresponden al patrimonio ajeno administrado.

En síntesis, dada la naturaleza de la inversión colectiva, la posición del partícipe frente a las SGIIIC requiere una especial protección en el ámbito que nos ocupa.

También como premisa básica del análisis de la cuestión planteada, y con arreglo a la normativa sectorial que resulta aplicable, hemos de tener en cuenta que la totalidad de los ingresos o rendimientos asociados u obtenidos por un Fondo de Inversión deben serle imputados a él, como inversión del patrimonio separado que constituye. Del propio modo, sólo deberán detrarse de éste las comisiones y gastos que se le pueden imputar, y siempre con arreglo a la norma que los considera tasados (se limitan a la comisión de gestión y depósito, con límites máximos, y a otros gastos previstos en el Reglamento de Gestión, siempre que sean necesarios para el cumplimiento de la normativa vigente, en especial los de auditoría y custodia).

Tanto en la anterior Ley 46/1984, como en la vigente Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva se prevé que *“El patrimonio de los fondos de inversión se constituirá con las aportaciones de los partícipes y sus rendimientos”*, enumerándose las comisiones y gastos (artículo 8) que corresponde cargar a los fondos de inversión, entre los que se encuentra la comisión de gestión. En cualquier caso, comisiones y gastos previstos en sus Folletos y debidamente informados a los partícipes, de tal manera que estén en posición de ejercer, en su caso, los demás derechos que las normas les otorgan, y siempre con la exigencia o limitación de que los gastos respondan a servicios efectivamente prestados al fondo que resulten imprescindibles para el normal desenvolvimiento de su actividad, e impidiendo que supongan un coste adicional por servicios inherentes a las labores de la Gestora o de su depositario que ya están retribuidas por sus respectivas comisiones.

En el ámbito disciplinario, los artículos 32.4 m) y 32.3 j) de la Ley 46/1984 calificaban como infracción muy grave o grave, respectivamente, *“el incumplimiento de las demás obligaciones y prohibiciones establecidas en esta Ley...”*, atendiendo a la gravedad del peligro o lesión producida en los intereses de los inversores.

Por su parte, la Ley 35/2003 califica en sus artículos 80 n) y 81 h), como infracción muy grave o grave, respectivamente, *“el incumplimiento por parte de las sociedades gestoras de las funciones y obligaciones contempladas en el artículo 46”*, en función de que conlleve o no un perjuicio grave para los inversores.

5.- En cuanto al fondo del asunto, formula la parte actora, en primer término, una serie de alegaciones que, a su juicio, deben determinar la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, con revocación total de la Orden impugnada.

Comienza, así, la recurrente alegando la inexistencia de infracción del deber de SANTANDER ASSET MANAGEMENT de actuar en interés de los partícipes de los fondos gestionados; inexistencia de vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a las instituciones de inversión colectiva gestionadas.

Insiste la actora en las alegaciones ya esgrimidas en vía administrativa; particular subraya que en la negociación de la OTC obtuvo un contrato en condiciones de mercado, que ni intervino ni podía jurídicamente intervenir en relaciones que quedan más allá de su esfera jurídica y que si bien negoció con las contrapartidas la mejor prima, no estaba en su ámbito la decisión de las contrapartidas de cubrir su riesgo comprando participaciones de las IIC subyacentes; igualmente no intervino en la decisión de las gestoras de las IIC subyacentes de abonar una comisión a la plataforma y, por último, los acuerdos de subdistribución celebrados entre ALLFUNDS BANK y BANCO SANTANDER; siendo así que sólo en este último escalón –muy lejos de la esfera de la actora- es donde se abonaron las comisiones que la Orden impugnada afirma que tenían que haber redundado en una rebaja de la prima del derivado.

En definitiva, puesto que SANTANDER ASSET MANAGEMENT contrató la prima de los derivados OTC en condiciones de mercado y no existe, a juicio de la actora, prueba de cargo que demuestre lo contrario, no cabe imputarle una infracción genérica de no haber actuado en interés o beneficio de los partícipes. Con respecto a las retrocesiones de comisiones generadas como consecuencia de las inversiones que realizaron las entidades de contrapartida, de los derivados contratados por los Fondos, se sigue manteniendo que no pueden considerarse

rendimientos del patrimonio de los Fondos y adicionalmente no fueron percibidas por la Gestora, sino por BANCO SANTANDER, en calidad de entidad subdistribuidora y en virtud del contrato de subdistribución firmado con la plataforma ALLFUNDS BANK.

Ahora bien, y frente a lo que se alega en la demanda, conviene recordar que la resolución impugnada no establece que la prima fuera excesiva, ni que no se haya negociado en condiciones que no sean de mercado, sino que sabiendo o debiendo saber, que se iban a producir, como efectivamente aconteció, retrocesiones se actuó en interés del fondo, no utilizó ese hecho bien para conseguir una mejor prima o bien para que se ingresasen en el propio fondo. Por otra parte, nadie ha discutido que las contrapartes siempre cubren su riesgo, de esta u otra manera todas ellas legítimas, pero no por ello puede calificarse como una *"decisión unilateral"* como pretende la actora ni tampoco que se encuentre fuera de su esfera jurídica y, en cualquier caso, carece de lógica pensar que siendo la gestora del Banco Santander, y siendo estas operaciones como fueron, no supiera desde el principio de la operación de la existencia de las controvertidas retrocesiones y de quién iba a ser el destinatario final de las mismas.

Tampoco podemos aceptar la alegación de que las contrapartes no reciben ninguna retrocesión no siendo por tanto posible ninguna negociación en el precio de la prima, puesto que el hecho relevante no es que no las reciban, sino que renuncian a ellas, sabiendo a su vez de su existencia. Por ello, la Sala comparte las afirmaciones que se contienen en la resolución impugnada al respecto en el Fundamento de Derecho Sexto, in fine:

"Por último, no pueden admitirse las alegaciones de la entidad a propósito de que las operaciones realizadas por las entidades de contrapartida de los derivados OTC contratados por los fondos son operaciones que escapan a la esfera de control de la Gestora y que las inversiones que esas entidades de contrapartida realicen y las comisiones y retrocesiones que se generen en el contexto de esas inversiones son completamente ajenas a sus obligaciones, de modo que no tiene ningún título jurídico para intervenir en ellas. Tenía el mismo título jurídico y la misma posibilidad de control entonces que el que más tarde ha ejercido, si cesar en su irregular actuación y proceder a negociar con las contrapartes de los derivados las primas correspondientes estimando en origen el volumen de las retrocesiones, reduciendo así su coste; y todo ello como consecuencia de su obligación de actuar en beneficio de los partícipes inversores."

Por último la Sala entiende que no resulta irrelevante lo que en la Orden se dice sobre el Banco Santander, en relación a la posición que ocupa en el presente caso. Frente a lo que se alega, no es irrelevante que la entidad bancaria que al final de toda esta compleja operación acaba quedándose las retrocesiones (por importe de más de siete millones de euros) sea la entidad matriz y de control de la hoy actora. No resulta irrelevante que el tercero beneficiado sea precisamente la sociedad matriz de la recurrente, porque ello conlleva, como se afirma por el Abogado del Estado, un conflicto de intereses, entrando en colisión los intereses de los partícipes del fondo y de la propia gestora al ser su matriz la beneficiada.

Y de ahí que, no se trate de la conducta propiamente de un tercero la que se ha tenido en cuenta para la imputación que a ella se le hace, ni que se le impute la conducta de ese tercero, sino que siendo el tercero quién es, es evidente que no es igual que si el tercero beneficiario de las retrocesiones hubiera sido otra entidad bancaria ajena a la recurrente.

Compartimos igualmente las afirmaciones que se establecen en dicho Fundamento de Derecho Sexto de la resolución impugnada en relación con la pretendida decisión unilateral de las contrapartes y respecto de la posición del Banco Santander, en línea precisamente con diversos pronunciamientos de esta misma Sala y Sección (SSAN de 18 de mayo de 1999 y de 18 de diciembre de 2002 y, más recientemente de la SAN de 15 de diciembre de 2006) en relación con la actuación de actuar de las SGIC en interés de los inversores, si bien en relación al artículo 32 de la Ley 46/1984 pero de indudable aplicación al caso:

“Llegados a este punto, procede considerar las alegaciones formuladas por la entidad expedientada para desvirtuar esta conclusión.

Se alega por ella, tanto en las alegaciones presentadas al Pliego de Cargos como a la Propuesta de Resolución formulada, vulneración del principio de tipicidad y falta de concurrencia del tipo para entender existente un incumplimiento por su parte de la obligación de actuar en beneficio de los partícipes y un incumplimiento de normas aplicables a las comisiones, ingresos y gastos como gestor de fondos.

