

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE OCTUBRE DE 2015

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

**Recurso nº.:** 1284/2014  
**Ponente:** D. Francisco Díaz Fraile  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 25 de marzo de 2014, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 24 de julio de 2013  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a trece de octubre de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido **PREVISIÓN SANITARIA NACIONAL GESTIÓN SGIIC S.A.** representado por la Procuradora doña ACR contra **MINISTERIO DE ECONOMÍA** representada por el Abogado del Estado, sobre **SANCIÓN** siendo ponente el Istmo Sr. Magistrado de esta Sección **D. Francisco Díaz Fraile**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede del Ministerio de Justicia y es la resolución de 25 de marzo de 2014.

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

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

**CUARTO.-** Contestada la demanda, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el **06 de octubre de 2015**, en el que efectivamente se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna la resolución de 25-3-2014 del Ministerio de Economía y Competitividad, que desestimó el recurso de alzada formulado en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 24-7-2013 que le había impuesto una sanción de multa por importe de 303.000 € por razón de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 81. letra g) de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC), terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

**SEGUNDO.-** La demandante en sus escritos alegatorios articula una serie de motivos de impugnación, que –en síntesis–son los siguientes: en primer lugar, se niega que concurra el requisito de la culpabilidad en la parte actora; en segundo lugar, se alega que no es posible imputar a la recurrente por una supuesta falta de control sobre PSN Servicios y

Gaesco Valores al no estar estas últimas dominadas por aquélla; en tercer lugar, se aduce que, en el caso de existir incumplimiento, el mismo sería de escasa trascendencia, por lo que la infracción sería leve; y, en cuarto lugar, se arguye la existencia de error en la aplicación del artículo 86.1.b) de la LIIIC debido a la ausencia de beneficio para el infractor, por lo que la multa máxima a imponer sería de 150.000 €. En atención a todo lo anterior la parte actora impetra la anulación de la resolución impugnada, y subsidiariamente que se limite la multa a 150.000 €.

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

**TERCERO.-** La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva dispone en su artículo 46.2 lo siguiente: <<Las sociedades gestoras actuarán en beneficio de los partícipes o accionistas de las instituciones cuyos activos administren y las comisiones que perciban de ellos tendrán los límites establecidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley. Le corresponderán a la sociedad gestora las facultades del dominio sobre el patrimonio del fondo, sin ser propietaria del mismo, ejerciéndolas en interés de los partícipes, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en sus normas de desarrollo y en el reglamento de gestión>>. El artículo 6 de la misma LIIIC establece que <<el patrimonio de los fondos de inversión se constituirá con las aportaciones de los partícipes y sus rendimientos>>, mientras que el artículo 8 de la misma norma legal preceptúa esto: <<Las sociedades gestoras y los depositarios podrán percibir de los fondos comisiones de gestión y de depósito, respectivamente, y las sociedades gestoras de los partícipes, comisiones de suscripción y reembolso; igualmente, podrán establecerse descuentos de suscripción y reembolso a favor de los propios fondos. Dichas comisiones que se fijarán como un porcentaje sobre el patrimonio o rendimiento del fondo, o bien sobre una combinación de ambas variables, o en su caso, sobre el valor liquidativo de la participación, no podrán exceder de los límites que, como garantía de los intereses de los partícipes y en función de la naturaleza del fondo y del plazo de vencimiento de las inversiones, se establezcan reglamentariamente. En el folleto y en el documento con los datos fundamentales para el inversor se deberán recoger la forma de cálculo y el límite máximo de las comisiones, las comisiones efectivamente cobradas y la entidad beneficiaria de su cobro>>.

Finalmente, la conducta sancionada de la demandante se ha tipificado con arreglo al artículo 81.letra g) de la LIIIC, que considera infracción grave <<el incumplimiento por parte de las sociedades gestoras de las funciones y obligaciones contempladas en el artículo 46, cuando no deba ser calificada como falta muy grave>>.

**CUARTO.-** En nuestra labor revisora del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa damos hic et nunc por reproducidos en aras a la brevedad los hechos declarados probados en la originaria resolución sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 24-7-2013, y abordamos directamente los motivos de impugnación esgrimidos por la parte actora.

