

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE JUNIO DE 2023**

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

**Recurso núm.:** 1619/2022  
**Ponente:** Dª Isabel García García-Blanco  
**Acto impugnado:** Resolución del Consejo de la CNMV de 28 de junio de 2021 confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 9 de junio de 2022.  
**Fallo:** Desestimatorio

En Madrid, a 1 de junio de 2023.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 1619/2022, se tramita a instancia de DON SM, representado por la Procuradora doña ITH, y asistido por los Letrados don AAL y don MLR, contra Resolución de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 09/06/2022, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 28/06/2021, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), dictada en el marco del expediente sancionador (Exp. 5/2020) y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- La parte indicada interpuso en fecha 12/9/2022 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que 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: "que, admitiendo este escrito, con los documentos que lo acompañan, tenga por formulada, en tiempo y forma, DEMANDA y, previos los trámites oportunos, dicte en su día sentencia por la que, en atención a los argumentos expuestos: 1) Declare la nulidad de las Resoluciones impugnadas como consecuencia de la inexistencia de la infracción imputada o, alternativamente, de la ausencia de responsabilidad de mi representado en relación con los hechos presuntamente constitutivos de la misma. 2) Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que los hechos imputados son constitutivos de infracción, anule las Resoluciones impugnadas y ordene a la CNMV que dicte una nueva calificando la infracción imputada como grave y, en consecuencia, se imponga una nueva sanción adecuada a dicha calificación."

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: "Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por contestada la demanda, tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se desestime el recurso. Con expresa imposición de costas a la parte demandante."

3.- Mediante DO del LAJ de fecha 30 de marzo de 2023 se fija la cuantía del presente recurso en 10.000 € haciéndolo con conformidad de las partes.

4.- Mediante Auto de fecha 30 de marzo de 2023 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia. Por providencia de 19 de mayo de 2023 se hizo señalamiento para votación y fallo el día de 30 de mayo de 2023, en que efectivamente se deliberó y votó.

5.- 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 el Magistrado de esta Sección D<sup>a</sup> Isabel García García-Blanco.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 1.- actividad administrativa recurrida

En el presente recurso se impugna la resolución de la Subsecretaria de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por delegación de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital (Orden ETD/1218/2021, de 25 de octubre), de 09/06/2022, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 28/06/2021, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), dictada en el marco del expediente sancionador (Exp. 5/2020) que en lo que concierne al recurrente vino a determinar:

*Imponer a (...) SM por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 80, letra o), de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con el artículo 43.1.j) del mismo texto, al carecer de procedimientos y mecanismos de control interno adecuados exigidos por la normativa, MULTA por importe de 10.000 euros (DIEZ MIL EUROS), (...)*

### 2.- hechos

Los hechos de los que parte la resolución sancionadora se establecen sobre la base de que, a la fecha de la inspección, KBL había obtenido autorización para realizar las actividades de: (a) gestión de fondos y sociedades de inversión armonizados o no, e IICIL, para las tres tipologías de clientes (minoristas, profesionales y contrapartes elegibles); (b) gestión discrecional e individualizada de carteras de inversiones, excluyendo carteras de fondos de pensiones para clientes minoristas, profesionales y contrapartes elegibles y; (c) asesoramiento sobre inversiones sobre todo tipo de instrumentos financieros y clientes, siendo que el capital social de la Gestora ascendía a 894.042 €, constituido por 894.042 acciones de 1 € de valor nominal cada una, y que SM ostentaba el cargo de Consejero (nombramiento 21/03/2017), concretándose las deficiencias constatadas en:

*“(i) Deficiencias en la función de gestión de riesgos:*

*A la fecha de la inspección, la estructura de control de la Gestora diferenciaba, por un lado, la función de gestión de riesgos de la misma, encomendada al Consejero JC, de la función de gestión de riesgos de las IIC, delegada en BNP PARIBAS FUND SERVICES ESPAÑA, SL (en adelante, BNPFS), supervisada por JC.*

*La normativa obliga a comunicar la delegación de las funciones de control interno, sin embargo, esta delegación de la función de gestión de riesgos para las IIC no figuraba inscrita en la CNMV. Asimismo, se constataron deficiencias en los informes que BNP PARIBAS FUND SERVICES ESPAÑA, (BNPFS) elaboraba de la función de gestión de riesgos, en concreto:*

*- No concluían sobre la selección de intermediarios, ni sobre los procedimientos de valoración de los activos, el análisis del riesgo de liquidez no tenía en cuenta ni la estructura de accionistas patrones de entrada y salida y no se realizaba a nivel global de la Gestora.*

*- Los informes anuales de 2017 mencionaban en su conclusión que se referían al ejercicio 2015, además sus conclusiones eran genéricas e iguales para todas las IICC.*

*- Los informes periódicos tenían una redacción prácticamente idéntica para todas las IIC, sin tener en cuenta las particularidades de cada una.*

*- Los informes no se elevaban al Consejo de Administración de la Gestora ni ha quedado acreditada su revisión.*

(II) Deficiencias en la función de cumplimiento normativo:

La Gestora no aportó ningún Informe de la Unidad de Cumplimiento Normativo durante la inspección, a pesar de haber sido solicitados en varias ocasiones. Finalmente, en septiembre de 2019, la Gestora aportó el Informe anual de 2018, en el que únicamente consta una relación de los temas revisados.

La única información aportada durante la inspección, en relación a esta función, fue la contenida en ficheros de Excel con el análisis de la rentabilidad de las carteras, los controles de límites, coeficientes y la distribución de las carteras de las IIC y, clientes gestionados por tipo de activo, en los que no hay constancia de ninguna revisión ni figuran conclusiones.

Tampoco había evidencia alguna de la realización del resto de los controles a realizar, en cumplimiento de lo establecido en la Norma 5ª de la Circular 6/2009, de 9 de diciembre, de la CNMV, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión (B.O.E. de 29/12/2009), como la verificación: del cumplimiento de los criterios para el cálculo del valor liquidativo, de los mecanismos establecidos para garantizar la equidad y no discriminación de los partícipes y accionistas, del procedimiento de operaciones vinculadas, del régimen de operaciones personales del reglamento interno de conducta, de las políticas y procedimientos relacionados con el sistema retributivo y comunicación interna y externa, con el servicio de atención al cliente, seguridad de la información y conservación documental. Ni tampoco el Consejo de Administración recibía ningún informe ni documento de la Unidad de Cumplimiento Normativo, lo cual le impidió tomar las medidas adecuadas para la subsanación de las incidencias y la mitigación de los riesgos.

(iii) Deficiencias en el control interno de los servicios de inversión para los que se encuentra autorizada la gestora:

En concreto se trata de los servicios de gestión discrecional de carteras y de asesoramiento, en los que se han encontrado las siguientes deficiencias:

- Los procedimientos de la unidad de cumplimiento normativo no contemplaban la realización de ningún trabajo relativo a la prestación de los servicios anteriormente mencionados.
- La Gestora no ha aportado informes de control sobre estas actividades. Únicamente, de la actividad de gestión discrecional de carteras, facilitó ficheros Excel de performance attribution, de algunos clientes, y ficheros con un control de los límites de gestión para otros y de gestión discrecional de carteras, sin que hubiera constancia de ninguna revisión de los mismos ni figuraran conclusiones.
- La Gestora no realizaba ningún control de la actividad de asesoramiento.

Como consecuencia de la falta de control sobre las actividades de gestión discrecional de carteras y de asesoramiento, se detectaron las siguientes incidencias:

- La información periódica remitida a los clientes gestionados no es clara y presenta numerosas deficiencias, y lo mismo puede decirse en relación con los "disclaimers" firmados por los clientes de gestionados.
- La Gestora no cuenta con procedimientos que regulen la evaluación de los conocimientos y competencias del personal que asesora e informa. Adicionalmente, para acreditar la formación del personal que asesora a los clientes, la Gestora ha aportado quince certificados que presentan deficiencias.
- La Gestora carece de un registro adecuado de las recomendaciones realizadas a los clientes asesorados.

- La fecha del test aportado como soporte de la evaluación a dos clientes es posterior a la fecha de compra de los productos estructurados complejos sin que la Gestora haya acreditado que disponga de un registro de los estadios de las evaluaciones.

La Administración parte de considerar que dichos hechos:

*“son constitutivos de la Infracción muy grave tipificada en el artículo 80, letra o), de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con el artículo 43.1.j) del mismo texto, por carecer de procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad, o cuando se perjudique gravemente o pongan en riesgo los intereses de partícipes o accionistas”*

### **3.- tipicidad**

#### **3.1 normativa**

El **art. 80 de la Ley 35/2003**, de 4 de noviembre, de **Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC)**, infracciones muy graves, determina:

*“Constituyen **infracciones muy graves** de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 69 de esta Ley los siguientes actos u omisiones:*

(...)

***o. La falta de procedimientos a los que se refiere el artículo 43.1.j) de esta Ley o la presentación por parte de las sociedades de inversión o las sociedades gestoras de deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad, o cuando se perjudique gravemente o pongan en riesgo los intereses de partícipes o accionistas***

Concretándose la responsabilidad de los órganos de administración y dirección, según el art. 89 de dicha Ley, en:

*“1. Quien ejerza en la entidad cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.*

*2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las IIC, las sociedades gestoras o los depositarios, quienes ostenten en ellos cargos de administración o dirección, salvo en los siguientes casos:*

*a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones.*

*b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad.”*

Y las sanciones a imponer en el art. 85 de dicha Ley (redacción vigente a fecha de autos resultante de la modificación introducida por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre):

*“2. Además de la sanción que corresponde a la sociedad gestora por la comisión de infracciones muy graves, podrá imponerse una de las siguientes sanciones a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción con arreglo al artículo 91:*

*a) Multa a cada uno de ellos por importe no superior a 300.000 euros.*

b) Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma o en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por plazo no superior a 10 años.

c) Suspensión en el ejercicio del cargo por plazo no superior a tres años.

