



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Resolución de Superintendente Nº 111-2023-SMV/02

Lima, 20 de diciembre de 2023

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente Nº 2021045682 que contiene, entre otros, el recurso de apelación interpuesto por BBVA Asset Management S.A. Sociedad Administradora de Fondos (en adelante, "BBVA SAF"), contra la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV Nº 019-2022-SMV/10, el Informe Nº 1266-2023-SMV/06 emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica (en adelante, el "Informe Legal"), así como el escrito de alegatos de BBVA SAF; y realizado el informe oral por parte de los representantes de BBVA SAF;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución de Superintendencia Adjunta SMV Nº 019-2022-SMV/10 (en adelante, la "Resolución de Sanción"), el Superintendente Adjunto de Supervisión Prudencial sancionó a BBVA SAF con una multa de 5 UIT, equivalente a S/. S/ 21 500,00, por haber incurrido en las siguientes infracciones:

- a) Una infracción de naturaleza grave, tipificada en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV, aprobado por Resolución SMV Nº 035-2018-SMV/01 (en adelante, el "Reglamento de Sanciones"), por no cumplir con las Normas Generales de Conducta sobre el deber de cuidado y diligencia al haber difundido un hecho de importancia con información inexacta; y,
- b) Una infracción de naturaleza leve, tipificada en el Anexo VII, literal A), numeral 3, inciso 3.4 del Reglamento de Sanciones, por incumplir con las disposiciones relativas a los límites de participación en un fondo mutuo.

Que, mediante comunicación recibida el 22 de septiembre de 2022, BBVA SAF interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sanción, solicitando la nulidad de la misma;

Que, con el Informe Nº 1266-2023-SMV/06, la Oficina de Asesoría Jurídica emitió su opinión legal sobre el recurso de apelación interpuesto por BBVA SAF (en adelante, el "Informe OAJ");

Que, por Oficio Nº 4350-2023-SMV/14 se notificó a BBVA SAF con el Informe OAJ, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles, para que formule sus alegatos, de considerarlo pertinente;

Que, mediante comunicación remitida el 25 de septiembre del 2023, BBVA SAF solicitó una prórroga de diez (10) hábiles adicionales al plazo

señalado en el considerando anterior, para presentar su respuesta a los argumentos señalados en el Informe de OAJ;

Que, por Oficio N° 4436-2023-SMV/14 se concedió la prórroga solicitada por BBVA SAF;

Que, mediante comunicación remitida el 13 de octubre de 2023, BBVA SAF presentó sus alegatos respecto a los argumentos contenidos en el Informe OAJ, solicitando además se le conceda el uso de palabra en audiencia virtual ante la Superintendente del Mercado de Valores;

Que, el día 7 de noviembre de 2023 se realizó el informe oral ante la Superintendente del Mercado de Valores, por parte de los representantes legales de BBVA SAF;

ARGUMENTOS DE DEFENSA DE BBVA SAF

Que, a continuación se exponen de forma sucinta los argumentos contenidos en el recurso de apelación interpuesto por BBVA SAF, sus alegatos, así como los señalados en el informe oral realizado por sus representantes:

A. Hechos relevantes relacionados con la comisión de las infracciones imputadas

Que, BBVA SAF indica que el 31 de enero de 2020 se produjo un exceso de participación en el fondo mutuo BBVA Tesorería Soles FMIV (en adelante, el "Fondo"), administrado por BBVA SAF, en la cuenta del partícipe Orden de San Agustín: Provincia de Nuestra Señora de Gracia del Perú (en adelante, el "Partícipe"), al contar con 10.2436% de participación en el Fondo (en adelante, el "Exceso de Participación");

Que, BBVA SAF señala que su sistema contaba con un control automático y de alertas que impedía que los partícipes que alcanzaran el 10% de participación en un fondo mutuo, puedan realizar suscripciones adicionales en dichos fondos (exceso atribuible). Debido a esto, BBVA SAF consideraba que todos los excesos de participación que se mostraban en sus reportes internos eran de tipo no atribuibles, es decir, originados por rescate de terceros;

Que, BBVA SAF afirma que usualmente cuando un partícipe desea suscribir cuotas de participación en un determinado fondo, se firma un solo contrato de administración y las suscripciones adicionales se realizan en base a dicho contrato o "cuenta". Sin embargo, agrega que existen casos de partícipes que firman más de un contrato de administración por fondo (tienen más de una cuenta), situación que es excepcional, y que representa muy pocos casos;