Se alega, igualmente, que los ingresos percibidos por Banco Santander no eran técnicamente “retrocesiones de comisiones” al no corresponderse con tal concepto al que se habría referido la CNMV en los criterios que ha publicado. A tal efecto, se refiere e invoca una carta o comunicación pública de la CNMV de fecha 20 de febrero de 2006, los Informes Anuales del organismo de los años 2005 al 2007, actuaciones de supervisión de la CNMV en el ejercicio 2007 y requerimientos por ésta dirigidos a la Gestora en las mismas fechas. Con ello se quiere concluir que el criterio de la CNMV era que había que abonar a los fondos gestionados la retrocesión de comisiones vinculadas a las inversiones por estos en otras IIC, sin que se estableciera nada — ni se haya aún establecido — sobre la retrocesión de comisiones vinculadas a las inversiones en IIC que pueden realizar las entidades de contrapartida de un derivado OTC para cubrir su posición en el derivado; y que éste último es el supuesto que aquí se trata, es decir, ingresos relacionados con las comisiones que habrían sido soportadas por las contrapartes de los derivados cuando invierten en las IIC subyacentes a los derivados, con el fin de cubrir el riesgo de los mismos. Se continúa que dichas contrapartes han celebrado contratos de derivados OTC con los fondos gestionados por la Gestora y, cuando deciden cubrir sus posiciones (que podrían o no hacer y, en el primer caso, con o sin la mediación de una entidad del grupo Santander) invirtiendo en las IIC subyacentes, si el intermediario obtiene una retrocesión de comisiones de las correspondientes gestoras, dicha retrocesión se obtiene por la inversión que las contrapartes hayan decidido unilateralmente hacer, en su caso, para cubrir su posición, por lo que en modo alguno puede ser atribuida ni corresponde a los partícipes de los fondos que hayan celebrado con dichas entidades los correspondientes contratos de derivados OTC.

En este sentido, la Gestora entiende que las operaciones realizadas por las entidades de contrapartida de los derivados OTC contratados por los fondos “son operaciones que escapan a la esfera de control de SANTANDER SGIC” y las inversiones que esas entidades de Contrapartida realicen y las comisiones y retrocesiones que se generen en el contexto de esas inversiones, son completamente ajenas a las obligaciones de SANTANDER SGIC como gestora de los fondos garantizados. Esas obligaciones, en lo que a los derivados OTC se refiere, se agotan al conseguir la mejor prima posible para las opciones en el mercado, como así sucedió, tras un procedimiento concurrencial. Igualmente, se dice que los fondos -a través de la gestora-; contratan con terceras entidades -las entidades de contrapartida; sus correspondientes derivados OTC y ahí se acaba la

relación jurídica con los mismos La cobertura de los derivados OTC que, en su caso, realicen las entidades de contrapartida y la forma en la que se articulen (a través o no de AllFundsBank) son ajenas a SANTANDER SGIIIC, que no tiene ningún título jurídico para intervenir en ellas. (...). Si las entidades de contrapartida efectúan unas inversiones como cobertura de su riesgo económico y de esas inversiones surgen unas retrocesiones a favor de la plataforma AllFundsBank o de Banco Santander, S.A. por su labor de subdistribución, ello en nada afecta a la gestión de los fondos garantizados ni les atribuye a éstos un derecho sobre tales importes.

En fin la Gestora afirma la ausencia en nuestro ordenamiento de norma legal o reglamentaria que se refiera de forma específica a las comisiones vinculadas a las inversiones que eventualmente puedan realizar las contrapartes de derivados que hayan sido contratados por un fondo, ni tampoco ninguna norma al respecto sobre "retrocesiones de comisiones" hasta fecha muy reciente (nuevo inciso en el artículo 5.1 del RIIC nuevo introducido por Real Decreto 749/2010, de 7 de junio) que se limita, en todo caso, a las retrocesiones derivadas de la inversión de IIC en otras IIC, cubriendo una laguna normativa, y que continúa sin referirse a la adquisición de derivados OTC (se invocan en el mismo sentido documentos del Conimitee of European Securities Regulation — CESR) Se continúa nuevamente con la ausencia de criterios de la CNMV que hubieran sido publicados antes de febrero de 2006, que además se referían a un supuesto dispar al aquí contemplado, para seguir con la negación de que la CNMV y sobre este último hubiere comunicado de algún modo criterios al mercado ni a la Gestora, o los hubiere aplicado : de forma universal (se niegan al respecto las manifestaciones del Departamento de Supervisión — Hecho Probado Cuarto — y el valor de la documental en que las soportan).

En alegaciones presentadas a la Propuesta de Resolución, se insiste en que el título de imputación relativo al incumplimiento de la obligación de actuar en beneficio de los partícipes de los Fondos gestionados, concretado en la percepción de las comisiones generadas como consecuencia de las inversiones realizadas por las entidades de contrapartida, resulta contrario a la exigencia de predeterminación normativa derivado del principio de tipicidad, en cuanto a la imposibilidad de prever, con suficiente grado de certeza, la conducta ilícita y las correspondientes sanciones derivadas de la misma, no pudiendo subsumirse la conducta de la Gestora en el tipo previsto en el artículo 80 n) de la LIIC.

Pues bien, entrando a valorar estas alegaciones debe indicarse, en primer lugar, que se suscriben íntegramente, como no podía ser de otro modo, los principios y criterios expuestos por la representación de la entidad expedientada en cuanto al contenido y alcance del principio de legalidad y tipicidad reconocido por la Constitución, desarrollado por el Tribunal Constitucional y, sin duda, respetado por el régimen disciplinario legal aplicable a las IIC y, en particular, a las SGIIIC. En efecto, conforme al mencionado principio, tanto en su vertiente material como formal, es necesario que la conducta infractora esté previamente definida en una norma con rango formal de ley y con la suficiente certeza para que el administrado conozca cual es la actividad prohibida y las consecuencias de su incumplimiento.

Dicho lo anterior, no podemos asumir la alegación en cuanto la tipificación de la conducta que aquí se trata se encuentra perfectamente recogida y definida con la necesaria concreción en norma con rango de ley, la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, tal y como se ha expuesto en el Fundamento Cuarto anterior al que nos remitimos. En ella se tipifica como infracción el incumplimiento por la SGIIIC de sus obligaciones y funciones, entre las que se encuentra específicamente contemplada la de actuar en beneficio o interés de los partícipes en las inversiones y

patrimonios que administren, con la exigencia, en este marco y sentido, de respetar el también presente régimen de ingresos, comisiones y gastos aplicable a las LIC.

En este orden de cosas y a propósito de la certeza de la conducta prevista en la Ley y que se exige a las SGLIC, no puede negarse la claridad y obviedad del hecho de que la totalidad de los rendimientos de un patrimonio gestionado por un tercero, que no es su propietario, corresponden al titular del patrimonio, expresión de uno de los principios básicos más elementales de cualquier normativa que regule la gestión de patrimonios ajenos, lo que implica, por otra parte, que las decisiones de gestión e inversión de ese patrimonio ajeno lo sean en las mejores condiciones de coste o precio, de modo que los eventuales descuentos sirvan para minorar dicho coste y no sean a beneficio del gestor o terceros (lo que supondría para el patrimonio ajeno un sobre - coste indebido, una comisión indirecta no prevista en la norma, un gasto que no le correspondería o, incluso, una vulneración de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 46/1984 de LIC y en el artículo 66 de la Ley 35/2003 de LIC, que prevén que las LIC deberán efectuar sus transacciones a precios y condiciones de mercado).

En esta línea de exposición ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. A propósito de la legalidad y tipicidad del artículo 32.3 j) de la Ley 46/1984 de la LIC, en un caso en que se sancionaba por incumplimiento de varias disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) en Sentencia de 18 de mayo de 1999, declara en su Fundamento CUARTO (subrayado nuestro) que “respecto al cumplimiento del principio de legalidad, ya hemos declarado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la posibilidad de que existan normas sancionadoras establecidas en relación a obligaciones y prohibiciones determinadas por el ordenamiento jurídico, siempre que la norma sancionadora tenga el correspondiente rango legal, fije con precisión y claridad los elementos del tipo y las normas a las que se realiza la remisión. Tal ocurre en el presente caso: una norma con rango de Ley determina el tipo infractor, señala sus elementos esenciales y establece una remisión clara y precisa a normas jurídicas contenidas en una disposición con rango de Ley, quedando igualmente determinada como norma legal la sanción correspondiente.”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 18 de diciembre de 2002, de la misma Sala y Sección, al recoger en su Fundamento CUARTO que (subrayado nuestro) “por lo que se refiere a la definición de la conducta infractora, es también la propia LIC la norma que determina los elementos esencia/es de la conducta antijurídica al considerar en su artículo 32.3d) falta grave “incumplimiento de las demás obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley... en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en las disposiciones reglamentarias... que por su propia naturaleza no deba calificarse como infracción leve o muy grave lo que debe ponerse, en este Concreto caso de la letra j), en relación con primer párrafo del artículo 32.3 LIC, a fin de integrar el tipo de la infracción, que exige, para que el incumplimiento sea falta grave, que ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de terceros.”

Y también la todavía más reciente Sentencia de 15 de diciembre de 2006 que declara precisamente la relación de la obligación de actuar de las SGLIC en interés de los inversores, presente en artículo 29 de la Ley 46/84 de LIC, con el tipo infractor contenido en su artículo 32.3.j), al recoger en su Fundamento NOVENO que (siempre subrayado nuestro) “en tercer lugar, la Resolución sancionadora de la CNMV considera a la demandante autora de una infracción grave del artículo 32.3 j) la LIC consistente en no actuar en interés de los partícipes en la gestión del Fondo “M., FIM” (...) En tal caso es obvio que se producen una vulneración del mandato del artículo 29 LIC a las sociedades gestoras de actuar en interés de los partícipes en las inversiones y patrimonios que

administren, al hacer soportar los gestores al fondo unas comisiones de intermediación superiores a las del otro fondo, en beneficio de la entidad y persona física vinculadas a la demandante que se han citado, consistiendo el perjuicio de los partícipes precisamente en el pago de esas comisiones superiores que lógicamente disminuye la rentabilidad o beneficios de sus participaciones.”