3. En el caso de imposición de las sanciones previstas en las letras b), c) o d) del apartado anterior, podrá imponerse simultáneamente la sanción prevista en la letra a).

4. Adicionalmente a las sanciones previstas en los apartados anteriores, podrá imponerse amonestación pública con publicación en el "Boletín Oficial del Estado" de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción, y las sanciones impuestas."

El **art. 43 de la LIIC**, Requisitos de acceso a la actividad, en la redacción vigente a fecha de autos, venía a señalar:

"1. Las sociedades gestoras deberán reunir los siguientes requisitos para obtener y conservar la autorización:

(...)

j) Que cuente con procedimientos y mecanismos de control interno adecuados que garanticen la gestión correcta y prudente de la sociedad, incluyendo procedimientos de gestión de riesgos, así como mecanismos de control y de seguridad en el ámbito informático y órganos y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, un régimen de operaciones vinculadas y un reglamento interno de conducta. La sociedad gestora deberá estar estructurada y organizada de modo que se reduzca al mínimo el riesgo de que los intereses de las IIC o de los clientes se vean perjudicados por conflictos de intereses entre la sociedad y sus clientes, entre clientes, entre uno de sus clientes y una IIC o entre dos IIC"

Tras la publicación de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, Disposición final cuarta (BOE 18/03/2023 con una vacatio legis de 20 días) este art. 43.1.de la LIIC queda con la siguiente redacción:

"1. Las sociedades gestoras deberán reunir los siguientes requisitos para obtener y conservar la autorización:

(...)

j) Que cuente con procedimientos y mecanismos de control interno adecuados que garanticen la gestión correcta y prudente de la sociedad, incluyendo procedimientos de gestión de riesgos, así como mecanismos de control y de seguridad en el ámbito informático y órganos y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, un régimen de operaciones vinculadas y un reglamento interno de conducta. El reglamento interno de conducta no deberá ser aportado a la CNMV con carácter previo a su aplicación, aunque estará a disposición de la misma siempre que este organismo lo requiera. La sociedad gestora deberá estar estructurada y organizada de modo que se reduzca al mínimo el riesgo de que los intereses de las IIC o de los clientes se vean perjudicados por conflictos de intereses entre la sociedad y sus clientes, entre clientes, entre uno de sus clientes y una IIC o entre dos IIC"

No hay variación alguna en lo que interesa al caso de una posible retroactividad.

El **art. 98 del RIIC** (Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva)

"1. La delegación de funciones por parte de las sociedades gestoras de IIC no limitará ni disminuirá su responsabilidad respecto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa en relación a las actividades delegadas. En ningún supuesto podrá producirse una delegación que implique que la SGIIIC se convierta en una entidad instrumental o vacía de contenido y que por lo tanto, en esencia, no pueda ser considerada gestora de la IIC.

2 La SGIIIC deberá establecer procedimientos adecuados de control de la actividad de la entidad en la que se efectúa la delegación y de evaluación permanente de los servicios prestados por el delegado. Cuando la SGIIIC y la entidad en la que se efectúa la delegación pertenezcan al mismo grupo, aquélla deberá valorar su capacidad para controlar a dicha entidad y para influir en su actuación.

(...)

La SGIIIC en ningún caso podrá delegar funciones en terceros cuando ello disminuya su capacidad de control interno, o cuando impida llevar a cabo una supervisión efectiva de la SGIIIC o implique que su actuación y gestión menoscaba el interés de los inversores.

3. La delegación de funciones deberá cumplir las siguientes condiciones:

**a) No supondrá delegación de responsabilidad por parte de la alta dirección o del órgano de administración.**

b) No podrá alterar las relaciones y obligaciones de la SGIIIC con su clientela.

c) No podrán eliminarse o modificarse las condiciones que debe cumplir la SGIIIC para recibir y conservar la autorización por la existencia de un acuerdo de delegación.

4. Las sociedades gestoras de IIC deberán:

a) Adoptar las medidas necesarias para garantizar que el tercero delegado:

1.º Dispone de la honorabilidad, competencia, capacidad y de cualquier autorización que, en su caso, exija la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, para realizar las funciones o servicios delegados de forma fiable y profesional.

2.º **Realiza eficazmente los servicios delegados. A tal fin, la SGIIIC deberá establecer medidas para evaluar su nivel de cumplimiento.**

3.º **Realiza correctamente las funciones delegadas y gestiona adecuadamente los riesgos asociados a la delegación. La sociedad gestora que delega deberá establecer medidas para asegurar la correcta supervisión de estas funciones delegadas**

4.º Comunica a la SGIIIC cualquier suceso que pueda afectar de manera significativa el desempeño eficaz y conforme a la normativa aplicable de las funciones delegadas.

5.º Cooperar con la CNMV en todo lo relativo a las actividades delegadas en él

6.º Protege toda la información confidencial referida a la SGIIIC y a sus clientes.

b) Adoptar las medidas adecuadas cuando se aprecie que el tercero no puede realizar las funciones eficazmente y de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables.

c) Contar con la experiencia necesaria para supervisar eficazmente las funciones delegadas y para gestionar adecuadamente los riesgos asociados a tal delegación.

(...)

e) Facilitar a sus auditores y las autoridades competentes el acceso efectivo a los datos referidos a las actividades delegadas y a las dependencias del tercero delegatario. Asimismo, la SGIIIC deberá asegurarse de que las autoridades competentes pueden efectivamente ejercer el derecho de acceso.

(...)

5. El acuerdo de delegación deberá formalizarse en un contrato escrito en el que se concretarán los derechos y obligaciones de las partes.

(...)

9. Requerirá comunicación a la CNMV la delegación por las sociedades gestoras de IIC, en una o varias entidades, de la actividad de gestión de carteras y gestión del riesgo, que estará sujeta a los siguientes requisitos:

(...)

**10. La delegación de las funciones de control interno, esto es, auditoría interna, cumplimiento normativo y gestión de riesgos, así como de las funciones relativas a la administración de las IIC, deberá ser comunicada con carácter previo a que sea efectiva la SGIIIC a la CNMV, para su incorporación al registro de la CNMV. (...)**

El art. 106 del RIIC concreta los objetivos que deben garantizar los mecanismos de organización y de control interno, en los siguientes términos:

*"2. Los mecanismos de organización y control interno deberán garantizar, entre otros, aspectos siguientes:*

*a) Que cada transacción relacionada con las administradas pueda reconstruirse con arreglo a su origen, las partes que participen, su naturaleza y el tiempo y lugar en que se haya realizado.*

*b) Que los activos de los fondos de inversión o de las sociedades de inversión que administre la SGIIIC se inviertan con arreglo a lo dispuesto en los folletos de la IIC que gestionen y en las disposiciones normativas vigentes.*

*c) Que las actividades profesionales se desempeñan con un grado de independencia adecuado al tamaño y actividades de la SGIIIC y del grupo al que pertenezca.*

(...)

4. En su organización interna, las SGIIIC emplearán en todo momento los recursos humanos y técnicos adecuados que precise la correcta gestión de las IIC.

Además, las SGIIIC garantizarán el desempeño permanente e independiente de las siguientes funciones:

a) Una función de verificación efectiva del cumplimiento normativo, asignada a un órgano encargado de detectar y controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la SGIIIC, así como de las medidas correctoras adoptadas en caso de detectarse deficiencias, y el asesoramiento y asistencia a las personas competentes responsables de los servicios y actividades de la SGIIIC.

(...)

c) Una función que garantice una adecuada gestión de los riesgos de las IIC, así como de los riesgos asociados a las actividades de la propia SGIIIC. Esta función se asignará a un órgano que vele por la aplicación de la política y procedimientos oportunos, garantice el respeto del sistema de limitación de

riesgos, preste asesoramiento y presente informes periódicos al consejo de administración de la SGIC en su responsabilidad de supervisión de los sistemas y procedimientos de gestión de riesgos.

(...)

6. Se faculta al Ministro de Economía y Competitividad y, con su habilitación expresa, a la CNMV, para establecer los requisitos mínimos que deberán cumplir los mecanismos de organización, gestión y control internos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, así como la forma en que deba ser informada de su existencia y funcionamiento. Dichos mecanismos deberán adecuarse al tipo de IIC que la SGIC gestione, y la CNMV podrá, en su caso, exigir el establecimiento de medidas adicionales de control cuando lo estime necesario.

**7. El consejo de administración de la SGIC deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que todos sus miembros puedan cumplir en todo momento sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en las demás disposiciones que les sean de aplicación."**

Y se añade en el art. 106 bis, del RIIC, relativo a la Gestión del riesgo:

"1. Las SGIC separarán funcional y jerárquicamente las funciones de gestión del riesgo de las unidades operativas, incluida la de gestión de carteras.

(...)

3. Las SGIC instaurarán sistemas de gestión del riesgo apropiados a fin de determinar, medir, gestionar y controlar adecuadamente todos los riesgos derivados de la estrategia de inversión de cada IIC, y a los que esté o pueda estar expuesta cada entidad de inversión.

(...)

4. Las SGIC deberán, al menos:

a) Implementar un proceso de diligencia debida para el análisis y evaluación de las inversiones que resulte adecuado, correctamente documentado y actualizado con arreglo a la estrategia de inversión, los objetivos y el perfil de riesgo de la IIC, de acuerdo con el artículo 142.

b) Garantizar que se puedan determinar, medir, gestionar y controlar, correcta y permanentemente, los riesgos asociados a cada posición de inversión de la IIC, y su nefecto global en la cartera de la IIC, en particular aplicando pruebas de resistencia a situaciones límite o simulaciones de casos extremos, y

c) Garantizar que el perfil de riesgo de la IIC se corresponda con sus dimensiones, la estructura de su cartera y sus estrategias y objetivos de inversión, tal como se establezcan en el reglamento del fondo o los documentos constitutivos de la IIC y en los folletos.