En el fondo de la sanción impuesta subyace una ilegítima retrocesión de las comisiones de gestión cobradas por la gestora de los fondos principales en que invertían los fondos subordinados gestionados por la recurrente. El primer punto a verificar es si realmente en el supuesto enjuiciado se produjeron tales retrocesiones o por el contrario las

cantidades percibidas por PSN Servicios respondían a servicios efectivos prestados por esta última en virtud del contrato de representación que tenía concertado con GVC Gaesco Valores, matriz de la gestora de los fondos principales. Del anexo 2 a este último contrato de representación se desprende que la supuesta remuneración de PSN Servicios se calculaba en un porcentaje importante de las comisiones de gestión cobradas por la gestora de los tres fondos principales en que invertían los tres fondos subordinados gestionados por la actora y mientras permaneciese la meritada inversión en los fondos principales, siendo de añadir que cada uno de los referidos fondos principales tenía como único partícipe al correspondiente fondo subordinado gestionado por la actora, de donde que difícilmente PSN Servicios pudiera realizar una labor de comercialización de los susodichos fondos principales. Lo anterior constituye una prueba indiciaria suficiente para concluir que la supuesta remuneración para PSN Servicios derivada del sobredicho contrato de representación se nutría de la retrocesión de una parte de las comisiones que cobraba la gestora de los fondos principales, sin que obedeciera a una efectiva prestación de servicios, tratándose más bien de un incentivo para la permanencia de la inversión de los fondos subordinados en los principales.

La retrocesión de comisiones de gestión es una práctica legítima cuando revierte al fondo inversor. Ahora bien, en el supuesto enjuiciado la retrocesión de las comisiones no iba a parar al fondo inversor, sino que remuneraba unos supuestos e inexistentes servicios de comercialización de PSN Servicios, y ello con vulneración del régimen de ingresos, comisiones y gastos de tales fondos de inversión. Y es esto precisamente lo que se imputa a la demandante, el no haber actuado en defensa de los intereses de los inversores procurando que el porcentaje de las comisiones de gestión objeto de la retrocesión ingresara en el patrimonio de los respectivos fondos subordinados al tratarse de rendimientos asociados a los mismos, incumpliendo así la obligación que le incumbía ex artículo 46.2 de la LIIIC y dando lugar a la infracción grave sancionada.

El siguiente punto que hemos de comprobar en nuestra labor revisora de la previa actuación administrativa sancionadora es si concurre el elemento de la culpabilidad de la demandante en la infracción grave imputada. Este motivo de impugnación articulado en la demanda apunta a un elemento esencial de la infracción administrativa habida cuenta de que en nuestro Derecho administrativo sancionador no existe la responsabilidad objetiva o sin culpa, si bien es de notar que la culpabilidad puede estar presente en sus formas dolosas o culposas, pudiendo consistir en la omisión de la diligencia debida para impedir un resultado previsible y evitable. Este motivo impugnativo puede estudiarse conjuntamente con el siguiente que alude a la falta de control de la demandante sobre PNS Servicios y Gaesco Valores, siendo el contrato de representación entre estas dos últimas empresas la cobertura formal de la retrocesión de las comisiones de gestión litigiosas, por lo que la actora, ajena a dicho contrato, debería quedar exenta de reproche según la tesis de la demanda. La recurrente aduce en esta línea que hizo lo que estaba a su alcance, que era comprobar las cuentas anuales de PSN Servicios, que reflejarían la prestación de los servicios contratados. Sin embargo, esta prueba no es concluyente en función de sus mismos resultados, y en cambio existe toda una serie de elementos de juicio que permite inferir que la demandante al menos conocía, o hubiera podido o debido conocer con el despliegue de la diligencia debida, la existencia de la retrocesión de las comisiones de referencia y no hizo nada al respecto, incumpliendo así su obligación ex artículo 46.2 de la LIIIC de actuación en beneficio de los partícipes de los tres fondos subordinados que gestionaba, con el consiguiente perjuicio a estos últimos al privarles de los correspondientes ingresos o imponerles unos