Si bien estas Sentencias se refieren al artículo 323 j) de la Ley 46/1984 de IIC y, en su caso, su relación con su artículo 29, su doctrina es perfectamente aplicable al tipo de infracción muy grave presente en su artículo 32.4 m) así como en lo que se refiere al artículo 46.2 y su relación con los tipos infractores presentes en los artículos 80 n) y 81 h) de la Ley 35/2003 de IIC.

Coincidimos con la expedientada, igualmente, en que el supuesto que aquí es objeto de consideración se refiere a la retrocesión de comisiones vinculadas a las inversiones en IIC que realizan las entidades de contrapartida de un derivado OTC para cubrir su riesgo o posición en el derivado, contratado por el fondo que se gestiona para la obtención del valor liquidativo garantizado y no el supuesto de comisiones vinculadas a la inversión por los fondos en otras IIC, contemplado en una carta o comunicación pública de la CNMV de fecha 20 de febrero de 2006, los Informes Anuales del organismo de los años 2005 al 2007, actuaciones de supervisión de la CNMV en el ejercicio 2007 y requerimientos por ésta dirigidos a la Gestora en las mismas fechas. Pero, en lo que no coincidimos es en las conclusiones que se pretende extraer de ello.

Debemos aquí volver a traer el ya expuesto régimen de ingresos, comisiones y gastos aplicables a las IIC que se gestionan, de debido cumplimiento por las SGIIIC en el ejercicio de sus funciones con la exigencia de actuar en beneficio e interés de sus inversores o partícipes, para decir que el supuesto o conducta que en este procedimiento se trata encaja en él sin necesidad de acudir a criterios de la CNMV. Dicho de otro modo, las obligaciones e infracciones de las que se trata se definen con precisión en la norma legal sin necesidad de criterios al respecto por parte de la CNMV para su integración o concreción, sin perjuicio de que la CNMV en el ejercicio de sus funciones haya podido simplemente recordar al sector su aplicación a un determinado supuesto y realizar labores de supervisión para verificar su seguimiento.

Cierto es que la comunicación pública de la CNMV de 20 de febrero de 2006 se refiere a la retrocesión de comisiones por las inversiones de IIC en otras IIC, respecto a las cuales se dice que “(...) es una práctica de mercado legítima, siempre que el importe retrocedido se abone al fondo y, en consecuencia, minore los costes de su inversión. En caso contrario — por ejemplo, si el importe retrocedido se abonara a la gestora — el fondo estaría soportando un injustificado sobre-coste que no se correspondería a ningún servicio efectivo” pero dicha comunicación no implica que hasta entonces el no abono a los fondos fuera legítimo y no trasgresor de las normas, que esta manifestación fuera exigible como criterio para concretar las obligaciones legales de las SGIIIC, ni que fuera el único y exclusivo supuesto encajable en el régimen jurídico tan expuesto anteriormente. Como resulta de la comunicación - que ni el Informe razonado, ni el Dictamen de legalidad, ni el Pliego de Cargos invocan para calificar la conducta de la Gestora, como tampoco aquí se hace - ésta fue sencillamente un recordatorio dirigido por la CNMV a las SGIIIC a propósito de su obligación de actuar, en general, en interés de los partícipes en el ejercicio de su actividad, para luego y precisamente, relacionarlo con un supuesto en la aplicación del régimen jurídico sobre los rendimientos que corresponden a las IIC. Supuesto no excluyente de otros y objeto de la comunicación al haber observado la CNMV, en el ejercicio de sus tareas de supervisión, que era o podía ser no tratado por el sector de las SGIIIC de acuerdo con las normas aplicables en un determinado número de casos.

En efecto, en estos términos se expresa la comunicación al indicar (subrayado y negrilla nuestro) que “la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) viene prestando especial atención a las comisiones que los fondos (...) soportan cuando invierten en otros fondos o Instituciones de Inversión Colectiva.

Con el fin de promover la observancia general de las normas sobre gastos imputables a los fondos de inversión - contenidas en los artículos 8 de la Ley de IIC y 5 de su Reglamento y defensa de las sociedades gestoras del interés de los partícipes — contenidas especialmente en los artículos 46.2 y 65 de la Ley de IIC y 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores - la CNMV desea recordar a todas las sociedades gestoras algunas reglas básicas de tales preceptos.”

En el mismo sentido han de entenderse las manifestaciones de los Informes Anuales del organismo de los años 2005 al 2007, las actuaciones de supervisión de la CNMV en el ejercicio y 2007 y los requerimientos por ésta dirigidos a la propia Gestora en las mismas fechas, que ésta aduce. El que se refirieran a tratar el supuesto de retrocesión de comisiones por las inversiones de IIC en otras IIC o verificar y, en su caso, corregir, la actuación del sector de gestoras (incluida la entidad expedientada) ante él, no conlleva que el supuesto o conducta que en este procedimiento se analiza no pueda ser tratado acudiendo a las normas de aplicación y sin necesidad de que la CNMV las recuerde, como lo fue aquél en su momento.

Afirma por otra parte la Gestora que la retrocesión de comisiones, que se abonan a su sociedad matriz y de control (Banco de Santander) y no a los fondos por ella administrados, tiene su origen y se obtiene no por la inversión de los fondos en otras IIC (de la inversión de su patrimonio), sino por la inversión que las contrapartes de los derivados OTC contratados por ellos hayan decidido unilateralmente hacer, eventualmente o en su caso, para cubrir su posición, por lo que en modo alguno puede ser atribuida ni corresponde a los partícipes de los fondos que hayan celebrado con dichas entidades los correspondientes contratos de derivados OTC.

Hay que volver, por una parte y nuevamente, a insistir que las normas de aplicación son claras y, en todo caso, expresión de uno de los principios básicos más elementales de cualquier normativa que regule la gestión de patrimonios ajenos, una parte de la cual es la gestión de IIC. Que los rendimientos de un patrimonio gestionado por un tercero, que no es su propietario, corresponde al titular del patrimonio, lo que conlleva que las decisiones de gestión e inversión de ese patrimonio ajeno lo sean en las mejores condiciones de coste o precio, de modo que los eventuales descuentos sirvan para minorar dicho coste y no sean a beneficio del gestor o terceros. Por lo tanto, no solo los rendimientos que deriven estricta o directamente del patrimonio del fondo de inversión, sino considerados en su totalidad, es decir, rendimientos obtenidos por el patrimonio del Fondo (si se quiere, directos) y rendimientos asociados a la actividad inversora del Fondo (si se quiere, indirectos).

En segundo lugar, la inversión que las contrapartes de los derivados OTC hacen y que son origen de las retrocesiones de comisiones, traen causa de la actividad inversora de los fondos garantizados; su contratación de los derivados OTC, en los que invierten parte de su patrimonio y por los que pagan una prima a las contrapartes, es la razón de que éstas — para cubrir su riesgo— inviertan en las IIC subyacentes y se generen aquellas retrocesiones, que no existían sin aquella inversión de los fondos.

Y aquí y por las razones expuestas, resulta irrelevante la distinción contenida en alegaciones a la Propuesta de Resolución, entre una supuesta “causa próxima” y otra “causa remota” referidas al

origen de las comisiones generadas y que no fueron abonadas a los fondos La norma no distingue y resulta irrefutable el hecho de que de no haberse realizado las inversiones iniciales de los fondos, las contrapartes no habrían realizado por innecesarias - ni unilateralmente ni de manera consensuada con la gestora o terceros - las operaciones de cobertura de las que surgieron las controvertidas retrocesiones de comisiones, lo que pone de manifiesto el inevitable nexo de causalidad existente entre la inversión de los fondos - cuyo patrimonio, recordemos pertenece a los partícipes -, y la posterior obtención de un rendimiento - en forma de comisiones retrocedidas del que se privó íntegramente a los citados partícipes de los fondos garantizados.

Por último, que siendo cierto que la decisión de las contrapartes de los derivados OTC de cubrir su posición mediante la inversión en las IIC subyacentes, origen de las comisiones retrocedidas, es unilateral, no es tan eventual. No puede ignorar la Gestora, a la que se presume un extenso conocimiento del mercado de valores, que es una práctica generalizada - si no lo es universal - puesto que ninguna lógica financiera tiene el que las contrapartes de los derivados no cubran su riesgo; es, por lo tanto, de una altísima probabilidad y previsibilidad, rayana en la certeza. Así resulta incluso claramente reconocido por el propio Banco de Santander en escrito dirigido a la CNMV en el marco de las actuaciones previas a la incoación de este procedimiento (folios 46 y 47), en el que se dice que "(...) a) Banco Santander es el comercializador del Fondo de Inversión Garantizado que adquiere un derivado financiero referenciado a determinadas IICs subyacentes, de forma tal que el esfuerzo de comercialización que realiza el Banco produce un consecuente incremento de volumen del Fondo, que a su vez da lugar a un correlativo incremento en el volumen del importe nominal del derivado que el Fondo debe contratar para la construcción de su cartera, y finalmente este incremento del volumen del derivado concluye en un previsible incremento de los volúmenes de activos subyacentes contratados por las contrapartes del mismo, a fin de cubrir su exposición a dichos subyacentes" (Subrayado y negrilla nuestro).