(...)

6. Las SGIC revisarán los sistemas de gestión del riesgo con una frecuencia suficiente, y como mínimo una vez al año, y los adaptarán cuando sea necesario."

Siendo de aplicación al caso:

- **la Circular 6/2009, de 9 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores**, sobre control interno de las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades de Inversión (en adelante, Circular 6/2009), en la Norma 3ª se desarrollan los requisitos

de organización interna, en la Norma 4ª los que debe cumplir la función de gestión del riesgo y en la Norma 5ª los exigidos para la función de cumplimiento normativo (el apartado 5 de la Norma 3ª de la Circular 6/2009, cuando la SGIIIC este autorizada y preste servicios de inversión deberán cumplir las disposiciones sobre requisitos de organización interna, conflictos de interés, y normas de conducta establecidas en la normativa que regula dicha materia)

- **el Real Decreto Legislativo 4/2015**, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TRLMV),

- **el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero**, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (en adelante, RD 217/2008),

- **la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores**, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (en adelante, Circular 1/2014).

- **Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016** (en adelante, Reglamento delegado 2017/565).

**3.2** La recurrente viene a cuestionar la existencia de tipicidad ya que *“jamás se ha causado perjuicio alguno a sus clientes”* y sobre la base de que *“existía un sistema concreto y diseñado específicamente para articular las funciones de control”* sistema que describe en la demanda:

*“La función de riesgo de la propia Gestora fue delegada en la Sucursal del Grupo en España (que, en el momento de la constitución de la Entidad, era el accionista único de la misma) y que, posteriormente, pasó a ser KBL EUROPEAN PRIVATE BANKERS, S.A. (entidad matriz luxemburguesa) y también matriz de la Sucursal del Grupo en España.*

*Dicha matriz, como se explicó en los Antecedentes de Hecho, es una entidad regulada en Luxemburgo y supervisada por la CSSF y el Banco Central Europeo, extremo de indudable importancia por el control que demuestra, pero que, sin embargo, las Resoluciones impugnadas han preferido obviar.*

*Los procedimientos y controles diseñados y aplicados en relación con la Gestión de Riesgos de las IIC fueron igualmente delegados a BNP, compañía sobradamente conocida como de primer nivel y de indudable prestigio y reputación.”*

Lo que le lleva a concluir que: *“difícilmente puede hablarse de “deficiencias relevantes” en los procedimientos y controles de la compañía (y, por ende, de falta de diligencia de sus administradores) cuando el diseño y aplicación de los mismos se encomendaron a entidades de primer nivel y acreditada supervisión regulatoria que, en definitiva, lo único que hicieron es aplicar los mismos estándares legales y de calidad que vienen aceptándose con normalidad en el sector y que son asumidos con naturalidad por otros organismos supervisores y reguladores (entre ellos, como decimos, la CSSF y el Banco Central Europeo) y reivindica que deben considerarse debidamente acreditadas las siguientes circunstancias:*

*“1. Que KBL sí contaba con un sistema de controles, mecanismos y procedimientos de control adecuados a la normativa.*

*2. Que las presuntas deficiencias concretas inicialmente apreciadas en realidad no eran tales, pues para todas ellas existen justificaciones que demuestran que la Entidad y sus administradores cumplían sus obligaciones y que, a lo sumo, podían existir diferencias de criterios respecto de la forma de documentar o acreditar tal cumplimiento.*

3. Que la errónea consideración de dichas supuestas deficiencias como constitutivas de infracción traía causa, en última instancia, de una equivocada comprensión de la documentación e información facilitada durante el proceso de inspección o de una falta de análisis por la Instrucción de información que constaba aportada a disposición de la CNMV.

4. Y que, en fin, por supuesto que existía un sistema de control interno lo suficientemente desarrollado como para ser eficaz, de manera que, por mucho que durante la inspección pudieran detectarse elementos susceptibles de mejora, lo que no resulta proporcionado es concluir, como en la práctica vienen a hacerlo las Resoluciones recurridas, que KBL carecía por completo de mecanismos en la materia”

### 3.3 deficiencias en la función de gestión de riesgos

#### **3.3.1 falta de comunicación a la CNMV de la delegación la función de gestión de riesgos de las IIC, delegada en BNP PARIBAS FUND SERVICES ESPAÑA, SL**

La demanda afirma que esta delegación estaba documentada en el acta del Consejo de Administración de fecha 22/04/2016, que siempre ha obrado en poder de la CNMV, siendo que la delegación se produjo, a favor de una entidad regulada en Luxemburgo (la matriz de KBL) estrictamente supervisada por la CSSF y el Banco Central Europeo y que, por los diferentes contactos previos a la inspección de 2018, la CNMV tenía conocimiento de “que la función de Gestión de Riesgos era desempeñada por el Director de Riesgos del Grupo KBL en España, ubicado organizativamente en KBL EUROPEAN PRIVATE BANKERS, S.A., SUC. EN ESPAÑA (después QUINTET PRIVATE BANK (EUROPE), S.A., SUC. EN ESPAÑA)” remitiéndose a la información suministrada al efecto en el expediente de autorización de la Gestora, en el expediente de ampliación de su programa de actividades de 2017 (Exp.nº 2017033555-1) y en los Informes de la Unidad de Auditoría Interna remitidos puntualmente a CNMV desde 2017 (referidos al ejercicio 2016).

Ha de partirse de que no se establece sanción por el hecho de que delegación no constara en algún documento contractual o societario, sino por el incumplimiento de la obligación de comunicación a la CNMV con carácter previo a que sea efectiva la delegación de la función de riesgos por parte de la gestora, ex arts. 98 y 106 bis de RIIC y Norma 3ª. 1ª a) de la Circular 6/2009 (la delegación de la gestión de riesgos, ha de ser comunicada por la gestora a la CNMV antes de que la misma sea efectiva con independencia de que la entidad en la que se delegue la función forme parte o no del Grupo de la entidad delegante).

Como ya se indica en la resolución sancionadora, el cumplimiento de este requisito – una específica comunicación de la delegación - no es una mera formalidad y tiene como finalidad última permitir que por parte del organismo supervisor se controle el cumplimiento objetivo y completo de los requisitos exigidos a esa delegación, con carácter previo a su efectividad, y permitirá al regulador proceder a la publicación en sus registros de dicha delegación “garantizando así el conocimiento por parte de los partícipes y accionistas de quién llevará a cabo efectivamente la función de riesgos y, por ende, abundando en la transparencia informativa para partícipes y accionistas de las IIC de que esta especial función ha sido delegada y a quién”

A tal efecto se aporta como DOC 1 de la demanda un informe de GARRIGUES, “INFORME SOBRE LAS ACTIVIDADES DE LA FUNCIÓN DE AUDITORÍA INTERNA DE KBL ESPAÑA ASSET MANAGEMENT, SGIIC, S.A. REFERIDO AL EJERCICIO 2016”, informe datado el 28/04/2017, informe que parte de que “J&A GARRIGUES, S.L.P. ha asumido por delegación el desempeño de la función de auditoría interna constituyéndose como Unidad de Auditoría Interna de la Gestora (“Unidad de Auditoría Interna”). La referida delegación cumple con lo establecido en la norma 8a de la Circular 6/2009 de la CNMV, de 9 de diciembre, de la CNMV, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión

colectiva y sociedades de inversión (en lo sucesivo, "Circular 6/2009") (...) El presente Informe se ha elaborado a los efectos previstos en el apartado segundo de la Norma 6ª de la Circular 6/2009, en virtud de la cual la Unidad de Auditoría Interna deberá elaborar un informe sobre el resultado de las actividades de la función de auditoría interna de la Gestora de acuerdo a lo previsto en la mencionada Circular y referido al ejercicio 2016 (en adelante, el "Informe"). El presente Informe deberá ser remitido a la CNMV dentro de los cuatro primeros meses del ejercicio 2017. Para la del Informe se ha utilizado, como única fuente, la información proporcionada por la Gestora y por KBL European Private Bankers, S.A., Sucursal en España (la "Sucursal"), entidad en la que la Gestora ha delegado la función de Cumplimiento Normativo." (sic con el añadido del subrayado para enfatizar lo de interés al caso)

Es fácil comprobar que el objeto del mencionado informe (cuya efectiva presentación ante la CNMV y fecha de ello no consta) no era el de comunicar a la CNMV que la función de gestión de riesgos de las IIC, estaba delegada en BNP PARIBAS FUND SERVICES ESPAÑA, SL y no en vano en dicho informe se contienen afirmaciones que no conducen específicamente a ello y a resultados de afirmar que la CNMV ya tenía conocimiento de tal delegación trabajando sobre la base de una única fuente de información (la de la propia Gestora delegante y KBL European Private Bankers, S.A como delegado):

"La Gestora tiene delegado el desempeño de los servicios contables así como de otras tareas de administración en BNP Paribas Fund Services España, S.L. ("BNP Paribas Fund Services"), según acuerdo del Consejo de Administración de 22 de abril de 2016, formalizado en un contrato de fecha 21 de junio de 2016.

Los servicios delegados a este respecto son los siguientes: (i) servicios jurídicos y contables en relación con la gestión de SICAV; (ii) valoración y determinación del valor liquidativo, incluyendo régimen fiscal aplicable a SICAV; (iii) control del cumplimiento de la normativa aplicable a SICAV; (iv) tareas de administración de las SICAV (art. 94 b) 2, 5, 6 y 7 RD 1082/2012).