Que, BBVA SAF indica que el control automático y de alertas de su sistema no había contemplado este caso excepcional de partícipes que tenían más de un contrato de administración de un mismo fondo, situación que no era de su conocimiento, pues BBVA SAF consideraba que se habían tomado en cuenta todos los supuestos posibles en la creación del sistema de control automático;

Que, debido a lo anterior, BBVA SAF señala que el Exceso de Participación no fue impedido por parte del control automático y de alerta de su sistema, al no contemplar la situación señalada en el considerando anterior (existencia de más de un contrato por parte del mismo partícipe);

Que, los representantes legales de BBVA SAF precisaron en el informe oral que dicha situación se originó debido a que uno de sus agentes colocadores permitió a un mismo partícipe la suscripción de más de un contrato para la adquisición de cuotas en un mismo fondo, situación que no había sido prevista por BBVA SAF para el desarrollo de su sistema de control automático, señalando que ya ha sido corregido;

Que, no obstante lo anterior, BBVA SAF señala que el exceso de participación sí fue notificado por su sistema e incorporado a su reporte como un exceso no atribuible, bajo el entendimiento de que el sistema de control automático impedía que se produzcan excesos atribuibles por suscripción de cuotas de participación;

Que, BBVA SAF manifiesta que debido a que el 26 de febrero de 2020, la SMV le requirió, mediante Oficio N° 1062-2020-SMV/10.2 (en adelante, el "Oficio"), corregir de inmediato el Exceso de Participación, ya que el plazo de 5 días para excesos atribuibles había vencido el 7 de febrero de 2020, procedió a revisar dicha situación, percatándose de que el sistema de control automático no detectó que el Partícipe tenía otra cuenta en el mismo Fondo (otro contrato de administración);

Que, BBVA SAF agrega que, en atención a lo señalado en el considerando anterior, procedió: i) a corregir el defecto identificado en su sistema de control automático a fin de que el mismo no vuelva a repetirse en el futuro, y ii) a informar como hecho de importancia el Exceso de Participación como uno de tipo atribuible, procediendo a remitir la comunicación respectiva al partícipe y a rescatar el exceso respectivo;

Que, no obstante lo anterior, BBVA SAF indica que el mismo día de notificado el Oficio, el 26 de febrero de 2020, y como consecuencia de suscripciones de terceros, el Exceso de Participación dejó de presentarse, ya que el Partícipe pasó a tener una posición de 9.9634% de participación en el Fondo, debido a lo cual BBVA SAF ya no pudo hacer el rescate obligatorio que establece el Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y sus Sociedades Administradoras, aprobado por Resolución Conasev N° 068-2010-EF/9401.1 (en adelante, el "Reglamento de Fondos Mutuos");

B. Nulidad de la Resolución de Sanción por infracción del principio de tipicidad

Que, BBVA SAF manifiesta que la Resolución de Sanción infringe el principio de tipicidad al determinar que ha incurrido en una infracción de naturaleza grave, tipificada en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones, por no cumplir con las Normas Generales de Conducta sobre el deber de cuidado y diligencia al haber difundido un hecho de importancia con información inexacta (informar sobre el Exceso de Participación como uno de tipo no atribuible cuando era atribuible por adquisición de cuotas de participación por parte del Partícipe);

Que, BBVA SAF indica que las Normas Generales de Conducta, reguladas por el artículo 3 del Reglamento de Fondos Mutuos, son principios que tienen un alcance amplio y abstracto; mientras que las Normas Internas de Conducta se encuentran reguladas por el artículo 4 del Reglamento, cuyo contenido y obligación de aprobación determina dicho artículo:

“Artículo 4.- Normas Internas de Conducta

Para Efectos De Dar Cumplimiento A Lo Dispuesto En el presente capítulo, la sociedad administradora deberá elaborar y mantener actualizadas sus Normas Internas de Conducta. En este documento, la sociedad administradora deberá establecer barreras de información que impidan el flujo no controlado de cualquier información privilegiada desde las personas que tengan acceso a información privilegiada, hacia cualquier otra persona o área de la entidad, o terceros, y, en general, debe contener reglas destinadas a evitar el flujo indebido de información privilegiada y a su uso, así como establecer reglas que permitan dar prioridad al interés del fondo mutuo o sus partícipes ante los eventuales conflictos de interés que pudieran surgir.

