

OBLIGACIONES BANCARIAS

Retrocesiones

[SAN, Sala de lo Contencioso, sección 6, Madrid, del 14 de diciembre de 2012 \(Roj: SAN 5287/2012\), recurso: 531/2011, Ponente: María Asunción Salvo Tambo.](#)

Sanción por vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a las IIC administradas (Confirmada) – Rendimientos del patrimonio gestionado – Gastos imputables a los fondos – Control sobre las retrocesiones – Sociedad matriz como tercero beneficiado – Irrelevancia del origen de las retrocesiones – Actuación en interés del fondo – Irrelevancia de la función de comercialización/subdistribución de las IIC subyacentes (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Sanción por vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos imputables a las IIC administradas: “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 SGIIC 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 (sic), 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 imputársele 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”.

Rendimientos del patrimonio gestionado: “(...) *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 IIC y en el artículo 66 de la Ley 35/2003 de IIC, que prevén que las IIC deberán efectuar sus transacciones a precios y condiciones de mercado) (...)* 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). (...) 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”.

Gastos imputables a los fondos: “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”.

Control sobre las retrocesiones: “(...) 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 (sic) 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”.

Sociedad matriz como tercero beneficiado: “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”.

Irrelevancia del origen de las retrocesiones: “(...) 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. ”.

Actuación en interés del fondo: “como se dice en el Informe razonado "(...) debe entenderse que estaba dentro de sus obligaciones de actuación en interés de los fondos de inversión e! (sic) 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”.

Irrelevancia de la función de comercialización/subdistribución de las IIC subyacentes: *“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 SGIIC 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 SGIIC 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. (...) 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”.*

[Texto completo de la sentencia](#)