Dicha delegación fue efectuada de conformidad con la normativa aplicable siendo debidamente comunicada a la CNMV, según se desprende de la información disponible en la página web de la CNMV.

Con carácter general, el control de la delegación efectuada corresponde al Responsable del Departamento de Administración / Back-office de la Gestora, así como a la Dirección de Riesgos de Grupo KBL España.

(...)

**b. La Gestora tiene delegada la función de Gestión de Riesgos en BNP Paribas Fund Services, asimismo según acuerdo del Consejo de Administración de 22 de abril de 2016, formalizado en un contrato de fecha 21 de junio de 2016. Dicha delegación fue debidamente comunicada a la CNMV y figura correctamente inscrita en el correspondiente registro, según se desprende de la información disponible en la página web de la CNMV.**

La delegación de dicha función de Gestión de Riesgos corresponde al Director de Riesgos del Grupo KBL España, desarrollándose los procedimientos específicos de control del ejercicio por la entidad delegataria de dichas funciones delegadas en el Manual de la Unidad de Gestión de Riesgos de la Gestora." (sic con el añadido del subrayado y resaltado).

Pues bien, el informe, que parte de asumir de que "durante el ejercicio 2016 la función de Gestión de Riesgos ha estado encomendada a BNP Paribas Fund Services", en lo que atañe a la problemática controvertida, no se ha aportado prueba alguna de que la delegación de la función de Gestión de Riesgos en BNP Paribas Fund Services, resultante del acuerdo del Consejo de Administración de 22 de abril de 2016, formalizado en un contrato de fecha 21 de junio de 2016, fuera, con carácter

previo, específica y debidamente comunicada a la CNMV, y, como consecuencia de ello, figurara correctamente inscrita y publicitada en la información web de la CNMV (ningún enlace web se suministra al efecto ni el mismo se especificaba en el informe que debería haber comprobado la corrección al respecto de ese dato proveniente de la información suministrada, exclusivamente, de delegante y delegado).

Otro tanto puede decirse del DOC. 2, informe similar pero referido al año 2017 y fechado el 18/04/2018 y que en la práctica literalidad, en lo que interesa al caso, viene a repetir lo ya recogido en el informe anterior y que ya hemos analizado en su insuficiencia para afirmar la efectiva comunicación de la delegación a la CNMV, comunicación anterior a que se haga efectiva tal delegación.

Prueba del incumplimiento de esta obligación legal es que el recurrente no defiende la existencia de la específica y concreta comunicación de la delegación del control de riesgos antes de la efectividad de la misma, sino el que la existencia de ésta aparece, junto con otros datos, en documentos remitidos a la CNMV que responden a otras finalidades distintas a la de comunicar oficialmente a la CNMV esa delegación.

Además, como se pone de relieve en la resolución sancionadora existen errores, inconcreciones y omisiones en los documentos relativos a dicha delegación, que resultarían del escrito de 10/09/2019 remitido en respuesta a la Carta de Relación de Hechos, donde se viene a decir algo distinto a lo que se defiende en los informes de GARRIGUES con base exclusiva a la información suministrada por la propia gestora en cuanto la concreción de la entidad delegada para la gestión de riesgos (PARIBAS FUND SERVICES ESPAÑA o KBL EUROPEAN PRIVATE BANKER, SA)

**“La Función de Gestión de Riesgos de la Sociedad no está delegada en BNP PARIBAS FUND SERVICES ESPAÑA, S.L., sino en KBL EUROPEAN PRIVATE BANKERS, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, del mismo modo que la Función de Cumplimiento Normativo. El actual responsable de dicha Función es D. RBS.**

*No obstante, al trasladar los acuerdos iniciales de fecha 22 de abril de 2016 al Acta del Consejo de Administración de la Sociedad, por error se hizo constar como responsable de dicha Función a D. JCM y no a KBL EUROPEAN PRIVATE BANKERS, S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA.*

*A estos efectos, se aclara que el Sr. CM ha desempeñado las labores propias de la Función de Gestión de Riesgos en nombre y representación de KBL EUROPEAN PRIVATE BANKERS, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA desde la constitución de la Sociedad hasta el 1 de octubre de 2018, momento en el que fue sustituido por D. RBS.*

*Como medida específica propuesta de cara a la subsanación de este punto se propone la presentación del correspondiente escrito o expediente formal ante la CNMV relativo a la delegación de dicha función por parte de la Gestora, de forma que quede claro que KBL EUROPEAN PRIVATE BANKERS, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA es la entidad de legataria de la función de Gestión de Riesgos de la Gestora y que D. RBS es su responsable, actualizándose el registro de la CNMV en consecuencia.”*

**3.3.2. Deficiencias de los informes elaborados por BNP en su función delegada de gestión de riesgos (No concluían sobre la selección de intermediarios, ni sobre los procedimientos de valoración de los activos, el análisis del riesgo de liquidez no tenía en cuenta ni la estructura de accionistas patrones de entrada y salida y no se realizaba a nivel global de la Gestora. Los informes anuales de 2017 mencionaban en su conclusión que se referían al ejercicio 2015, además sus conclusiones eran genéricas e iguales para todas las IICC. Los informes periódicos tenían una redacción prácticamente idéntica para todas las IIC, sin tener en cuenta las particularidades de cada una)**

La demanda afirma que tales informes fueron elaborados por una entidad de "indudable y reconocido prestigio y reputación" y, en cuanto a la tacha de que eran informes generales y no suficientemente concretos, alega que si los informes eran similares entre sí "es porque daban respuestas a situaciones semejantes entre sí, por lo que, por elementales razones de homogeneidad, carecía de sentido seguir una línea diferente en su planteamiento". Se defiende que si los informes anuales de 2017 mencionaban en su conclusión que se referían a 2015 ello respondía a "un mero error tipográfico".

El informe razonado, en lo transcrito en la resolución de alzada, al respecto venía a reseñar:

"No concluye sobre la selección de intermediarios, ni sobre los procedimientos de valoración de los activos, el análisis del riesgo de liquidez no tiene en cuenta ni la estructura de accionistas, patrones de entrada y salida y no se realiza a nivel global de la Gestora", cuestiones sobre las que debería manifestarse conforme a la normativa expuesta en el fundamento anterior y sin que los Consejeros, ahora expedientados, hayan formulado consideración alguna al respecto que justifique tal carencia.

Efectivamente, difícilmente pueden achacarse las deficiencias señaladas en los Informes simplemente al ánimo de establecer la máxima uniformidad entre los mismos, pues resulta impensable cómo pueden dichos informes cumplir su función si no reflejan las particularidades de cada Institución y, mucho menos, si se omite el análisis de cuestiones fundamentales como la selección de intermediarios o el análisis del riesgo de liquidez, entre otras. Además, dichas cuestiones, solo pueden ser analizadas individualmente para cada Institución, so pena de perder el sentido y función para la que las normas las han establecido. Es más, aunque a efectos meramente dialécticos se aceptara, como pretenden los Consejeros expedientados, que el hecho de que los errores correspondientes al ejercicio 2017 se refieren al ejercicio 2015 se debe a un simple error tipográfico, este hecho en ningún caso justificaría la homogeneidad de las conclusiones alcanzadas independientemente de las políticas de inversión y las particularidades de las respectivas IIC objeto de cada uno de dichos informes" (sic con el añadido del subrayado)

Partimos de que los informes tenían una redacción prácticamente idéntica para todas las IIC (hecho asumido en la demanda) y la resolución, por remisión al informe razonado, cuestiona frontalmente las razones de homogeneidad defendidas en la demanda como justificativas de ello (los presupuestos de base serían idénticos) trayendo a colación ejemplos concretos resultantes del informe razonado en las particularidades de cada IIC que hubiera precisado una respuesta singularizada:

*"Por ejemplo, en el informe trimestral de PRECISIÓN PATRIMONIO, SICAV se menciona que la vocación de inversión es global en varias ocasiones, aunque la vocación inversora de esta SICAV es renta fija mixta internacional. Además, en el apartado relativo al riesgo de liquidez las observaciones son siempre iguales para todas las IIC e indican que la inversión está focalizada principalmente en renta variable, hecho que no se cumple en PRECISIÓN PATRIMONIO, SICAV, que mantenía inversiones en renta fija superiores al 80%. En el apartado relativo a exposición crediticia, en los informes trimestrales de todas las SICAV se señala que hay un límite de inversión en activos con calificación crediticia BBB-, sin embargo, la única SICAV que contempla un límite sobre la calidad crediticia en su folleto es PRECISIÓN PATRIMONIO, SICAV. Las conclusiones de los informes trimestrales son las mismas para todas las IIC y no se adaptan a la realidad de las carteras; por ejemplo, se señala que la inversión en IIC es cada vez más representativa, cuando esta circunstancia no se cumple ni en IDEST INVERSIONES, SICAV, ni en PRECISIÓN PATRIMONIO, SICAV, ni en PRECISIÓN INVERSIONES, SICAV."*

Nada se dice al concreto en la demanda, en sus 34 folios, para contradecir la conclusión que se desprende del mencionado ejemplo, ni se especifica en que parte concreta, los informes

cuestionados, contenían un análisis individual de la selección de intermediarios o el análisis de riesgo de liquidez particulares de cada institución.

### 3.3.3 Falta de elevación al Consejo de Administración de los informes de BNP en relación con las LIC y falta de acreditación de la revisión por responsable alguno.