Las Normas Internas de Conducta deberán contener por lo menos los criterios mínimos establecidos en el ANEXO B del Reglamento.

*La sociedad administradora es responsable de elaborar y mantener actualizada las Normas Internas de Conducta, así como de verificar su cumplimiento por parte de sus funcionarios y dependientes.
(...).”*

Que, BBVA SAF afirma que el artículo 4 del Reglamento de Fondos Mutuos establece la obligación de elaborar, mantener actualizada y verificar el cumplimiento de las Normas Internas de Conducta. En ese sentido, alega que la imputación de falta grave establecida en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones está referido a las Normas Internas de Conducta reguladas por el artículo 4 del Reglamento de Fondos Mutuos y no a las Normas Generales de Conductas reguladas en el artículo 3 de dicho reglamento:

“2.- Graves

(...)

2.25 No contar, aprobar, implementar, ni cumplir o modificarlas sin comunicarlo a la SMV, dentro del plazo correspondiente, las normas de conducta, las normas internas de conducta, o código de conducta, de acuerdo con la normativa de la materia, o no aprobar un procedimiento de control de dichas normas.”

Que, BBVA SAF sostiene que, de la redacción del tipo infractor se aprecia que el mismo está pensado para el incumplimiento de alguna de las obligaciones relacionadas con las Normas Internas de Conducta, ya que no es posible no “contar” con las Normas Generales de Conducta, pues se encuentran contempladas en el Reglamento de Fondos Mutuos. En ese sentido, agrega que el verbo contar hace alusión a que deben ser generadas por el propio obligado. Asimismo, BBVA SAF alega que tampoco es posible aprobar, elaborar o modificar las Normas Generales de Conducta, las mismas que deben ser acatadas al estar contempladas en el propio Reglamento de Fondos Mutuos. BBVA SAF indica que solo las Normas Internas de

Conducta pueden ser modificadas al tratarse de un documento interno elaborado por la propiedad sociedad administradora;

Que, BBVA SAF manifiesta que considerar que el tipo infractor hace alusión a las Normas Generales de Conducta sería interpretar en forma extensiva el alcance del mismo, vulnerando el derecho del administrado. Agrega que incluso en el negado supuesto que se concluya que el tipo infractor es el correcto, se estaría ante un tipo infractor que no es preciso puesto que lista una serie de "normas" a las que alcanza, pero no incluye expresamente a las Normas Generales de Conducta;

Que, asimismo, BBVA SAF cita el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y el numeral 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el "TUO LPAG"), referidos al principio de tipicidad, concluyendo que, en el ámbito administrativo, la descripción legal de una conducta específica puede aparecer conectada a una sanción administrativa, únicamente cuando se comete una infracción expresamente prohibida por el ordenamiento, prohibición que debe establecerse de manera taxativa e inequívoca;

Que, adicionalmente, BBVA SAF cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ST Exp. N° 01873-2009-PA/TC), así como doctrina legal que desarrolla los alcances del principio de tipicidad, referida a que en las infracciones administrativas los presupuestos de la conducta infractora y la correspondiente sanción deben determinarse de manera precisa y certera, a fin de que los ciudadanos estén en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos;

Que, por otro lado, en su escrito de alegatos, así como en el informe oral realizado ante este Despacho, BBVA SAF mencionó que el tipo infractor que se utiliza para sancionarlo no guarda ninguna relación con la infracción que le ha sido imputada, referida a incumplir con su deber de diligencia al difundir como hecho de importancia, información inexacta al mercado respecto a la naturaleza del Exceso de Participación:

"Anexo I

(...)

2.- Graves

(...)

2.25 No contar, aprobar, implementar, ni cumplir o modificarlas sin comunicarlo a la SMV, dentro del plazo correspondiente, las normas de conducta, las normas internas de conducta, o código de conducta, de acuerdo con la normativa de la materia, o no aprobar un procedimiento de control de dichas normas."