En consecuencia y como se dice en el Informe razonado "(...) debe entenderse que estaba dentro de sus obligaciones de actuación en interés de los fondos de inversión el haber negociado directamente con las contrapartes de las OTC la imputación a los fondos de tales retrocesiones o, alternativamente, un precio inferior en las primas pagadas por éstos de importe equivalente. Tal actuación hubiera impedido de facto a Banco Santander, promotor de los fondos, la percepción de unas retrocesiones que no le correspondían. A este respecto, cabe destacar que incluso existía un acuerdo de colaboración de fecha 12 de julio de 2002 (anterior por lo tanto al registro de los fondos), firmado por la Gestora en representación de los fondos que administra, el depositario y AllFundsBank, mediante el cual ésta última entidad se comprometía a abonar a cada uno de los fondos inversores parte de las comisiones que percibiera por su labor de colocación de las IIC subyacentes en las que invirtieran (normalmente el 85% de las comisiones totales percibidas), quedando el resto en poder de AllFundsBank por la labor que desarrolla.

Y es que llegados aquí, cabe preguntarse por la posición en el esquema de Banco Santander y la razón y legitimidad de la recepción por él de las retrocesiones de comisiones. Dicho de otra manera, que servicio o prestación real por su parte se trata de remunerar con la retrocesión de comisiones percibida.

Banco Santander ser - en el marco de las actuaciones de supervisión previas a la incoación del expediente - que ha venido percibiendo las referidas retrocesiones de comisiones en su calidad de promotor y principal comercializador de los dos fondos garantizados, así como en su calidad de subdistribuidor de las IIC subyacentes, para lo cual existe un contrato de subdistribución entre las

entidades AllFundsBank y Banco Santander Como se ha señalado antes, se dice que el esfuerzo de comercialización del fondo garantizado que realiza el Banco produce un consecuente incremento del volumen del fondo, que a su vez da lugar a un correlativo incremento del volumen del notional del derivado que el fondo debe contratar para su cartera, hecho que previsiblemente concluye en un incremento de los volúmenes de activos subyacentes contratados por las contrapartes del mismo, a fin de cubrir su exposición a dichos subyacentes.

Igualmente se dice por el Banco y por la Gestora, en su escrito de alegaciones, que AllFundsbank percibe comisiones por sus funciones y actividad como comercializador / distribuidor de las IIC subyacentes de conformidad con acuerdos que mantiene a su vez con las gestoras o distribuidoras de dichas IIC. Banco Santander es, de conformidad con un contrato de subdistribuidor, un subdistribuidor designado por AllFundsBank para la comercialización /distribución de las IIC subyacentes.

En cuanto a lo primero, como ya se ha expuesto con anterioridad, la normativa española no permite que se cargue a los fondos un gasto por la comercialización de sus participaciones.

Efectivamente, los gastos que se les pueden imputar a los fondos están tasados y pueden clasificarse en dos grupos: uno, las comisiones de gestión y depósito (que se encuentran sujetas a límites máximos); y dos, otras comisiones y gastos que, estando expresamente previstos en su Folleto informativo, además respondan a servicios efectivamente prestados a aquel, resulten imprescindibles para su funcionamiento y no correspondan a servicios inherentes a las funciones de la gestora o del depositario, requisitos que no cumple la comercialización. La distribución o comercialización de un fondo no implica un beneficio para sus partícipes, sino que la verdadera interesada en una distribución lo más amplia posible es su SGIIIC pues, al incrementar el patrimonio del fondo, aumenta sus ingresos por comisiones de gestión. Lo que no impide que los comercializadores perciban un pago que remunere su labor comercial, retribución que se realiza por las SGIIIC por la vía de la cesión de una parte de la comisión de los fondos. Y de hecho, la Gestora retrocedía a Banco Santander un porcentaje de las comisiones de gestión que percibían en concepto de remuneración por la comercialización de los fondos administrados, por lo que ya existía una retribución explícita y directa de su labor de comercialización de éstos.

Por lo que respecta a la alegada función de comercialización/subdistribución de las IIC subyacentes que Banco Santander señala que realizaba al amparo de un contrato firmado con AllFundsBank para promover la distribución de las acciones y/o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva en territorio español, cabe señalar, en primer lugar, que no puede pretender acreditarlo sobre la base de un contrato firmado por las partes con fecha 11 de julio de 2005, cuando la práctica objeto de análisis tiene su inicio en mayo y julio de 2003, con la inscripción de los dos fondos afectados, respectivamente.

En segundo lugar, que, en cualquier caso, dicho contrato no puede dar amparo al Banco para cobrar las retrocesiones que las gestoras extranjeras devolvían en la parte imputable a coberturas realizadas de la operación OTC pactada con los fondos garantizados, ya que no desconocía que el origen de estas retrocesiones eran las inversiones realizadas por los fondos administrados por la Gestora y no se correspondían, por lo tanto y en absoluto, con un esfuerzo o actividad de comercialización directa de las IIC subyacentes. Ciertamente, el contrato ampara — y solo desde julio de 2005 — la función del Banco como comercializador/subdistribuidor de las IIC subyacentes, administradas por gestoras extranjeras, en territorio español; pero éste no es el caso que aquí se

considera. Las retrocesiones de comisiones percibidas por el Banco no tienen su origen en un esfuerzo de comercialización de estas IIC a adquirentes residentes en España, en cuanto las contrapartes de los derivados OTC contratados por los fondos garantizados y administrados por la Gestora eran residentes en el exterior Ni por fecha ni por objeto el contrato ampara o justifica la posición del Banco. Y es que si acudimos nuevamente al escrito dirigido por el Banco a la CNMV en el marco de las actuaciones previas a la incoación de este procedimiento (folios 46 y 47), él mismo viene a reconocer esta ausencia de esfuerzo comercializador de las IIC subyacentes y que el contrato trata de amparar bajo esta ficción lo que es la realidad, que las retrocesiones de comisiones tienen su exclusivo origen, aún indirecto, en las inversiones realizadas por los fondos administrados por la Gestora. Así se expresa el citado escrito al manifestar que "(..) Ambas entidades — AllFundsBank y Banco Santander - han dado validez a las consideraciones mencionadas la letra a) anterior — antes transcrito-, y en consecuencia, han aceptado, como partes del contrato que los volúmenes adquiridos en IICs subyacentes por las contrapartes de los derivados podían ser considerados a los solos efectos económicos del contrato en cuestión, como volúmenes adquiridos por clientes aportados por Banco Santander dando lugar a la correspondiente retribución a favor de Banco Santander, pagadera por ALLFUNDSBANK". (Subrayado y negrilla nuestro).

Significativo resulta aquí que, en alegaciones a la Propuesta de Resolución, poco o nada se añade para razonar sobre la efectiva prestación de servicios por parte del Banco que justificase el cobro de las comisiones retrocedidas. Se aduce ahora simplemente un pretendido "servicio prestado por Banco Santander a la plataforma AllFundsBank", afirmando que lo importante es que la función se realizara y en todo caso las partes posteriormente aceptaron darle a esa función el tratamiento correspondiente o "volúmenes adquiridos por clientes aportados por Banco Santander".

Cabe, por último, entrar en la alegación de la Gestora a propósito de su negación de que la CNMV hubiere comunicado de algún modo criterios al mercado ni a la Gestora, en relación con el supuesto que aquí se trata, o los hubiere aplicado de forma universal (se niegan al respecto las manifestaciones del Departamento de Supervisión en su Informe razonado — Hecho Probado Cuarto - y el valor de la documental en que las soportan aportadas al expediente, es decir, un correo electrónico entre técnicos de la CNMV y siete cartas o escritos dirigidos a la CNMV por varias SGIIIC en el trámite de autorización e inscripción de diversos fondos garantizados por ellas promovidos).

Dejando totalmente al margen el citado correo electrónico, los escritos aportados acreditan que a CNMV, en el trámite de autorización e inscripción de fondos garantizados referenciados a otras IIC, y con objeto de verificar en el ejercicio de sus funciones su adecuación a la normativa de aplicación, interesaba de las SGIIIC correspondientes una declaración sobre la existencia o no de acuerdos con terceros que supusieran retrocesión de comisiones y el compromiso, en su caso, de su abono a los fondos y no a la Gestora o entidades de su grupo. Más específicamente, tres de ellas (folios 128, 129 y 133 del expediente) se refieren inequívocamente — como aquí — al supuesto de retrocesión de comisiones en relación con las IIC a cuya evolución se vincula la rentabilidad del fondo, incluyendo las que se generan como consecuencia de las posiciones que las contrapartidas de las OTC mantengan en los fondos subyacentes derivadas de la cobertura de su riesgo, Y las dos primeras son coetáneas a la inscripción por la Gestora de los fondos que aquí se analizan.