En la demanda (pág. 11) se viene a decir que el recurrente *“miembro por entonces del Comité de Riesgos, Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo a nivel de Grupo, tenía pleno conocimiento de los referidos informes y, de hecho, podía formular observaciones a los mismos en las reuniones que con carácter trimestral se celebraban”* y prueba de ello son las actas del mencionado Comité:

*“En la de fecha 19 de septiembre de 2018 (folio 1.031 del expediente remitido por la CNMV), por ejemplo, el Sr. C (identificado como “JC”, tal como se define al inicio de la sesión) -a la sazón el encargado de la función de Gestión de Riesgos, reporta con absoluta claridad un incidente relativo al número mínimo de accionistas de una SICAV (se transcribe traducción al español, pese a que el documento original se encuentra redactado en inglés):*

*“Incidente con el número mínimo de accionistas de una SICAV. Hemos enviado una carta formal a la CNMV solicitando la nueva autorización de la SICAV como tal [...]. CNMV está completando el expediente administrativo de revisión con carácter previo a la aprobación formal, que se espera en las siguientes semanas.”*

*Se hace igualmente referencia a este aspecto concreto en relación con dicha SICAV y a los múltiples controles que efectúan las Unidades de Gestión de Riesgos y Cumplimiento Normativo en el Acta de este Comité de 15 de junio de 2018 (folio 1.036 del expediente remitido por la CNMV) y la de 22 de febrero de 2018 (folio 1.044 del expediente remitido por la CNMV), en la que, a título de ejemplo, se señala expresamente, en relación con los controles de las carteras, “que no se han detectado incidencias significativas durante el periodo cubierto”*

*Y del mismo modo, debe hacerse referencia a los Documentos IV, V y VI, (folios 1.048, 1.052 y 1.058, respectivamente, del expediente remitido por la CNMV) también adjuntados por esta parte a las alegaciones frente a la Propuesta de Resolución, correspondientes a las Actas del referido Comité de fechas 15 de febrero de 2017, 18 de mayo de 2017 y 29 de noviembre de 2017, que reflejan que los tres miembros del Consejo de Administración eran debidamente informados o informaban sobre determinadas conclusiones sobre los controles desempeñados e incidencias acaecidas.”*

Pues bien, en las alegaciones al Acuerdo de incoación, reiteradas en el escrito de respuesta a la Propuesta de Resolución, se venía a reconocer que los informes no se elevaban al Consejo de Administración justificándolo en que era innecesario pues los tres miembros del Consejo de Administración contra los que se dirigió la imputación, entre ellos el hoy recurrente, tenían pleno conocimiento del contenido de dichos informes dado que, los tres consejeros formaban parte del Comité de Riesgos, Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo a nivel del Grupo, comité que se reunía con carácter trimestral.

En relación a tales actas del Comité de Riesgos, Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo, y con referencia a la fecha de la inspección – 30/04/2018- y a su contenido, ya en la resolución sancionadora se indica:

*“(i) dos de ellas- las de 19 de septiembre de 2018 y 15 de junio de 2018- son posteriores a la fecha de referencia de la visita de inspección (ii) una tercera, la de 22 de febrero de 2018, hace una referencia a incidencias detectadas por el control de riesgos en carteras gestionadas, no en las Instituciones de Inversión gestionadas por la gestora que es lo que se está imputando, (iii) el resto de las actas (de 15 de*

*febrero, 18 de mayo y 29 de noviembre de 2017) únicamente mencionan temas de riesgos a nivel grupo, sin menciones específicas al control de riesgos de la gestora española”*

Añadiremos que de ninguna de las Actas del Comité de Riesgos, Auditoría Interno y Cumplimiento Normativo citada, resulta que alguno/s de los responsables de las funciones de riesgos o de cumplimiento normativo, entre ellos el ahora recurrente según asume en su dual condición de miembro de tal Comité y del Consejo de Administración, hubieran puesto de manifiesto tales carencias en los informes (ver las carencias reseñadas en el punto 3.3.2), que lo hicieran ante el Consejo de Administración, ni que efectivamente se elevaran al Consejo los informes de BNP.

En lo que respecta a la gestión de riesgos las actas contienen, en el mejor de los casos, un resumen de los temas tratados nunca conclusiones o acuerdos en relación a ellos y son estas actas las que se elevan al Consejo como informes de las unidades de control interno en cumplimiento de las normas 5ª y 6ª de la Circular 6/2009 de la CNMV y de la Circular 1/2014, sin que, tampoco, el Consejo las valore en su insuficiencia.

### **3.4 deficiencias en la función de cumplimiento normativo**

**3.4.1.- Informes de la unidad de cumplimiento normativo. Cumplimiento de las funciones del Consejo de Administración.**

En la demanda se afirma que el primer requerimiento de la inspección fue respondido por la Entidad en fecha 31/07/2018, y que KBL, únicamente, pudo aportar entonces los informes anuales de 2016 (entre abril, fecha de constitución de la Gestora, y diciembre de 2016) y de 2017 ya que el informe anual correspondiente al ejercicio 2018 sólo pudo aportarse cuando estuvo disponible (esto es, tras el cierre del ejercicio 2018) y el periodo objeto de inspección fue el comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2018, por lo que era materialmente imposible que la Entidad facilitase cualquier otro informe anual diferente de los referidos a los ejercicios 2016 y 2017, informes que fueron los aportados a la inspección junto con las actas de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración de la Entidad (en la sesión del Consejo de Administración de 15 de marzo de 2017, se tomó razón y aprobó el informe de la Unidad de Cumplimiento Normativo relativo al ejercicio 2016 y en la sesión del Consejo de Administración de 18 de abril de 2018, se tomó razón y aprobó el informe de la Unidad de Cumplimiento Normativo relativo al ejercicio 2017) y si los consejeros toman razón ello implica realizar una valoración previa y al aprobarlos ya se está tomando una decisión sobre los mismos.

La resolución sancionadora viene a considerar que del *“contenido de las actas no se atestigua el cumplimiento de las funciones atribuidas al Consejo de Administración por la normativa aplicable no es sólo tomar conocimiento o razón de los informes sino de su valoración y toma de decisiones al respecto, de las cuales no hay constancia”* y tal conclusión viene sustentada sobre el informe del Departamento de Supervisión de IIC-ECR, del que resulta:

*“La copia del acta de 15 de marzo de 2017 no contiene los anexos a los que hace referencia.*

*En el acta del consejo del 18 de abril de 2018 consta que los consejeros toman razón, entre otros, de los siguientes informes:*

*- Informe de cumplimiento normativo de conformidad con lo previsto en la Circular 6/2009 (Punto 3 del orden del día) adjunto como anexo II, en la página 9 del acta.*

*- Informe de gestión de riesgos de conformidad con lo previsto en la Circular 6/2009 (punto 5 del orden del día) adjunto como anexo IV, en la página 40 del acta, que remite al anexo II anterior.*

*En ambos casos, el informe del anexo II al que se refieren es el acta del comité de riesgos del grupo del 22 de febrero de 2018 (...)*

El recurrente no ha controvertido argumentalmente y documentalmente lo que resulta del mencionado informe en cuanto a la inexistencia de anexos en el acta de 15/03/2017 de los que pudiera concluirse la efectiva toma de conocimiento y valoración de los informes anuales de 2016 y, en cuanto al acta de 18/04/2018, otro tanto por cuanto los anexos al respecto por remisión al anexo II vienen integrados por un acta del comité de riesgos de 22/02/2018 y no por el informe de cumplimiento normativo 2017, por lo que difícilmente puede concluirse en favor de una efectiva toma de conocimiento y valoración por el Consejo de Administración de los informes de la unidad de cumplimiento normativo.

**3.4.2. Información en relación con los controles de la Unidad de Cumplimiento Normativo facilitada por la Entidad en el marco de la inspección.**

*En la demanda se afirma que “no existe normativamente, ni en criterios técnicos expresados o publicados por CNMV, una definición expresa de los controles a llevar a cabo por la Unidad de Cumplimiento Normativo ni, menos aún, de la forma en la que deban documentarse” la Circular 6/2009, “se refiere a los tipos de controles que deben realizarse (nótese que en ningún momento se discute que los mismos no hayan sido llevados a cabo) y no a cómo deben documentarse los mismos (que sí que es objeto de reproche, por más que no se encuentre fundado en precepto normativo alguno)”*

Yerra la demanda con este planteamiento pues resulta patente que no se le cuestiona la forma en la que se vuelca la información sino su contenido en la suficiencia para acreditar la efectividad de los controles a realizar por esta Unidad. La resolución sancionadora (pag 29 y ss), al respecto, se centra en la falta de constancia de revisión y conclusiones y viene a señalar:

*“(...) únicamente ha aportado ficheros Excel con el análisis de la rentabilidad de las carteras, controles de límites, coeficientes y exposiciones de las carteras de las IIC y clientes gestionados, en los que no hay constancia de ninguna revisión ni figuran conclusiones.*

*(...)*

*Hay que afirmar que existe una normativa extensa y clara sobre las funciones que debe cumplir la Unidad de Cumplimiento Normativo y el contenido que deben tener en los informes que dicha Unidad debe elevar al Consejo de Administración.*

*En efecto, aun cuando es cierto que la normativa al respecto no recoge ningún requisito formal, ni un modelo al que deba ajustarse el mencionado informe, también lo es que la norma 5a de la Circular 6/2009 establece una regulación taxativa y pormenorizada de las funciones mínimas que debe llevar a cabo la Unidad de Cumplimiento normativo y cuya realización debe reflejarse en el informe anual por ella elaborado. Así dicha norma 5a en su apartado 1. b) y 2 dispone una serie de exigencias organizativas y de control bastante amplia que va desde el establecimiento y aplicación de procedimientos adecuados para el cumplimiento puntual de la normativa con concretas y exhaustivas funciones atribuidas a la unidad de cumplimiento normativo de la entidad que deberá de elaborar un informe anual que debe elevarse al Consejo de administración para que tome conocimiento del mismo y, en su caso, adopte las medidas oportunas para solucionar las incidencias puestas de manifiesto y que, en todo caso, debe estar a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Por ello, no debe confundirse ausencia de exigencias de forma en los informes, con ausencia de regulación sobre el contenido de esos informes en relación con la naturaleza y alcance de los controles que deben de llevarse a cabo y reflejarse en los informes.*