Que, en ese sentido, BBVA SAF indica que el tipo infractor señalado en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones, no hace ninguna referencia a deberes de diligencia ni a la obligación de revelar como hecho de importancia los excesos de participación que ocurran en los fondos mutuos, por lo que la sanción impuesta infringe el principio de tipicidad;

Que, además, BBVA SAF alega que el Informe OAJ no explica cómo el tipo infractor previsto en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones, está relacionado con el incumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo 131 del Reglamento de Fondos Mutuos y el numeral 6.1 del artículo 6 del Reglamento de Hechos Importancia;

Que, BBVA SAF refiere que el artículo 131 del Reglamento de Fondos Mutuos solo exige que se informe sobre el exceso de participación ocurrido en un fondo mutuo, no que se precise si este exceso es naturaleza atribuible o no atribuible a la Sociedad Administradora:

"Artículo 131.- Hechos de Importancia

La sociedad administradora se encuentra obligada a remitir toda la información respecto del fondo mutuo bajo su administración que califique como hecho de importancia para los inversionistas, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de la materia, así como por las disposiciones que emita la SMV. (...).

Adicionalmente, la sociedad administradora está obligada a comunicar como hecho de importancia, cualquier información que pudiera influir en el comportamiento del fondo mutuo, el valor cuota y, en general, cualquier información que pueda influir en la apreciación de un inversionista respecto del desempeño del fondo mutuo.

Califican como Hechos de Importancia, además de los señalados precedentemente, los siguientes:

(...)

h) Excesos de inversiones y de participación.

(...)."

Que, BBVA SAF agrega que la distinción sobre si el exceso de participación es atribuible o no a la Sociedad Administradora tiene implicancias para determinar quién asumirá la responsabilidad por dicho exceso, pero dicha distinción es indiferente para efectos de su comunicación al mercado. BBVA SAF señala que lo anterior se reconoce en el propio considerando 82 de la Resolución de Sanción:

"82. En ese sentido, los rescates oportunos de cuotas de los partícipes que superan los límites establecidos en la normativa, constituyen una manera de evitar concentraciones que pongan en riesgo la estabilidad de los fondos, independientemente que los excesos se deban a causas imputables o no imputables, de tal manera que los demás partícipes no se vean afectados en dichos supuestos;"

Que, BBVA SAF indica que si la Resolución de Sanción reconoce que los límites de participación tienen como objetivo evitar las concentraciones que pongan en riesgo la estabilidad de los fondos - independientemente de la causa de dichos excesos - no correspondía sancionarlo por supuestamente haber incumplido las Normas Generales de Conducta, al no precisar la naturaleza del exceso de participación, ya que sí cumplió con la obligación que exige la normativa, de comunicar dicho exceso al mercado como hecho de importancia;

C. No incumplimiento de las Normas Generales de Conducta

Que, por otro lado, BBVA SAF señala que en el negado supuesto de que la SMV decida no declarar la nulidad de la Resolución de Sanción y considere que las Normas Generales de Conducta se encuentran incluidas en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones, solicita que se tenga en cuenta lo siguiente:

- a) La Resolución de Sanción menciona que BBVA SAF al informar sobre el hecho de importancia referido al Exceso de Participación, no cumplió con observar lo dispuesto en las Normas Generales de Conducta en lo que concierne a su deber de diligencia, pues debió asegurarse que la información proporcionada sea veraz y clara.
- b) La Real Academia Española (RAE) define “diligencia” como el “cuidado y actividad en ejecutar algo”. En ese sentido, BBVA SAF sí ha cumplido con las Normas Generales de Conducta, y en particular, con el principio de diligencia pues ha actuado con cuidado y ha sido proactivo, al desarrollar un sistema de control automático que busca evitar que se suscriban cuotas de participación por encima del límite regulatorio. Sin embargo, la diligencia no es sinónimo de perfección, y pese a que BBVA SAF invirtió en el desarrollo de dicho sistema, no se contempló un supuesto poco empleado en una contratación de fondos, pero que de ninguna manera puede llevar a colegir que BBVA SAF no fue cuidadoso en buscar el mejor interés del fondo y sus partícipes.

Que, como prueba de lo anteriormente referido, BBVA SAF indica que una vez identificada la falencia en el sistema, procedió a corregirla, lo que ha permitido que dicho error no vuelva a ocurrir;

EVALUACIÓN DE LOS AGUMENTOS DE BBVA SAF

Que, de la evaluación efectuada, se aprecia que el recurso de apelación interpuesto por BBVA SAF cumple con los requisitos establecidos en los artículos 124, 218, 220 y 221 del TUO LPAG¹, pues fue interpuesto dentro del plazo de

¹ “**Artículo 124.- Requisitos de los escritos**

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

Artículo 218. Recursos administrativos

(...)