No es cierto, por otra parte, que la CNMV fuera discrecional en la aplicación de las normas. Si bien del escrito obrante en el folio 128 del expediente resulta que el compromiso de la SGIIIC correspondiente, a instancia de la CNMV, se refiere a que las retrocesiones de comisiones de la naturaleza antes citada lo serían a favor del fondo y no de ella, y del obrante en el folio 129 que la

SGIIC habría pactado con la contraparte del OTC un menor valor de la prima como consecuencia de la retrocesión de las comisiones que soportan los subfondos, el resultado es el mismo en ambos casos y conforme a la normativa de aplicación. En ambos casos y precisamente, el resultado del esfuerzo inversor del fondo garantizado es a su beneficio, bien como ingreso, en el primer caso, bien como menor coste de la prima en la contratación del derivado OTC.

En consecuencia, sin perjuicio de que — como se ha dicho — la obligación de actuar de las SGIIC en interés de los partícipes y de la infracción correspondiente por su incumplimiento se integren y concreten sin necesidad de criterios de la CNMV, no se puede afirmar que el organismo supervisor no verificara, o lo hiciera de forma dispar, la adecuación a la normativa, en el caso de fondos garantizados, del supuesto de retrocesiones de comisiones de la naturaleza expuesta.

Hemos de referirnos por otra parte al hecho manifestado en el Informe razonado de que, incluso, la Gestora - con ocasión del proceso de autorización de uno de los fondos afectados - habría faltado a su manifestación remitida a la CNMV con fecha 5 de mayo de 2003, por la cual declaraba que, en relación con el citado fondo, “no mantiene ni mantendrá con ninguna entidad acuerdos de percepción o retrocesión de comisiones directas ni indirectas”.

La existencia de este escrito muestra, en primer lugar, que la CNMV obró en este caso de forma coherente con otros procesos de verificación de fondos garantizados. Con objeto de verificar en el ejercicio de sus funciones su adecuación a la normativa de aplicación, interesaba de las SGIIC correspondientes una declaración sobre la existencia o no de acuerdos con terceros que supusieran retrocesión de comisiones y, en su caso, compromiso de su abono a los fondos y no a la Gestora o entidades de su grupo Así se hizo aquí.

Dicho esto, el escrito de la Gestora resulta cuanto menos engañoso en su redacción. Cierto es que, en su estricta literalidad, la percepción o retrocesión de comisiones no parece abarcar las derivadas de la inversión por las contrapartes de las OTC, y que la propia Gestora no recibió abonos por retrocesión de comisiones. Sin embargo, sí la matriz de su grupo y por retrocesión de comisiones de esta naturaleza, Banco Santander, cuando la manifestada ausencia de percepción o retrocesión de comisiones indirectas así lo parecía excluir e invitaba a entenderlo.

En este sentido y pretendiendo aclarar el sentido y alcance de la mención “indirectas”, las alegaciones a la Propuesta de Resolución mantienen que: “En aquellos tiempos (mayo de 2003), los iniciales de estos Fondos, por comisiones indirectas SANTANDER SGIIC entendió siempre la no percepción por la gestora de cualquier otro tipo de incentivos (remuneración en cualquier tipo de especie, acuerdos de contraprestación por cualquier otro concepto o línea de negocio o cualquier otro tipo de ‘soft comisión”, concluyendo que “La carta quería decir exactamente lo que dice: que la gestora no recibiría ninguna comisión “directa” (remuneración dineraria) ni ninguna comisión indirecta” (entendida en aquel mayo de 2003 como “soft comisión” remuneraciones en especie y ventajas comerciales que no implicaran una comisión monetaria directa). Eso era así y por eso se decía en sus exactos términos”.

Las alegaciones citadas parecen confundir por un lado los términos exactos y literales contenidos en el escrito remitido por la Gestora a la CNMV, y por otra la interpretación sobre su significado y alcance. Tal y como ya se ha citado, la declaración contenía únicamente la rotunda manifestación de la Gestora, al declarar que “no mantiene ni mantendrá con ninguna entidad acuerdos de percepción o retrocesión de comisiones directas ni indirecta”. Esto es lo que la carta dice; esos son sus

“exactos términos”, sin mayor indicación, explicación ni referencia a lo que se debía deducir - se dice ahora - de los mismos. No se habla de remuneraciones dinerarias ni en especie, ni de “hard commissions”, o “soft commissions”, como parece deducirse de la interpretación que a posteriori, la Gestora realiza.

En este contexto y como ya se ha dicho, las actuaciones supervisoras llevadas a cabo en aquellos momentos por la CNMV, en el ámbito del proceso de inscripción de los fondos garantizados referenciados a otras IIC, venía exigiendo con carácter previo a la preceptiva autorización que las gestoras adquiriesen el compromiso formal y por escrito de que cualquier comisión (rendimiento o ingreso) -directa o indirecta - derivado del esfuerzo inversor de los fondos administrados y que se generase como consecuencia de la intervención de terceras entidades, repercutiera en los propios fondos y no, por mediar acuerdos, en la gestoras o en entidades de su grupo. Obra en el expediente (folio 133) un escrito de una SGIIC aportado a la CNMV en el proceso de verificación de un fondo garantizado en el que, precisamente, se definen como comisiones indirectas aquellas que se generan como consecuencia de las posiciones que las contrapartidas de la OTC mantenga en los fondos subyacentes, derivada de la cobertura de sus posiciones.

No puede por otra parte dejarse de poner de manifiesto lo contradictorio de alguna de las alegaciones de la expedientada. Por un lado, reconoce que desde 2008 (en realidad antes, como se ha dicho) los folletos de los fondos cuya rentabilidad está vinculada a la evolución de una cesta de IIC, que contratan derivados OTC, contemplan la estimación de partida del volumen global de retrocesiones que obtendrán las contrapartidas, aplicándolo al precio de la prima que así se abarata, como práctica justamente acorde con la normativa; y, por otro, pretende vulneración del principio, de tipicidad, ausencia en nuestro ordenamiento de norma legal o reglamentaria que se refiera de forma específica a las comisiones vinculadas a las inversiones que puedan realizar las contrapartes de derivados que hayan sido contratados por un fondo falta de criterios de la CNMV hechos públicos al respecto; cuando esta correcta práctica que se dice desde 2008 (se insiste, desde antes) no habría necesitado - no lo ha habido - de ningún cambio regulatorio ni de divulgación de ningún criterio de la CNMV, ni en el tipo sancionador ni en la descripción de la obligación de actuar en beneficio del interés de los partícipes.

Por último, no pueden admitirse las alegaciones de la entidad a propósito de que las operaciones realizadas por las entidades de contrapartida de los derivados OTC contratados por los fondos son operaciones que escapan a la esfera de control de la Gestora, y que las inversiones que esas entidades de contrapartida realicen y las comisiones y retrocesiones que se generen en el contexto de esas inversiones son completamente ajenas a sus obligaciones, de modo que no tiene ningún título jurídico para intervenir en ellas. Tenía el mismo título jurídico y la misma posibilidad de control entonces que el que más tarde ha ejercido, al cesar en su irregular actuación y proceder a negociar con las contrapartes de los derivados las primas correspondientes estimando en origen el volumen de las retrocesiones, reduciendo así su coste; y todo ello como consecuencia de su obligación de actuar en beneficio de los partícipes inversores."

6.- En la parte de la resolución impugnada que se acaba de transcribir se da también contestación a la pretendida vulneración del principio de tipicidad, siendo correcto el análisis tan pormenorizado que se contiene sobre la predeterminación normativa de la conducta sancionada, sobre la base de las normas, criterios y prácticas aplicables y conforme, como ya hemos dicho, a la interpretación jurisprudencial mantenida al respecto.

La conducta que aquí se analiza se encuentra recogida y definida con la concreción necesaria en norma con rango de Ley –la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva – donde aparece tipificada como infracción el incumplimiento por parte de las Sociedades Gestoras de sus obligaciones y funciones, siendo una obligación de las mismas específicamente contemplada en la Ley la de actuar en beneficio o interés de los partícipes en las inversiones y patrimonios que administren.

Por ello no es admisible la alegación actora de que se trata de un comportamiento genérico que necesita de mayor concreción, pues no puede haber ninguna duda de que la totalidad de los rendimientos de un patrimonio gestionado por un tercero que no es su propietario corresponden al titular del mismo, lo que debe conllevar que todas y cada una de las decisiones de gestión e inversión de ese patrimonio ajeno lo sean en las mejores condiciones de coste o precio, de modo que los eventuales descuentos sirvan para minorar dicho coste y no sean beneficio del gestor o de terceros. Si como en este caso aconteció la gestora recurrente va a invertir el patrimonio ajeno por ella gestionado por medio de determinada operación, y el funcionamiento normal, previsible, de la misma genera determinadas retrocesiones, y esas retrocesiones no benefician al fondo, bien vía una prima más baja pactada teniendo en cuenta las mismas o bien vía mayor beneficio, es claro que se ha incumplido con la obligación de actuar en interés de los partícipes.

Por ello, y aunque se desprende de lo dicho hasta aquí, no está de más volver a insistir en que las normas de aplicación son claras y, en todo caso, expresión de un principio básico y elemental de cualquier normativa reguladora de la gestión de patrimonios ajenos, en este caso de la gestión de las Instituciones de Inversión Colectiva.