*Es más, no cabe considerar que la ausencia de revisión y de conclusiones sea una cuestión menor, si no que resulta fundamental para verificar que se ha constatado el cumplimiento efectivo de la normativa, finalidad última de dichos trabajos y, en caso de incumplimiento, permitir la subsanación de los que pudieran detectarse.*

*Por tanto, debe concluirse que aun cuando la normativa no establezca requisito alguno respecto a la forma en que deben recogerse dichos trabajos y los mismos pudieran recogerse en un fichero Excel, dicha normativa sí que exige un contenido material mínimo para entender realizada la función asignada a la Unidad de Cumplimiento Normativo, por lo que, solo se puede coincidir con el Informe razonado, en que "La Gestora no ha acreditado la realización de todas las funciones asignadas a esta unidad de control interno,""*

Pues bien, la demanda no explicita como el contenido de esas hojas Excel daba cumplimiento a las exigencias de la norma 5ª de la Circular 6/2009 en la regulación de las funciones mínimas que debe llevar a cabo la Unidad de Cumplimiento Normativo y que deben reflejarse en un informe anual que debe elevarse al Consejo de Administración, y la valoración del Consejo de Administración al respecto, algo que se le viene a cuestionar frontalmente en la resolución sancionadora:

Norma 5.ª Cumplimiento normativo.

*"1. La unidad, dentro de la organización, que garantice el desempeño de la función de cumplimiento normativo deberá:*

*a) Depender de una persona en la organización con suficiente autoridad para promover la independencia y garantizar una amplia cobertura de la función de cumplimiento normativo.*

*b) Establecer, aplicar y mantener procedimientos adecuados para detectar y corregir el incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas que resulten de aplicación a la SGIC o sociedad de inversión, y a las IIC por ella gestionadas, incluyendo las normas de funcionamiento interno de la SGIC o sociedad de inversión, recogidas en su reglamento interno de conducta. **La unidad de cumplimiento normativo deberá comprobar, especialmente, el cumplimiento de:***

*(i) Los requisitos, coeficientes, criterios y limitaciones establecidos por la normativa aplicable a las operaciones e inversiones de las IIC gestionadas por la SGIC o la sociedad de inversión, incluyendo la vocación inversora definida en su folleto informativo Asimismo, deberá comprobar que las operaciones realizadas sobre bienes, derechos, valores o instrumentos por la SGIC o la sociedad de inversión, por cuenta de las IIC, lo han sido en régimen de mercado.*

*(ii) Los criterios establecidos por la normativa aplicable para el cálculo del valor liquidativo de las participaciones o acciones de las IIC gestionadas por la SGIC o de sociedad de inversión.*

*(iii) Los mecanismos establecidos para garantizar la equidad y no discriminación entre los partícipes y accionistas.*

*(iv) Las normas de separación del depositario, cuando la SGIC o sociedad de inversión pertenezca al mismo grupo que el depositario, en los términos previstos en el artículo 68 de la LIIC, excepto que esta función haya sido encomendada a una comisión independiente creada en el seno del consejo de administración de la SGIC o sociedad de inversión.*

*(v) El procedimiento de operaciones vinculadas en los términos previstos en el artículos 67 de la LIIC y 58 del Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva (en adelante, RIIC), respectivamente, excepto que esta función haya*

sido encomendada a una comisión independiente creada en el seno del consejo de administración de la SGIC o sociedad de inversión.

(vi) El régimen de operaciones personales de consejeros, directivos, empleados y apoderados o agentes de la SGIC o sociedad de inversión establecido en su reglamento interno de conducta.

(vii) Las políticas y procedimientos relacionados con el sistema retributivo y de comunicación interna y externa, las relacionadas con la actuación del depositario las relacionadas con el departamento o servicio de atención al cliente, las políticas y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales, las relacionadas con el ámbito de la seguridad de la información y las que garanticen la conservación de la justificación documental de los controles realizados, así como cualesquiera otras políticas y procedimientos implementadas para el mejor cumplimiento de las obligaciones de control interno.

**c) Informar por escrito a todos los consejeros de la SGIC o sociedad de inversión, con una periodicidad mínima trimestral, sobre el resultado de los trabajos realizados, destacando los incumplimientos y los riesgos asociados, así como sobre la efectividad de las medidas adoptadas por el consejo de administración de la SGIC o sociedad de inversión en relación con los mismos.**

No obstante, la unidad de cumplimiento normativo deberá informar, con carácter inmediato, al consejo de administración de la SGIC o sociedad de inversión o a la persona que éste designe, de cualquier incumplimiento normativo, incidencia o anomalía que revista una especial relevancia.

2. Asimismo, **la función de cumplimiento normativo deberá elaborar anualmente un informe sobre el resultado de sus actividades, que será remitido al consejo de administración de la SGIC o sociedad de inversión, dentro de los cuatro primeros meses de cada ejercicio, para que tome conocimiento del mismo y, en su caso, adopte las medidas oportunas para solucionar las incidencias puestas de manifiesto. En todo caso, este informe deberá estar a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.** No obstante, en el caso de que exista un única unidad que garantice el desempeño de las funciones de cumplimiento normativo y de gestión de riesgos, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 de la Norma 3.ª, podrá elaborarse un único informe en el que se encuentren perfectamente separados e identificados los resultados de las actividades de la función de gestión de riesgos y de la función de cumplimiento normativo. Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, la SGIC o sociedad de inversión deberán remitir el informe sobre el grado de cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 68.2 de la LIC en los plazos previstos en el apartado 4 del artículo 100 del RIIC.”

### 3.5 deficiencias del control interno de los servicios de inversión

3.5.1 Se incide argumentalmente en que su documentación a través de ficheros Excel no constituye un incumplimiento normativo, pues no existe regulación alguna que establezca el contenido concreto de estos informes ni la forma específica en la que deben documentarse y que “en el procedimiento específico de la Unidad de Cumplimiento Normativo sí se hacía referencia a determinados controles relativos al servicio de Gestión Discrecional de Carteras y de Asesoramiento en los respectivos Procedimientos de Gestión Discrecional de Carteras (aprobado en la sesión del Consejo de Administración de 7 de mayo de 2018) y de Asesoramiento sobre Inversiones y Selección de Instrumentos Financieros (aprobado en la sesión del Consejo de Administración de 7 de mayo de 2018)” siendo que “en cuanto a los controles de la actividad de asesoramiento, las presuntas deficiencias señaladas por la CNMV durante el expediente obedecen a que los mismos se encontraban en un proceso de revisión y adaptación en el momento en que se llevó a cabo la inspección”.

La propia argumentación de la parte conduce a concluir que en el momento de la inspección y en relación al periodo inspeccionado se producían las deficiencias de control interno de los servicios de inversión.

En la resolución sancionadora (pág. 32 y ss) al respecto se viene a concretar que la sanción no se establece sobre la base de la forma en que se documentaba este control interno:

*"Por un lado la obligatoriedad de realización de dichos controles se establece en el artículo 193 del TRLMV y en el artículo 23 de Reglamento Delegado 2017/565, para desarrollarse con mayor amplitud en los artículos 28, 30 y 31 del RD 217/2008 y, especialmente, en la Circular 1/2014.*

*Así, la Norma Quinta de la Circular 1/2014 sobre la Función de cumplimiento normativo, por lo que respecta a los controles y procedimientos ahora analizados, dispone una obligación de identificación y evaluación periódica de los riesgos de incumplimiento normativo, con un plan de revisión de procedimientos que resulte adecuado y que permita prevenir, detectar, corregir y minimizar los riesgos así como el establecimiento de un programa de supervisión y **control que tenga en cuenta todos los servicios de inversión y auxiliares que presta, debiendo comprobar el cumplimiento del cumplimiento de las normas de conducta establecidas en el TRLMV relacionadas con la comercialización de productos, y que, de manera más detallada concreta el apartado 2.5 de la norma citada, debiendo**, como se ha expresado anteriormente, la unidad de cumplimiento normativo realizar un informe anual en el que se ponga de manifiesto el detalle de los controles efectuados.*

*Por tanto, lejos de ser cierto lo afirmado por los expedientados, a la vista del contenido de dichos informes se pone de manifiesto tanto **la falta de efectividad con la que se diseñaron y ejecutaron los controles por parte de la gestora, como el carácter incompleto y parcial de los mismos y ello, al margen de la forma en que se documentaran dichos controles.***

*En este sentido, ya se fijaba en el Informe razonado que: **"Los procedimientos de la unidad de cumplimiento normativo no contemplaban la realización de ningún trabajo relativo a la prestación de los servicios anteriores. La Gestora no ha aportado informes de control sobre estas actividades. Si bien, de la actividad de gestión discrecional de carteras, ha facilitado ficheros Excel de performance attribution de algunos clientes y ficheros con un control de los límites de gestión para otros, en los que no hay constancia de ninguna revisión ni figuran conclusiones. La Gestora no realizaba ningún control de la actividad de asesoramiento."***

*Por ello, y en los mismos términos que se reflejan en el informe técnico del Departamento de Supervisión, hay que insistir en que **"Los procedimientos de gestión discrecional de carteras y asesoramiento que se aprueban en el acta del 7 de mayo de 2018 y que los consejeros mencionan en sus alegaciones incluyen, fundamentalmente, aspectos operativos y únicamente mencionan controles de límites sobre las carteras por perfil de riesgo"**.*

*A lo que cabe añadir que, aun cuando se aceptara la existencia y aprobación de los procedimientos recogidos en las actas del Consejo de Administración de la gestora, esto no afectaría a la situación en el momento de la inspección- pues las mismas son posteriores a la inspección-, ni al resto de las deficiencias apreciadas en el Informe puesto que su contenido es incompleto."*