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

Artículo 220.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

quince (15) días de notificado el acto administrativo, señala el acto que recurre y se encuentra fundamentado;

A. Respecto a la infracción relacionada con el Exceso de Participación

Que, en su escrito de alegatos así como en el informe oral realizado ante este Despacho, BBVA SAF ha reconocido expresamente la comisión de la infracción leve tipificada en el Anexo VII, literal A), numeral 3, inciso 3.4 del Reglamento de Sanciones, por incumplir con las disposiciones relativas a los límites de participación en un fondo mutuo; sin embargo, debe señalarse que en el escrito de apelación de BBVA SAF no se indicaba expresamente el reconocimiento de dicha infracción, por el contrario se solicitaba la nulidad de la Resolución de Sanción;

Que, sin perjuicio del reconocimiento de la infracción por BBVA SAF, este Despacho considera que deben analizarse los argumentos de defensa indicados por BBVA SAF en su escrito de apelación relacionados con esta infracción, ya que dichos argumentos guardan relación con los argumentos de defensa esgrimidos por BBVA SAF respecto a la infracción grave tipificada en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones, en lo que se refiere al cumplimiento del deber de diligencia;

Que, en ese sentido, debe indicarse que, en su escrito de apelación, BBVA SAF reconoce la existencia del Exceso de Participación, el mismo que estuvo presente desde el 31 de enero de 2020 hasta el 25 de febrero de 2020; sin embargo, señala que no actuó de manera imprudente, ya que contaba con un sistema de control automático que impedía que los partícipes pudieran realizar suscripciones de cuotas adicionales cuando su participación alcanzaba el 10% en un fondo mutuo y que dicho exceso obedeció a la situación poco usual de que el Partícipe contaba con más de un contrato para la suscripción de cuotas en el Fondo;

Que, al respecto, debe señalarse que las sociedades administradoras pueden desarrollar sistemas automatizados que les ayuden al cumplimiento de sus obligaciones en el mercado de valores; sin embargo, no pueden eximir su responsabilidad por los fallos o errores que presenten los mismos, teniendo en cuenta que el desarrollo y la implementación de dichos sistemas son de su completa responsabilidad. En ese sentido, una falla en su sistema de control automatizado y/o electrónico puede ser ponderada a los fines de determinar su grado de responsabilidad, pero no puede asumirse que dicha circunstancia los exime de dicha responsabilidad;

Que, por tanto, este Despacho considera que la justificación argumentada por BBVA SAF, respecto al error involuntario ocurrido en su sistema de control automatizado, no la exime de su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de límites de participación establecidas en el Reglamento de Fondos Mutuos, más aún, cuando dicho exceso de participación se mantuvo presente por aproximadamente 26 días, cuando la normativa prevé que los excesos de participación atribuibles deben corregirse en el plazo de cinco días útiles

Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124."

desde producidos², y porque además BBVA SAF se percató de la existencia del Exceso de Participación cuando fue notificada por la SMV el 26 de febrero de 2020;

Que, respecto al argumento de BBVA SAF de que la suscripción de un doble contrato para la adquisición de cuotas en un mismo fondo, fue originado por parte de uno de sus agentes colocadores y que no pudo prever dicha situación, debe señalarse que conforme al tercer párrafo del artículo 160 del Reglamento de Fondos Mutuos, la Sociedad Administradora es responsable frente al fondo mutuo y los partícipes, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones del agente colocador, por lo que dicha situación tampoco exime de responsabilidad a BBVA SAF;

Que, asimismo, sobre el argumento de BBVA SAF de que ha adoptado las medidas necesarias para corregir la falla identificada en su sistema de control automatizado con el propósito de que una situación similar al Exceso de Participación no vuelva a presentarse, debe mencionarse que ello representa una actitud adecuada para evitar la comisión de futuras infracciones, situación que ha sido valorada al momento de determinarse la sanción³; sin embargo dichas correcciones en su sistema no la eximen de su responsabilidad por la infracción cometida;

Que, debido a lo anterior, este Despacho considera que BBVA SAF sí ha incurrido en la infracción tipificada en el Anexo VII, literal A), numeral 3, inciso 3.4 del Reglamento de Sanciones, conforme a lo señalado en la Resolución de Sanción;