gastos adicionales según la óptica que se adopte. A este propósito hemos de recordar las advertencias de la CNMV sobre las condiciones de la legitimidad e ilegitimidad de la retrocesión de las comisiones de gestión, las relaciones entre la demandante (gestora de los fondos subordinados) y la gestora de los fondos principales, cuya gestora además participaba en el capital de la aquí actora, la renombrada carta de 28 de noviembre de 2011 que la ahora demandante dirige a GVC Gaesco Valores, la pertenencia al mismo grupo empresarial de la recurrente y de PSN Servicios que percibía las comisiones retrocedidas por unos supuestos servicios de comercialización inexistentes, a lo que se suma que estas dos últimas entidades (la actora y PSN Servicios) tenían las mismas personas como presidente y vicepresidente de sus respectivos consejos de administración, aparte de otros consejeros que figuraban en ambos consejos de administración. Todos estos datos y circunstancias constituyen suficientes elementos de juicio para construir una prueba indiciaria de la culpabilidad de la parte actora en su incumplimiento ex artículo 46.2 de la LIIC de la obligación de actuar en beneficio de los partícipes de los fondos subordinados que gestionaba, cuya culpabilidad deriva al menos de una falta de diligencia debida en su actuación, por lo que los resultados le son reprochables, de donde que no pueda aceptarse la ausencia del elemento culpabilístico de la infracción grave objeto de la sanción litigiosa.

Con carácter subsidiario el tercer motivo recursivo defiende que la infracción cometida sería leve y no grave. A este respecto es de indicar que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 46 de la LIIC puede constituir una infracción muy grave [artículo 80.n) de la LIIC] si el perjuicio causado a los partícipes o accionistas de las LIC es grave, lo que la propia Administración sancionadora ha descartado, si bien la pretensión de la actora en este motivo de impugnación exigiría que aquel incumplimiento no pudiera calificarse como grave en atención a su singularidad y escasa trascendencia [artículo 82.e)], siendo así que en el supuesto que enjuiciamos la prolongación en el tiempo desde 2006 hasta 2011 de la conducta sancionada, la afectación a tres fondos de inversión y las advertencias previas de la CNMV sobre la legitimidad o no de las prácticas de retrocesión de comisiones de gestión impiden aceptar que el comportamiento infractor de la recurrente sea susceptible de calificarse como leve ya que en el mismo no concurren aquellas notas cumulativas de singularidad y escasa trascendencia, de donde que este tercer motivo de impugnación haya de claudicar también.

Con carácter subsidiario y como cuarto motivo impugnativo se aduce en la demanda que la Administración demandada ha incurrido en un error en la aplicación del artículo 86.1.b) de la LIIC dado que ante la ausencia de beneficio para la actora la multa máxima que podría haberse impuesto era la de 150.000 €. Es de observar que el artículo 86.1.b) de la LIIC contempla entre las posibles sanciones a imponer por la comisión de infracciones graves la *"multa por importe de hasta el tanto 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 150.000 euros"*. En el caso se ha impuesto una multa de 303.000 €, equivalente al tanto del beneficio obtenido por la infracción grave cometida. Es de advertir que el tenor literal de este último precepto no exige que el beneficio derivado de la infracción haya sido obtenido por el infractor, cual ocurre en el caso de autos, utilizándose el beneficio obtenido como parámetro de cálculo de la sanción, siendo así, por otra parte, que en el supuesto enjuiciado el beneficio derivado para PNS Servicios resulta perfectamente cuantificable, por lo que no resulta plausible la tesis defendida en este postrero motivo

de impugnación que denuncia una interpretación extensiva in malam partem del referido precepto, estando justificada además la imposición de la sanción en su grado máximo por el principio de proporcionalidad y el carácter retributivo y disuasorio de la sanción administrativa, que no se cumplirían si fuese más beneficioso cometer la infracción que cumplir la sanción.

En definitiva, y por mor de cuanto antecede, se impone la desestimación del recurso al carecer la demanda de términos hábiles para su acogimiento.

**QUINTO.-** Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora (artículo 139.1 de la LJ).

## **FALLAMOS**

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar las resoluciones a que se contrae la Litis
- 3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta resolución es firme.

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