### 3.5.2 información emitida a los clientes.

En la demanda se reincide en afirmar que "tanto la documentación proporcionada a los mismos como los disclaimers que éstos firmaban fueron adaptados a las exigencias establecidas en la Directiva MiFID II incluso antes de que ésta se transpusiera a nuestro ordenamiento jurídico y pudiera reputarse exigible, con lo que no omitían aspectos ni información necesaria alguna, sin que ninguna de las

*genéricas afirmaciones contenidas en la Resolución de 9 de junio de 2022 (que se limita a realizar una cita aséptica de preceptos normativos, sin explicar en qué modo habrían sido, supuestamente, contravenidos) sea suficiente para desvirtuar nada de lo anterior”.*

A este respecto, no existen divagación por el marco de las generalidades y no en vano la resolución de alzada deja patente que del informe razonado resulta *“que la información remitida a los clientes no incluía entre otros, una comparación del resultado de la cartera con su referencia, la cuantía de los gastos totales asociados a la ejecución, ni una advertencia de que se podrá facilitar el desglose más detallado a petición del cliente. Además, no queda claro qué entidad presta el servicio de inversión. Además, en los “informes de cartera” aportados por la Gestora figura una cláusula que no es compatible con la contratación de un servicio de gestión discrecional de carteras: “el inversor debe ser consciente de que los valores e instrumentos financieros a que se refieren pueden no ser adecuados a sus objetivos concretos de inversión, por lo que el inversor debe adoptar sus propias decisiones de inversión, procurándose a tal fin el asesoramiento especializado que considere necesario”.* Es la demanda la que esta huérfana de cualquier argumento al concreto de la existencia de estas concretas omisiones e imprecisiones en lo que las mismas venían a suponer el incumplimiento de la normativa vigente *“artículo 50 y al artículo 60 Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016 en relación con la información que debe facilitarse sobre costes y gastos conexo y las obligaciones de información en lo relativo a la gestión de carteras, además de a los artículos 62 – relativo a las obligaciones adicionales de información en relación con la gestión de carteras o las operaciones que impliquen pasivos contingentes- y 63- sobre estados de los instrumentos financieros o fondos de los clientes”.*

**3.5.3** procedimientos de evaluación de conocimientos y competencias del personal que presta asesoramiento e información.

La demanda se centra en afirmar que los procedimientos de formación de este personal se encontraban incluidos dentro de la Política de Formación de Empleados de la Entidad, en la que existía, específicamente, un apartado destinado a la formación que deben tener este tipo de empleados y en que no existe ningún precepto normativo que prohíba que dicha formación específica se encuadre dentro de una más general para todo empleado de la empresa.

En cuanto a las certificaciones de acreditación de la formación del personal que informa y asesora, que constaban firmadas por persona diferente del Responsable de la Unidad de Cumplimiento Normativo ello *“se debió, simplemente, a una mera situación transitoria, ya que, en el momento concreto de la emisión de las mismas, el anterior responsable de la Unidad de Cumplimiento Normativo había abandonado la entidad poco tiempo antes (...) la firma de estas certificaciones por una persona diferente al responsable de la Unidad de Cumplimiento Normativo solamente se produjo de forma excepcional y transitoria, en el contexto de las circunstancias descritas”.*

Se trata de ver, en primer lugar, si la recurrente contaba o no con un procedimiento específico para el personal que presta el servicio de asesoramiento, singularizado respecto del general del personal de la gestora y la respuesta es negativa ya que la documentación remitida al efecto, como ámbito subjetivo de aplicación, venía dirigida *“a todos los miembros del Consejo de Administración de la Gestora y Agencia y a todos los empleados del Grupo KBL España que presten sus servicios en las distintas Áreas o Departamentos.”* y los procedimientos no comprendían una formación específica sobre productos y servicios de inversión requerida para el personal que presta el servicio de asesoramiento en lógica congruencia con el hecho de que *“El nivel y profundidad de los conocimientos y competencias de quienes presten asesoramiento en materia de inversión debe ser mayor que el de quienes solo proporcionen información sobre productos y servicios de inversión.”* (Guía Técnica 4/2017 de la CNMV, apartado tercero).

La demanda ni siquiera concreta que específico apartado de la Política de Formación de Empleados, del procedimiento de formación aportado por la Gestora al procedimiento sancionador, contiene especificaciones concretas de formación específica para el personal que informa y asesora singularizadas respecto de la formación continuada general.

En cuanto a los certificados de formación sus deficiencias no se agotaban con la de la firma por persona distinta del responsable de la Unidad de Cumplimiento Normativo y que siguen sin cuestionarse, explicarse y justificarse en la demanda.

*“No detallan la formación previa que se considera conveniente y adecuada para la prestación del servicio de inversión.*

*Tres de ellos corresponden a personas que no estaban en nómina de la Gestora.*

*De los catorce banqueros en plantilla de la Gestora a la fecha de referencia, solo han aportado nueve certificados.*

*A la vista de ello, se puede concluir que la Gestora no presentó todos los certificados que debía presentar, presentó algunos que no correspondían y en los que fueron debidamente presentados se aprecian deficiencias que exceden el tema de la firma.”*

(Resolución sancionadora pág. 35).

#### 3.5.4 registro de recomendaciones.

Según el recurrente el contenido del registro existente cumple con todos los requisitos para considerarlo “suficiente” (artículo 194 del TRLMV),

El art 194 del TRLMV viene a disponer:

*“1. Las empresas de servicios y actividades de inversión llevarán un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realicen. Dicho registro deberá ser suficiente para permitir que la CNMV desempeñe sus funciones de supervisión y aplique las medidas ejecutivas oportunas y, en particular, para que pueda determinar si la empresa de servicios y actividades de inversión ha cumplido todas sus obligaciones, incluidas las relativas a sus clientes o posibles clientes y a la integridad del mercado.*

*2. El registro citado en el apartado 1 incluirá las grabaciones de las conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas relacionadas con la actividad de la empresa de servicios y actividades de inversión. Reglamentariamente se desarrollará la obligación prevista en este artículo, que incluirá, al menos, los siguientes aspectos:*

*a) Los tipos de conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas con los clientes que deberán registrarse,*

*b) la obligación de notificar a sus clientes el hecho de que se grabarán las comunicaciones o conversaciones telefónicas,*

*c) la prohibición de prestar servicios o ejercer actividades de inversión por teléfono con aquellos clientes a los que no hayan notificado por adelantado la grabación en relación con determinados servicios,*

*d) la posibilidad de que los clientes puedan comunicar sus órdenes por otros canales distintos siempre y cuando tales comunicaciones puedan hacerse en un soporte duradero; y*

*e) la adopción de medidas razonables para evitar aquellas comunicaciones que no se puedan registrar o copiar.*

**3. Los registros conservados con arreglo a lo dispuesto en este artículo se pondrán a disposición de los clientes si así lo solicitan, y se conservarán durante un período de cinco años y, cuando la CNMV así lo solicite, durante un período de hasta siete años.**

Este precepto tiene su desarrollo en el art. 32 del Real Decreto 217/2008 cuyo apartado 3 habilitaba a la CNMV para publicar una lista de registros que serían exigidos, lo que se llevó a cabo mediante la Resolución CNMV de 7 de octubre del 2009, resolución que determinaba el registro de recomendaciones y especificaba que el registro de recomendaciones en materia de asesoramiento debía, al menos, contener "(...) Constancia escrita o fehaciente de la recomendación personalizada a clientes minoristas, en la que se reseñe la información que evidencie (1) el cliente minorista al que se ha prestado el asesoramiento; (ii) la recomendación y; (iii) el instrumento financiero o la cartera que ha sido recomendado, haciendo constar, entre otros, la fecha de la recomendación." (En igual sentido el Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016 en su artículo 72.2 cuando establece que las empresas de servicios de inversión mantendrán, como mínimo, los registros enumerados en su anexo I recogiendo en dicho Anexo I el registro de recomendaciones con el contenido, al menos, de "i) El hecho de que se ha prestado asesoramiento en materia de inversión, y la hora y fecha en que se ha hecho, ii) el instrumento financiero recomendado, y iii) el informe de idoneidad facilitado al cliente.").

Pues bien como se recoge en la resolución sancionadora (pag. 36) *"el registro aportado se limita a recoger la fecha de la recomendación, el cliente al que se asesora y el agente que realiza la recomendación. Omitiendo, entre otros, datos tales como el instrumento financiero recomendado o la idoneidad de la recomendación y teniendo, por tanto, un contenido claramente insuficiente a la vista de la normativa anteriormente expuesta"*

En la medida que la demanda no defiende que dentro de ese contenido que argumenta como "suficiente" se encontrase el instrumento financiero recomendado y su idoneidad ha de confirmarse el incumplimiento.

### 3.5.5 test de evaluación de clientes

En la demanda se alega que *"el hecho de que la fecha de dicho test fuera posterior a la de la compra de los productos obedeció a un mero error tipográfico, puntual e involuntario de uno de los empleados en el proceso manual de registro de dichos datos, sin que dicho error puntual, lógicamente, pueda ser considerado como una falta de diligencia del mi representado o de la Entidad. De hecho, prueba de que se trataba de un mero error de ese tipo es que el mismo se produjo únicamente en dos de los más de 300 Test de Idoneidad y Test de Conveniencia que, sólo en el año 2018, realizó la Entidad"*

Efectivamente puede cuestionarse en su suficiencia representativa el error de fecha en dos de los test de idoneidad, y, más aun, admitiéndose en la resolución sancionadora que la comprobación de la corrección de los test de idoneidad y conveniencia se realiza por el método de muestreo pero sin indicar el tamaño de la muestra para poder proyectar su relevancia a efectos estadísticos y en relación con el total de los test. No obstante aun prescindiendo de este concreto reproche ello no enturbia la conclusión a la que llevan las otras deficiencias confirmadas en relación con el control interno y al reproche sancionador que pueda establecerse con base a ello como una infracción muy grave del art. 80 o) LIIC 35/2003 y siendo que no se cuestiona la proporcionalidad de la sanción impuesta ya de inicio en un grado mínimo (10.000 €).