B. Respecto a la vulneración del principio de tipicidad

Que, BBVA SAF manifiesta que el tipo infractor que se utiliza para sancionarla hace referencia al incumplimiento de las Normas Internas de Conducta y no a las Normas Generales de Conducta, ya que el mismo utiliza los términos de "no contar, aprobar o modificar" y que no sería materialmente posible "no contar, aprobar o modificar" las Normas Generales de Conducta, debido a que vienen establecidas por el propio Reglamento de Fondos Mutuos, por lo que existiría una vulneración al principio de tipicidad, lo que hace nula la Resolución de Sanción;

Que, en relación con el principio de tipicidad el numeral 4 del artículo 248 del TUO LPAG señala textualmente lo siguiente:

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

² Reglamento de Fondos Mutuos
"Artículo 91.- Rescates de excesos

En caso de excesos de participación debidos a la suscripción de cuotas que superen los límites establecidos en la Ley y el presente Reglamento, la sociedad administradora debe proceder al rescate del exceso correspondiente dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días útiles de producido el exceso, salvo que se trate de un exceso por propiedad indirecta, en la cual el plazo máximo de rescate es no mayor a diez (10) días útiles.

(...)". Subrayado agregado.

³ Considerando 45 de la Resolución de Sanción.

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

(...)." Subrayado agregado.

Que, asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, citado por BBVA SAF, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente respecto al principio de tipicidad:

"(...) Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al "arbitrio" de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada." Subrayado agregado.

Que, conforme puede apreciarse de lo anterior, el principio de tipicidad exige que las conductas que se establezcan como infracciones deben estar exactamente limitadas y sin indeterminaciones, a fin de que los ciudadanos puedan conocer las consecuencias de sus actos;

Que, en ese sentido, el tipo infractor por el que se sanciona a BBVA SAF, es el contenido en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones de la SMV, el cual refiere textualmente lo siguiente:

"2.- Graves

(...)

2.25 No contar, aprobar, implementar, ni cumplir o modificarlas sin comunicarlo a la SMV, dentro del plazo correspondiente, las normas de conducta, las normas internas de conducta, o código de conducta, de acuerdo con la normativa de la materia, o no aprobar un procedimiento de control de dichas normas." Subrayado agregado.

Que, al respecto, este Despacho aprecia que de una lectura literal del tipo infractor antes citado, se puede apreciar que el mismo se refiere, entre otros, al incumplimiento de las normas de conducta, las normas internas de conducta, o al código de conducta, esto es, por tanto, a todas las normas o códigos de conducta que debe observar la sociedad administradora en sus actividades realizadas en el mercado de valores;

Que, asimismo, el tipo infractor tampoco resulta impreciso o indeterminado, ya que, de una lectura del mismo, una Sociedad Administradora puede darse cuenta que se sanciona el incumplimiento de las normas o códigos de conducta que resultan de aplicación a las Sociedades Administradoras⁴, entre ellas las Normas Generales de Conducta y las Normas Internas de Conducta;

Que, por tanto, este Despacho considera que la Resolución de Sanción no ha infringido el principio de tipicidad, por lo que no resultan fundados en este extremo los argumentos de defensa de BBVA SAF;

Que, por otro lado, BBVA SAF argumenta que se ha infringido el principio de tipicidad, ya que el tipo infractor utilizado para sancionarla no guarda ninguna relación con la infracción que le ha sido imputada referida a incumplir con el deber de diligencia al difundir información inexacta al mercado, respecto a la naturaleza del Exceso de Participación;

Que, en relación con este aspecto, debe tenerse en cuenta, conforme a lo anteriormente desarrollado, que el tipo infractor contenido en el Anexo I, numeral 2, inciso 2.25 del Reglamento de Sanciones, incluye como falta grave, entre otros, al incumplimiento de las Normas Generales de Conducta. Asimismo, las Normas Generales de Conducta señalan expresamente como uno de los deberes de la Sociedad Administradora, el desempeñar sus actividades con el cuidado y diligencia debidos⁵, diligencia que no se habría cumplido al no observar plenamente el Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada, aprobado por Resolución SMV N° 005-2014-SMV/01 (en adelante, el "Reglamento de Hechos de Importancia") que le da contenido a la diligencia esperada por parte de las Sociedades Administradoras, en lo que respecta a la difusión de hechos de importancia. En ese sentido, el artículo 6 del Reglamento de Hechos de Importancia obliga a que como parte del deber de diligencia, los emisores se aseguren que la información que difundan como hechos de importancia al mercado sea, entre otros, veraz y clara:

"Artículo 6.- Deber de diligencia

En el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento, el Emisor es responsable de:

6.1. Asegurarse de que la información que comunique tenga la capacidad de influir significativamente, tal como se define en los artículos 3 y 4, y que sea veraz, clara, suficiente y oportuna, así como que la misma no se difunda a un grupo específico de inversionistas u otros grupos con interés en ella antes que esté a disposición de todo el público, a través de los medios establecidos en el presente Reglamento (...). (Subrayado agregado)."

Que, en efecto, debe tenerse en cuenta que incluso el propio artículo 6 del Reglamento de Hechos de Importancia, tiene como título el "Deber

⁴ Es importante señalar que el tipo infractor se encuentra recogido en el Anexo I del Reglamento de Sanciones, sobre infracciones generales, por lo que resulta de aplicación a todos los agentes que participan en el mercado de valores, entre ellos las Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos de Inversión en Valores.

⁵ ***"Artículo 3.- Normas Generales de Conducta***

(...)

e) Honestidad, Cuidado y Diligencia.- Desempeñar sus actividades con honestidad, así como con el cuidado y diligencia debidos en el mejor interés del fondo mutuo y sus partícipes, evitando actos que puedan deteriorar la confianza de los participantes del mercado;

(...)". (Subrayado agregado).

de diligencia", por lo que resulta claro que el incumplimiento de las obligaciones señaladas en dicho artículo por parte de una Sociedad Administradora, derivarán en un quebrantamiento de su deber de diligencia y, por tanto, de las Normas Generales de Conducta;

Que, asimismo, es importante tener en cuenta que la tipificación indirecta por remisión se encuentra aceptada ampliamente por la doctrina, en ese sentido, Nieto García señala lo siguiente:

"b) Tipificación remisiva expresa. Siendo en mi opinión absolutamente correcta, se emplea con frecuencia en el Derecho Administrativo Sancionador. (...) El tipo, en consecuencia, no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas, la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción. (...)".

Que, por su parte, Morón Urbina en relación con la tipificación indirecta en el Derecho Administrativo Sancionador, indica lo siguiente:

"Como se aprecia, la tipificación indirecta permite al Derecho Administrativo sancionador identificar una infracción a través de la integración de varias normas de rango legal y de reglamentos⁷. (...)".

Que, debido a lo anterior, este Despacho no observa que la Resolución de Sanción infrinja el principio de tipicidad conforme lo alega BBVA SAF en este extremo de su recurso de apelación;

Que, asimismo, respecto al argumento de BBVA SAF de que el artículo 131 del Reglamento de Fondos Mutuos solo exige que se informe sobre el exceso de participación ocurrido en un fondo mutuo, no que se precise si este exceso es de naturaleza atribuible o no atribuible a la Sociedad Administradora, por lo que no se infringieron las Normas Generales de Conducta, debe señalarse que no se discute en este procedimiento sancionador si BBVA SAF al informar sobre la ocurrencia del Exceso de Participación como hecho de importancia, debía precisar o no la naturaleza de dicho exceso, ni se le sanciona por ello, sino más bien, conforme lo señalado líneas arriba, se sanciona a BBVA SAF por no cumplir con la diligencia esperada, al difundir como hecho de importancia información inexacta respecto al Exceso de Participación;

Que, en ese sentido, conforme a lo expresado líneas arriba, se aprecia que BBVA SAF informó al mercado que el Exceso de Participación era de naturaleza no atribuible, siendo que en realidad el Exceso de Participación era de naturaleza atribuible por la suscripción de cuotas de participación por parte del Partícipe, materializándose, por tanto, con dicha comunicación, el incumplimiento al deber de diligencia que exige brindar información veraz al mercado;

Que, asimismo, respecto a que la comisión de la infracción antes señalada no ha generado perjuicios concretos a los inversionistas o afectado bienes jurídicos tutelados, debe tenerse en cuenta que en el considerando 77 de la Resolución de Sanción se indica respecto al perjuicio causado y su repercusión en el

⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Quinta Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2012, p. 277.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". 14° Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2019, p. 427.

mercado que "(...) no se ha evidenciado que las infracciones en la que ha incurrido BBVA SAF hayan producido un perjuicio concreto cuantificable en el mercado. (...)", y luego en el considerado 86 de la misma se reconoce, respecto a la infracción grave bajo análisis, que la misma ha afectado el bien jurídico relativo a la transparencia del mercado:

86. (...) Sin embargo, respecto al bien jurídico protegido, BBVA SAF ha vulnerado el bien jurídico relativo a la transparencia del mercado de valores, en tanto esta cautela el derecho de los inversionistas reales como potenciales y público en general, a acceder a información veraz y clara a fin de adoptar decisiones de inversión o realizar determinada evaluación, así como afecta a la SMV en la implementación de sus actividades de supervisión y control que buscan proteger la integridad del mercado;

Que, con relación a ello, si bien este Despacho concuerda con lo mencionado en la Resolución de Sanción respecto a que BBVA SAF ha infringido la normativa que debía cumplir, al difundir información inexacta, no se aprecia que dicha circunstancia haya limitado el acceso a información veraz y clara a fin de que los inversionistas pudieran adoptar decisiones de inversión, ya que no existió dolo o una negligencia grave por parte de la Sociedad Administradora al momento de incurrir en la infracción imputada, que pudiera afectar su solvencia como participante del mercado de valores o que haya tratado deliberadamente de ocultar información relevante al mercado; por el contrario según lo indicado por la Sociedad Administradora la falla en su sistema de control automático ya fue corregida, por lo que un error de este tipo no se volvería a presentar en el futuro;

Que, en esa línea, y conforme ha sido indicado anteriormente, en el considerando 77 de la Resolución de Sanción, se señala expresamente que no se aprecia que las infracciones en las que ha incurrido BBVA SAF hayan generado un perjuicio cuantificable al mercado;

Que, debido a lo anterior, este Despacho considera que corresponde reducir proporcionalmente la sanción impuesta a BBVA SAF;

Que, finalmente, BBVA SAF ha manifestado en su escrito de apelación que en el supuesto de que no se decida declarar la nulidad de la Resolución de Sanción, se considere que no ha infringido el deber diligencia contenido en las Normas Generales de Conducta, puesto que actuó con prudencia al implementar un sistema automático de control para reducir el riesgo operativo y así aplicar un modelo preventivo (que evita suscripciones por sobre el límite) en lugar de un modelo reactivo (ocurre el exceso atribuible y recién se actúa);

Que, al respecto, y conforme a lo anteriormente desarrollado, debe indicarse que la implementación de un sistema automático de control para reducir el riesgo operativo y así aplicar un modelo preventivo en lugar de un modelo reactivo, si bien evidencia que BBVA SAF desarrolló un mecanismo para controlar y evitar eventuales excesos de participación, ello no elimina los hechos que dan lugar a la sanción impuesta por la primera instancia, ya que asumir que tales medidas de control suponen que actuó con diligencia, implicaría que en ningún caso podría sancionársele en el futuro por inobservancias similares al artículo 6 del Reglamento de Hechos de Importancia, posición con la cual no coincidimos; y,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Estando a lo dispuesto por el numeral 26 del artículo 12° del Reglamento de Organización y Funciones de la SMV, aprobado por Decreto Supremo N° 216-2011-EF;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por BBVA Asset Management S.A. Sociedad Administradora de Fondos, contra la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 019-2022-SMV/10, en el extremo del monto de la multa impuesta mediante el artículo 3° de la citada Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 019-2022-SMV/10.

Artículo 2°.- Graduar el monto de la multa impuesta mediante el artículo 3° de la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 019-2022-SMV/10 a cuatro (4) UIT vigente a la fecha de la comisión de las infracciones señaladas en los artículos 1° y 2° de la referida resolución, equivalente a S/ 17 200.00 (Diecisiete mil doscientos y 00/100 Soles), por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 4°.- Transcribir la presente resolución a BBVA Asset Management S.A. Sociedad Administradora de Fondos.

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente resolución en la Página Institucional de la Superintendencia del Mercado de Valores en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano (www.gob.pe/smv).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Software Required

Lorena Masias Quiroga
Superintendente del Mercado de Valores