Respecto de los criterios de la CNMV que también se ponen en cuestión, añade la resolución impugnada:

“Cabe, por último entrar en la alegación de la Gestora a propósito de su negación de que la CNMV hubiere comunicado de algún modo criterios al mercado ni a la Gestora, en relación con el supuesto que aquí se trata, o los hubiere aplicado de forma universal (se niegan al respecto las manifestaciones del Departamento de Supervisión en su Informe razonado — Hecho Probado Cuarto — y el valor de la documental en que las soportan aportadas al expediente, es decir, un correo electrónico entre técnicos de la CNMV y siete cartas o escritos dirigidos a la CNMV por varias SGIIC en el trámite de autorización e inscripción de diversos fondos garantizados por ellas promovidos).

Dejando totalmente al margen el citado correo electrónico, los escritos aportados acreditan que la CNMV, en el trámite de autorización e inscripción de fondos garantizados referenciados a otras IIC, y con objeto de verificar en el ejercicio de sus funciones su adecuación a la normativa de aplicación, interesaba de las SGIIC correspondientes una declaración sobre la existencia o no de acuerdos con terceros que supusieran retrocesión de comisiones y el compromiso, en su caso, de su abono a los fondos y no a la Gestora o entidades de su grupo. Más específicamente, tres de ellas (folios 128,129 y 133 del expediente) se refieren inequívocamente — como aquí — al supuesto de retrocesión de comisiones en relación con las IIC a cuya evolución se vincula la rentabilidad del fondo, incluyendo las que se generan como consecuencia de las posiciones que las contrapartidas de las OTC mantengan en los

fondos subyacentes derivadas de la cobertura de su riesgo. Y las dos primeras son coetáneas a la inscripción por la Gestora de los fondos que aquí se analizan.

No es cierto, por otra parte, que la CNMV fuera discrecional en la aplicación de las normas. Si bien del escrito obrante en el folio 128 del expediente resulta que el compromiso de la SGIC correspondiente, a instancia de la CNMV, se refiere a que las retrocesiones de comisiones de la naturaleza antes citada lo serían a favor del fondo y no de ella, y del obrante en el folio 129 que la SGIC habría pactado con la contraparte del OTC un menor valor de la prima como consecuencia de la retrocesión de las comisiones que soportan los subfondos, el resultado es el mismo en ambos casos y conforme a la normativa de aplicación. En ambos casos y precisamente, el resultado del esfuerzo inversor del fondo garantizado es a su beneficio, bien como ingreso, en el primer caso, bien como menor coste de la prima en la contratación del derivado OTC.

En consecuencia, sin perjuicio de que — como se ha dicho — la obligación de actuar de las SGIC en interés de los partícipes y de la infracción correspondiente por su incumplimiento se integren y concreten sin necesidad de criterios de la CNMV, no se puede afirmar que el organismo supervisor no verificara, o lo hiciera de forma dispar, la adecuación a la normativa, en el caso de fondos garantizados, del supuesto de retrocesiones de comisiones de la naturaleza expuesta.”

Todo lo expuesto en relación con las exigencias del principio de "lex certa" está íntimamente conectado con el principio de culpabilidad, consagrado por el artículo 130.1 de la LRJPAC, que también se invoca por la demandante, en el sentido de que una conducta eventualmente típica y antijurídica, no podrá ser calificada como infracción administrativa cuando exista incertidumbre jurídica o dificultades en la interpretación de la norma, especialmente en ausencia de criterios del supervisor, lo que como hemos visto no acontece en el presente caso; por ello en unión con lo ya dicho sobre el cumplimiento de las exigencias del principio de tipicidad y lex certa, no puede entenderse que no concurría el elemento subjetivo del ilícito en cuestión y sin que a ello pueda obstar tampoco el criterio manifestado por el Comité Consultivo de la CNMV obrante en el expediente administrativo que no deja de ser sino un criterio de un órgano consultivo pero en ningún caso vinculante.

7.- También se alega en la demanda la prescripción por haber transcurrido más de cinco años desde que la infracción fue cometida (artículo 83.2 de la Ley 35/2003) y ello sobre la base de entender que en este caso no se trata de una infracción continuada que se haya estado cometiendo hasta 2007, sino una infracción de estado que se había cometido en 2003, momento en el que el plazo de prescripción de las infracciones habría comenzado, sin que ese plazo se vea interrumpido ni suspendido por el mantenimiento en el tiempo de los efectos de la infracción.

Pero tampoco la Sala puede compartir la tesis propuesta por la actora, pues aun cuando los fondos efectivamente fueron lanzados en 2003 y ya entonces se incurriera en la infracción, nos hayamos ante una conducta observada y mantenida desde el año 2003 hasta el 2007, debiendo calificarse como infracción continuada, esto es aquélla que consiste en "la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica

ocasión" (artículo 4.6 del Reglamento de ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

Y ello debe ser así desde el momento en que las retrocesiones de comisiones no abonadas se devengaban diariamente (con abono periódico) desde el momento en que los fondos se lanzaron y ya entonces la entidad incurriera en incumplimiento de su obligación hasta los años posteriores, consecuencia de aquella acción u omisión original pero repetida en idéntica ocasión (en cada devengo) e infringiendo idéntico precepto administrativo (el que recoge la obligación de actuar en beneficio de los partícipes, subsistiendo en definitiva la infracción hasta el abandono de la conducta por la entidad actora en septiembre de 2007).

Tratándose de una infracción muy grave, cuyo plazo de prescripción es de cinco años, resulta claro que cuando se incoó el procedimiento –en febrero de 2010– no había transcurrido el plazo legal de prescripción.

8.- Un segundo *"bloque de fundamentos"* que, subsidiariamente, a juicio de la actora, determinaría la improcedente calificación de la infracción administrativa como muy grave, viene constituido por dos nuevas alegaciones de la demanda, a saber:

- Existencia de un tipo infractor más específico para los supuestos de vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a los Fondos, que desplaza la aplicación de la norma más general.
- Improcedencia, en todo caso, de considerar concurrente el elemento del tipo sancionador que se refiere a la existencia de *"PERJUICIO GRAVE"*.

Entiende así la actora que en la Ley 35/2003 existía y existe un precepto sancionador más específico que el aplicado en el que debería haberse subsumido una conducta que ha sido sancionada por vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a los fondos de inversión (el antiguo artículo 81 g) es más específico que el artículo 80 n)). Esa alegada incorrecta calificación de la conducta debe llevar, a juicio de la actora, a la íntegra estimación de su recurso en sede jurisdiccional.

Pero tampoco esta alegación relativa a la recalificación de la conducta, en orden a su consideración como infracción grave, en lugar de muy grave, puede alcanzar el éxito pretendido.

Ya la recurrente invocó en vía de recurso de reposición la aplicación retroactiva de la reforma efectuada en la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, en concreto, la modificación de sus artículos 80, 81 y 82, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Lo cierto es que la propia actora reconoce que la concreta tipificación en la que ha sido subsumida por la Administración la infracción imputada no se ha modificado, esto es, la prevista en el artículo 80 n) de la LIIC; no obstante alega que en el elenco de infracciones graves de la LIIC se recoge especialmente como tal, en la letra f) de su artículo 81, *"el cargo de comisiones por servicios que no hayan sido efectivamente prestados a la institución, el cobro de comisiones no previstas o con incumplimiento de los límites y condiciones impuestos en el artículo 8*

de esta Ley, en sus normas de desarrollo, estatutos o reglamentos de las instituciones”, redacción que ha sustituido hasta la entonces contemplada en la letra g) del propio artículo 81 de la LIIC, que recogía como infracción grave “el cobro de las comisiones previstas en el artículo 8, con incumplimiento de los límites y condiciones impuestos en esta Ley, en su reglamento de desarrollo y en los estatutos o reglamentos de las instituciones”.

Pero, como anticipábamos, tampoco la alegación puede ser acogida si tenemos en cuenta que la Ley de Economía Sostenible, como la actora no deja de reconocer, no ha modificado en nada el tipo sancionador concretamente aplicado, sino que únicamente, por lo que aquí importa, ha añadido un inciso en el anterior tipo sancionador grave recogido en la letra g) del artículo 81 de la LIIC, ubicándose en la nueva redacción ahora en su letra f); de modo que ahora se tipifica únicamente como infracción grave lo que antes se tipificaba como infracción muy grave o grave en los artículos 80 n) y 81 h), respectivamente, según hubiese o no perjuicio grave a los inversores.