### 3.6 conclusión: existencia de una infracción muy grave del art. 80 o) de la LIIC

**3.6.1** Los incumplimientos sancionados, han quedado acreditados en la forma y con el alcance que se determina en los apartados anteriores, así como su encuadre típico en el art. 80 o) LIIC

35/2003 en relación con el resto de la normativa detallada en el punto 3.1 de la presente, sin que pueda establecerse reproche al principio de legalidad en materia sancionadora ya que la utilización de los conceptos que hace el precepto sancionador aplicado, en remisión al resto de la normativa, mediante la cooperación de normas de rango subordinado, lo es en relación con conceptos cuya concreción es razonablemente factible con base a criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permiten establecer con suficiente seguridad lo que constituye el núcleo de la infracción (deficiencias relevantes en las funciones de control interno: cumplimiento normativo y gestión de riesgos).

A este respecto, las Circulares aprobadas por la CNMV, dictadas en el ejercicio de sus competencias, vienen previstas en el art. 21 del TRLMV (actual art. 22 de la vigente LMVSI 6/2023) con el fin de precisar el desarrollo y ejecución de normas de rango superior y son reconocidas como normas de ordenación y disciplina por el artículo 271.4 del citado texto legal (actual art. 268.4 de la vigente LMVSI 6/2023) y, por tanto, gozan de carácter normativo y sus disposiciones resultan de imperativo cumplimiento.

En lo que atañe al caso, la norma legal - art. 80 o) LIC 35/2003 - incluye el núcleo esencial de la prohibición, una definición básica de la conducta prohibida en la Ley, cumpliéndose con las exigencias de certeza que impone el principio de legalidad en materia sancionadora. Es por ello que la infracción está suficientemente definida por el propio legislador y es dentro de esa determinación legislativa donde no se produce indeterminación contraria a la exigencia de lex certa en lo que supone, de inicio, una clara e indiscutible vulneración de la normativa aplicable al control interno por parte de una LIC tal y como queda integrada por la normativa que la desarrolla.

**3.6.2** Subsidiariamente, se plantea por el recurrente que los hechos deben ser remitidos a efectos sancionadores, en una interpretación favorable en caso de duda, como infracción grave, al art. artículo 81, letra m), de la LIC.

*“m. La presentación por parte de las sociedades de inversión o las sociedades gestoras de deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno o de valoración, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos, una vez que haya transcurrido el plazo concedido al efecto para su subsanación por las autoridades competentes y siempre que ello no constituya infracción muy grave”*

Habría de verse si las deficiencias confirmadas suponen poner *“en peligro la solvencia la viabilidad de la entidad, o cuando se perjudique gravemente o pongan en riesgo los intereses de partícipes o accionistas”* ya que este es el elemento cualificador de las mismas como infracción muy grave.

El tipo sancionador, la infracción muy grave, en su redacción disyuntiva (“o”) no exige un perjuicio concreto y cuantificable para, los partícipes, accionistas o clientes.

Al respecto, las múltiples deficiencias detectadas se manifestaron en los controles sobre las principales actividades de la Gestora, en funciones tan relevantes como la de gestión de riesgos o la de cumplimiento normativo, ya sea por falta de realización de dichos controles o su realización con defectos significativos, y en su conjunción (no son meras y aisladas), por su número y relevancia, remiten a la infracción muy grave en la potencialidad del peligro/riesgo real que las mismas entrañan aunque finalmente no condujeran a perjuicios determinados o determinables.

No hay duda razonable sobre la que construir una interpretación favorable a la aplicación de la infracción grave siendo que la multa finalmente impuesta, en su limitada cuantía, entra dentro del grado mínimo de las previstas para las infracciones graves (en la redacción vigente a la fecha de autos, multa no superior a 150.000 €).

#### **4.- culpabilidad**

Se reivindica la trayectoria profesional del hoy recurrente como elemento para *“acreditar que en la conducta de mi representado nunca concurrió el necesario elemento de dolo o culpa, pues su comportamiento profesional siempre se ha caracterizado por el más absoluto y escrupuloso respeto a la normativa aplicable (...) a pesar del convencimiento de que ninguna de las supuestas deficiencias detectadas supone incumplimiento normativo alguno, mi representado realizó las acciones necesarias para que la Entidad incorporase todas las recomendaciones formuladas en su momento por la CNMV a fin de reforzar y mejorar algunos de los aspectos del sistema de control interno. La inspección se realizó con referencia al período enero-abril de 2018, pero las Resoluciones impugnadas obvian que, tan sólo unos meses antes, en 2017, la Entidad sufrió una transformación radical para ampliar su programa de actividades con el fin de prestar los servicios de inversión de gestión discrecional de carteras y asesoramiento en materia de inversión, lo que supuso un innegable impacto en la reorganización de toda su estructura en España e hizo que, en el momento de la inspección, se encontrara todavía adaptándose a esta nueva realidad (al sistema informático, al funcionamiento de los controles a nivel de grupo, a la nueva estructura de recursos humanos y materiales, etc.).*

*Ello, sin duda, explica las dificultades para aportar determinada documentación e información requeridas, así como que algunos de los sistemas y controles, aunque suficientes, no se encontraran todavía completamente perfeccionados, aspectos que la Resolución debería haber tenido en cuenta a la hora de valorar la inexistencia de culpa a la que esta parte se viene refiriendo.(...) lo que no es razonable ni realista es que, en la condición de consejero sin funciones específicas de control de la Gestión de Riesgos y Cumplimiento Normativo que correspondía a mi representado (funciones diferentes de las normales de cualquier consejero), tuviese que asumir funciones más específicas y de detalle en la materia y, desde luego, no lo sería considerar que le correspondía supervisar, como si en su propia persona encarnara las unidades mismas de Gestión de Riesgos y Cumplimiento Normativo, los pormenores concretos de las actividades desarrolladas por esas entidades, que eran supervisadas por otro miembro del Consejo de Administración. La propia Resolución, de hecho, ha tenido en cuenta esa circunstancia para dar un tratamiento distinto a efectos de responsabilidad a otros miembros de dicho órgano (...) por mucho que la condición de consejero atribuyera la responsabilidad de velar, en general, por el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Entidad, el hecho de que las funciones específicas en materia de control interno estuvieran específicamente encomendadas a otras entidades y se llevaran a cabo por las mismas bajo la supervisión de otro consejero (especialmente, cuando, en el caso de mi representado, era un consejero sin funciones específicas de Gestión de Riesgos y de Cumplimiento Normativo diferentes de las normales de cualquier consejero) debería llevar a considerar, no sólo que no puede apreciarse culpa o negligencia en su conducta, sino, además, que el supuesto que nos ocupa tiene, respecto de mi representado, encaje en la excepción para la imputación de responsabilidad a administradores que prevé el artículo 89.2.b) de la LIIIC”*

La culpabilidad en los hechos imputada al ahora recurrente fue establecida sobre la base de que *“el Consejo de Administración de la Gestora ha incumplido su responsabilidad de evaluar la eficacia de las políticas y procedimientos de control interno, asegurar la identificación de los riesgos y garantizar el correcto funcionamiento de las funciones de gestión de riesgos y cumplimiento normativo, lo que ha puesto en riesgo los intereses de las IIC y clientes” y “la falta de diligencia exigible o, mejor dicho, de negligencia en el cumplimiento de las funciones que, como miembro del Consejo de Administración de la Gestora, le correspondían”* sin que en la demanda se reivindique una *“interpretación razonable de la norma”* en justificación de esa negligencia ya que no bastan las alegaciones de parte de la existencia de dudas de forma subjetiva, sino que es necesario acreditar una constatación objetiva de que la dificultad existe derivada de que la norma admite diversas interpretaciones y todas razonables.

En cuanto a la trayectoria intachable siempre hay un primer día y una primera infracción y al particular de lo alegado en relación con el art. 89.2 b) de la LIIC (*“serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las IIC, las sociedades gestoras o los depositarios, quienes ostenten en ellos cargos de administración o dirección, salvo en los siguientes casos: (...) b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad”*) cuando se viene a defender a efectos exoneratorios que *“las funciones específicas en materia de control interno estuvieran específicamente encomendadas a otras entidades y se llevaran a cabo por las mismas bajo la supervisión de otro consejero”* basta señalar que se le imputa y se acredita el incumplimiento de una responsabilidad propia como miembro del Consejo de Administración entrando, además, en contradicción con lo referido en la demanda en cuanto a que se asume que también tenía funciones relevantes y propias al respecto como miembro por entonces del Comité de Riesgos, Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo a nivel de Grupo (ver pag. 11 de la demanda).

El recurso ha de desestimarse.

### **5.- costas**

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte (de ser varios, en partes iguales), que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho, sin limitación de cuantía, y sin perjuicio de supeditar este pronunciamiento sobre costas a los efectos derivados de la condición de beneficiaria/o/s de la asistencia jurídica gratuita si es que se hubiera solicitado y obtenido teniendo en cuenta lo preceptuado en los arts. 394.3 Ley de Enjuiciamiento Civil y 36.2 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita.

### **FALLO**

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

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **DON SM** contra la resolución Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar las resoluciones impugnadas por su conformidad a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente en los términos que resultan del último fundamento jurídico de la presente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión

máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1- 3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.