Ahora bien, en este caso no se imputa a la Gestora la percepción por la misma, a cargo de los partícipes de los respectivos Fondos de una comisión no prevista, sino que lo que es objeto de consideración se corresponde con el referido incumplimiento con grave perjuicio para los inversores de su obligación de actuar en beneficio o intereses de los partícipes de dos fondos de inversión garantizados, por vulnerar el régimen de ingresos, comisiones y gastos a ellos imputables; y más concretamente, como se subraya en la resolución impugnada *“se trata del incumplimiento del principio básico del deber de actuación de las SGIIIC en interés de los partícipes de las IIC que administra, al haber permitido o no haber impedido, con falta de la diligencia debida, que una tercera entidad (aun relativamente, porque Banco Santander es su entidad matriz y de control) se beneficiaria, en detrimento de los fondos de inversión garantizados, de las retrocesiones de comisiones con origen de la inversión de estos en derivados OTC (opciones call) con subyacente de cestas de IIC extranjeras, para la obtención del valor liquidativo garantizado”.*

Esta conducta, tal y como correctamente se razona en la resolución impugnada, supone la vulneración de las normas que establecen el régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a las IIC que se gestionan, en definitiva, de los resultados y rendimientos que corresponden al patrimonio ajeno administrado, normas de las que resulta que, por una parte, la totalidad de los ingresos o rendimientos asociados u obtenidos por un Fondo de Inversión deben imputarse a él, como inversión del patrimonio separado que constituye y, por otra, sólo deben detraerse de éste las comisiones y gastos que se le pueden imputar, y que en nuestra normativa están tasados.

En definitiva, lo que aquí se ventila no es un supuesto de *“cobro de comisiones por servicios no efectivamente prestados a la institución”* o de *“cobro de comisiones no previstas”*, supuesto en el que procedería la calificación de grave que recoge ahora el artículo 81 f) de la LIIC, sino de la vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos aplicable a las IIC, que sigue encontrando su sitio como infracción muy grave en el artículo 80 n) de la LIIC.

Y, en segundo lugar, se reitera lo ya alegado en vía administrativa respecto a la no existencia de perjuicio grave.

Esta otra alegación debe decaer ante los datos aportados por el informe del Departamento de Supervisión que obra en el expediente administrativo y que pone de relieve algo que resulta

ciertamente muy relevante a los efectos de la calificación de la infracción y que permite establecer que la conducta de la Gestora en este caso causó un perjuicio grave para los inversores de los fondos afectados. La especial relevancia de este concreto extremo resulta de constituir un elemento (la causación de un perjuicio grave a los inversores) determinante de la calificación como muy grave o grave de la infracción (artículos 80 n) y 81 h) de la Ley 35/2003, respectivamente).

a) Se alega que los cálculos contenidos en el informe razonado elaborado por/a Dirección Genero/de Entidades - Departamento de Supervisión de IC-ECR - con respecto al perjuicio causado a los fondos gestionados (el 0,43% sobre el patrimonio del Fondo Superselección 2 y el 0,25% sobre el patrimonio del Fondo Super 100), no son correctos, puesto que la fecha de referencia para su cálculo - patrimonio a 30 de septiembre de 2007 -, no tiene en cuenta las variaciones del mismo a lo largo de los sucesivos años, debiendo realizarse dicho cálculo sobre el patrimonio medio de los fondos de cada año, en el intervalo 2003-2007, lo que conllevaría el siguiente resultado:

Fondo Superselección 2:

Año	Importe recibido	% respecto del patrimonio medio del fondo ese año
2003	1.887.300 euros	0,12%
2004	1.768.300 euros	0,12%
2005	547.400 euros	0,04%
2006	154.800 euros	0,01%
2007	102.600 euros	0,01%

Fondo Super 100:

Año	Importe recibido	% respecto del patrimonio medio del fondo ese año
2003	490.600 euros	0,03%
2004	858.600 euros	0,05%
2005	6.78.000 euros	0,04%
2006	503.300 euros	0,03%
2007	305.100 euros	0,02%

Los porcentajes incluidos en el informe razonado se calcularon tomando como base el patrimonio de los respectivos fondos a 30 de septiembre de 2007, fecha de referencia de la inspección. Es cierto, como alega la gestora, que la cifra de patrimonio ha variado durante el tiempo, pero no procede la consideración de los porcentajes de perjuicio aportados, ya que están estimando el importe no retrocedido cada año sobre el patrimonio medio de ese año, sin tener en cuenta que el perjuicio que hay que considerar es el perjuicio acumulado (4.460.400€ y 2.833.600€, respectivamente), y no de forma aislada el que cada año se haya causado.

Tal y como se señaló en el informe razonado, el perjuicio causado expresado en porcentaje sobre el patrimonio de cada fondo a la fecha de referencia de la inspección supone el 0.43% y el 0.25% respectivamente.

Teniendo en cuenta la variación patrimonial experimentada, podría aceptarse como una aproximación más acertada para calcular el porcentaje que supone el perjuicio o bien el patrimonio medio de los fondos durante sus correspondientes períodos de garantía o bien el patrimonio medio de los fondos desde la fecha de inicio de garantía hasta la fecha de referencia de la inspección; los perjuicios causados, calculados de esta forma y expresados en porcentaje dichos patrimonios serían los siguientes:

Fondo Super selección 2:

Perjuicio (importe total retrocedido que no ha sido abonado al fondo): 4.460.400€

% que supone el perjuicio sobre el patrimonio promedio del fondo (desde inicio garantía, 30/04/2003, hasta 30/9/2007, fecha de referencia de la inspección) 0,34%

% que supone el perjuicio sobre el patrimonio promedio del fondo durante el periodo de garantía (desde 30/4/2003 hasta 30/1/2008) 0,34%

% que supone el perjuicio sobre el patrimonio del fono a 30/9/2007 0,43%

Fondo Super 100

% que supone el perjuicio sobre el patrimonio promedio del fondo (desde inicio garantía, 4/7/2003, hasta 30/9/2007, fecha de referencia de la inspección) 0,19%

% que supone el perjuicio sobre el patrimonio promedio del fondo durante el periodo de garantía (desde 4/7/2003 hasta 4/11/2008) 0,20%

% que supone el perjuicio sobre el patrimonio del fondo a 30/9/2007 0,25%

Cabe señalar que cualquier cifra porcentual de perjuicio que se estime supone una aproximación al perjuicio real, teniendo en cuenta que el patrimonio de los fondos varía, tanto por los cambios en la valoración de sus carteras como por las entradas y salidas de partícipes. Pero la única alternativa precisa a esta aproximación sería que la gestora estimase individualmente el perjuicio causado a cada partícipe. lo que entraña una gran dificultad, considerando el tamaño de los fondos, el elevado número de partícipes, la variación que éstos han experimentado (aunque se trata de fondos garantizados, que habitualmente tienen un reducido movimiento de entrada y salida de partícipes por las comisiones de suscripción y reembolso, ambos fondos tienen "ventanas de reembolso" durante las que no se aplican

comisiones, habiéndose producido importantes reembolsos), las diferentes fechas en las que se habrían imputado las retrocesiones, la periodificación que debería haberse realizado de tales retrocesiones, etc.

Resulta asimismo necesario destacar el elevado número de partícipes afectados por la mala práctica de Santander Asset Management. SGLIC En este sentido en Fondo Superselección 2. FI dicho número oscila entre 52.067 a 30/4/2003, fecha de inicio de la garantía, y 20.824 a 30/1/2008 fecha de vencimiento de la garantía, de acuerdo con las cifras comunicadas por la gestora en los estados reservados de este fondo Por lo que respecta a Fondo Súper 100, FI, el número de partícipes se ha reducido desde 53.330 a 31/7/2003, hasta 10.89 a 30/11/2008.

Aunque, tal y como se señaló anteriormente, resulta complicado determinar el perjuicio real causado a cada partícipe y, en todo caso, la gestora es la única que podría realizar un cálculo preciso, puesto que la información disponible en la CNMV es insuficiente para ello, a partir de las cifras de perjuicio porcentual calculadas anteriormente se puede realizar una estimación más ajustada de los perjuicios según los intervalos de inversión en que se clasifican los partícipes, estimación que permite tener una visión de la magnitud del perjuicio causado.

Para ello, se van a considerar los partícipes declarados en el estado reservado F06¹ (estado de información auxiliar) por intervalo de inversión de ambos fondos entre los correspondientes períodos de garantía, calculando el número medio de partícipes. Las cifras son las siguientes:

Fondo Superselección 2

Intervalo de inversión (en euros)	Nº de partícipes promedio (1)	Rango de perjuicio de cada partícipe por intervalo, en euros (2)	Inversión promedio, en euros (3)	Perjuicio promedio partícipe (4)
Más de 6.000.000	0	Más de 20.400	0	N/A
2.500.000,01-6.000.000	2	8.500-20.400	7.210.888	12.259
1.200.000,01-2.500.000,00	5	4.080-8.500	8.726.011	5.934
600.000,01-1.200.000,00	39	2.040-4.080	31.270.797	2.726
300.000,01-600.000,00	177	1.020-2.040	69.537.034	1.336
150.000,01-300.000,00	657	510-1.020	129.956.774	673
60.000,01-150.000,00	4.084	204-510	357.198.393	297
30.000,01-60.000,00	7.502	102-204	307.328.041	139
6.000,01-30.000,00	24.112	20-102	356.205.373	50
Hasta 6.000	4.974	Menos de 20	17.313.928	12

(1) Promedio del número de partícipes declarados en el FO6 en los correspondientes intervalos de inversión, desde el 30 de abril de 2003 al 31 de enero de 2008 (periodo de garantía), obtenido redondeando al entero más próximo.

(2) Se obtiene multiplicando el porcentaje de perjuicio sobre patrimonio promedio del periodo de garantía antes calculado (0,34%) por los límites de cada intervalo de inversión.

(3) Volumen del promedio de inversión declarado en el FO6 en cada intervalo, desde el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de enero de 2008, para el total de los partícipes de ese intervalo.

(4) $(3) \times 0,34\% / (1)$

¹ Se han considerado los estados reservados inmediatamente posteriores al inicio de la garantía, 4/7/2003, y a su vencimiento, 4/11/2008.

Fondo Super 100

Más de 6.000.000,00	1	Más de 12.000	9.600.498	19.201
2.500.000,01-6.000.000,00	1	5.000-12.000	5.097.388	10.195
1.200.000,01-2.500.000,00	11	2.400-5.000	18.088.363	3.289
600.000,01-1.200.000,00	54	1.200-2.400	42.227.123	1.564
300.000,01-600.000,00	248	600-1.200	95.065.128	767
150.000,01-300.000,00	817	300-600	163.883.662	401
60.000,01-150.000,00	4.325	120-300	380.133.929	176
30.000,01-60.000,00	7.558	60-20	310.468.818	82
6.000,01-30.000,00	23780	12-60	354.887.499	30
Hasta 6.000	4.624	Menos de 12	16.218.527	7

(1) Promedio del número de partícipes declarados en el F06 en los correspondientes intervalos de inversión, desde el 30 de julio de 2003 al 31 de octubre de 2008 (el periodo de garantía va desde el 4 de julio de 2003 hasta el 4 de noviembre de 2008), obtenido redondeado al entero más próximo.

(2) Se obtiene multiplicando el porcentaje de perjuicio sobre patrimonio promedio del periodo de garantía antes calculado (0,20%) por lo límites de cada intervalo de inversión

2 Se ha considerado como último dato la cifra correspondiente a 31 de enero de 2008, día siguiente al vencimiento de la garantía.

(3) Volumen del promedio de inversión declarado en el F06 en cada intervalo, desde el 30 de julio de 2003 hasta el 31 de octubre de 2008, para el total de los partícipes de ese intervalo.

(4) (3) x 0,20%/(1)

En consecuencia, tal y como se pone de manifiesto en las estimaciones realizadas existiría un elevado número de partícipes 12.466, para los que el perjuicio promedio causado sería superior a 139 euros en Fondo Superselección 2, FI, siendo superior a 673 euros cara 880 partícipes.

Lo mismo ocurre en Fondo Súper 100, FI, en el que 5,457 partícipes habrían sufrido un perjuicio promedio superior a 176 euros, siendo superior a 767 euros en 375 partícipes

En consecuencia, en opinión de esta Dirección General de Entidades - Departamento de Supervisión de IIC-ECR, queda suficientemente acreditada la relevancia de los perjuicios causados a los fondos y, por lo tanto, a los partícipes.

Las anteriores explicaciones técnicas y los datos contenidos en el informe son suficientemente esclarecedores a los efectos de acreditar la relevancia de los perjuicios causados a los efectos de la calificación de la infracción.

9.- Un tercer y último bloque de fundamentos jurídicos que, con carácter subsidiario a los dos anteriormente analizados, han de conducir, a juicio de la actora, a una sustancial reducción de la sanción impuesta por su incorrecta cuantificación son:

- Imprudencia de que se tome como base para el cálculo de la sanción los supuestos beneficios obtenidos por un tercero, cuando se reconoce que la actora no obtuvo ningún beneficio.

- Existencia en todo caso de circunstancias no tenidas en cuenta por la Orden y que determinan el carácter desproporcionado de la sanción.

Pero tampoco ni una ni otra alegación puede ser acogida.

En efecto, de una parte la Orden impugnada impone una sanción de catorce millones de euros a partir de la aplicación del artículo 85.1 a) de la Ley 35/2003 en el que se establece entre las sanciones posibles la siguiente:

“Multa por importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En aquellos casos en que el beneficio derivado de la infracción cometida no resulte cuantificable, multa de hasta 300.000 euros.”

La Orden impugnada aplica así la regla relativa al *“beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción”* tomando como cifra la de 7,296 millones de euros por constituir el importe total de las retrocesiones percibidas por Banco Santander.

A partir de esa cifra, en la página 36 de la Orden se estima correctamente que el límite inferior de la sanción sería de 7,296 millones de euros y el límite máximo de 36,480 millones de euros (el quíntuplo).

Tras considerar que no existen circunstancias agravantes ni antecedentes disciplinarios, la Orden estima que procede imponer una multa dentro del tercio inferior de las posibles (artículo 131.2 de la LRJPAC), que prevé que la comisión de infracciones no debe resultar al infractor más beneficiosa que el pago de la sanción, para justificar que procede imponer una multa superior al supuesto beneficio y que sea disuasoria, acordando imponer una multa de 14 millones de euros.

Se pone así de manifiesto la proporcionalidad de la sanción una vez tenido en cuenta el perjuicio causado, que es cuantificable, 7,296 millones de euros, optando por la imposición plenamente ajustada a la norma de imponer la sanción en el tercio inferior (desde 7,296 a 17,024 millones de euros), siendo la sanción impuesta equivalente aproximadamente al duplo del beneficio obtenido, aun dentro del tercio inferior posible y sin llegar al límite máximo de éste.

Asimismo, en la resolución impugnada se justifica y motiva la base que se toma para la sanción considerando la especial vinculación entre el infractor, la Gestora y el beneficiado, el Banco, que le lleva a apreciar con toda razón la relativa ajenidad del beneficio obtenido por este último, al ser precisamente éste la sociedad matriz o dominante (de control), de la Gestora recurrente, ambos pertenecientes al mismo Grupo societario y sin que, por tanto, pueda ponerse en cuestión la relación de dominio o unidad de decisión entre el perceptor del beneficio y el autor de la infracción del que aquél trae su causa.

Por lo demás, la norma no establece que el beneficio bruto a tomar en consideración para el cálculo de la multa, como consecuencia de la infracción cometida, se limite al obtenido por el propio infractor, sin poder atender al obtenido mediando la misma relación de causalidad por

un tercero tal y como propugna la actora, que, a juicio de la Sala, no se ajusta ni a la literalidad de la norma ni tampoco a su espíritu y finalidad y de la que resultarían sanciones no sólo no proporcionales sino tampoco disuasorias a la hora de obtener un beneficio irregular muy superior a la sanción.

10.- De lo anterior deriva la desestimación del presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

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

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de SANTANDER ASSET MANAGEMENT, S.A., S.G.I.I.C., contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de septiembre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

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

AUTO

En MADRID, a veinticinco de Enero de dos mil trece

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- En el presente recurso se ha dictado SENTENCIA, de fecha 14 de diciembre de 2012 notificada a las partes con fecha 28 de diciembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El artículo 267.2 de la LOPJ, establece que *“Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas pero si aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento”*.

En efecto constando que en la sentencia se deslizaron varios errores ofimáticos *“lapsus calami”* a saber:

- En el fundamento jurídico 3 párrafo 3 se dice:

“Solo entonces cabría plantear que en las contrapartidas rebajasen la prima en el importe de las comisiones que ellas mismas percibieran. Pero, a juicio de la actora el supuesto” **(cuando debe decirse** *“Sólo entonces cabría plantear que en las contrapartidas rebajasen la prima en el importe de las comisiones que ellas mismas percibieran. Pero, a juicio de la actora, el supuesto”*.

- En el fundamento jurídico 4 párrafo 8 se dice:

“siempre que sean necesarios para el cumplimiento de la normativa vigente, en especial los de auditoria y custodia.” **(cuando debe decirse** *“siempre que sean necesarios para el cumplimiento de la normativa vigente, en especial los de auditoria y custodia).”*

- En el fundamento jurídico 5 párrafo 5 se dice:

“retrocesiones se actuó en interés” **(cuando debe decirse** *“retrocesiones no se actuó en interés”*.

-En el fundamento jurídico 7 párrafo 2 se dice:

"nos hayamos ante una conducta observada y mantenida desde el año 2003 hasta el 2007."
(**cuando debe decirse** *"nos hallamos ante una conducta observada y mantenida desde el año 2003 hasta el 2007".*)

- En el fundamento jurídico 7 párrafo 3 se dice:

"(el que recoge la obligación de actuar en beneficio de los partícipes, subsistiendo en definitiva la infracción hasta el abandono de la conducta por la entidad actora en septiembre de 2007."
(**cuando debe decirse** *"(el que recoge la obligación de actuar en beneficio de los partícipes), subsistiendo en definitiva la infracción hasta el abandono de la conducta por la entidad actora en septiembre de 2007."*)

-Fundamento jurídico 8 párrafo se dice:

"Esta otra alegación debe detraer ante los datos aportados por el informe del Departamento de Supervisión que obra en el expediente administrativo" (**cuando debe decirse** *"Esta otra alegación debe decaer ante los datos aportados por el informe del Departamento de Supervisión que obra en el expediente administrativo".*)

En su virtud, **LA SALA**, por y ante mí, el Secretario Judicial, siendo Ponente la Ilma Sra. Presidenta D^a. MARIA ASUNCION SALVO TAMBO,

ACUERDA

- Corregir los errores ofimáticos existentes en la sentencia de 14 de diciembre de 2012 en los términos arriba indicados.

- Unir certificación literal de esta resolución a las actuaciones y el original, junto con la resolución aclarada, al Libro de Sentencias.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmas. Sras. al margen citados; doy fe.