Resolución de Superintendente Nº 044-2011-EF/94.01.2

Lima, 2 de noviembre de 2011

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente N° 2010040504, el Memorando Nº 2174-2011-EF/94.04.1 de fecha 30 de septiembre de 2011 de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución Directoral de Patrimonios Autónomos Nº 13-2011-EF/94.06.2 (en adelante, la RESOLUCIÓN) de fecha 12 de mayo 2011, se resolvió, entre otros: (i) Desestimar el reclamo interpuesto por el señor Alfonso Germán Lengua Rejas (en adelante, el PARTÍCIPE) contra Scotia Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A. (en adelante, SCOTIA FONDOS) para la devolución de los aportes realizados en el fondo mutuo de inversión denominado "Scotia Fondo Premium Dólares FMIV"; y (ii) Declarar improcedente el pedido del PARTÍCIPE en el extremo que solicita indemnización por daños y perjuicios y lucro cesante;

Que, mediante escrito presentado el 17 de mayo de 2011, el PARTÍCIPE interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN. Dicho recurso se sustenta en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que resumidamente señalamos: (i) Se han violado todos los plazos y términos establecidos en la Ley N° 27444, sin justificación alguna, incurriendo en responsabilidad por el retardo en la administración de justicia y el consecuente perjuicio al reclamante; (ii) La RESOLUCIÓN no cumple con los requisitos que señalan los artículos 5º y 6º de la Ley N° 27444, al no haber compulsado ni menos evaluado todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas; tampoco se ha motivado la RESOLUCIÓN en la forma y modo que dispone el citado artículo 6°; (iii) Existen pruebas que demuestran que SCOTIA FONDOS incurrió en una falta grave pasible de sanción por parte de CONASEV; (iv) El daño irrogado al PARTÍCIPE con la operación de rescate fraudulenta no ha sido debidamente reparado ni resarcido, porque no se ha valorizado el valor cuota de los rescates efectuados; (v) El resarcimiento de daños debe incluir el pago del impuesto a la renta que el PARTÍCIPE debió realizar por el rescate indebido y el pago de los derechos del presente procedimiento; (vi) La RESOLUCIÓN pone fin a la instancia administrativa alegando causas sobrevenidas, sin justificación adecuada; (vii) El artículo 20° de la Resolución CONASEV N° 068-2010-EF/94.01.1 establece la responsabilidad y la obligación de indemnizar a los partícipes por parte de las empresas administradoras de fondos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que corresponda a las personas implicadas;

Que, mediante el Memorando Nº 1103-2011-EF/94.06.2 de fecha 19 de mayo de 2011, la Dirección de Patrimonios Autónomos calificó el recurso interpuesto como uno de apelación al no encontrar nuevas pruebas como sustento de la impugnación y lo elevó a la entonces Gerencia General de CONASEV[1];

Que, el recurso de apelación cumple con los requisitos establecidos en los artículos 113º, 207°, 209° y 211° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444[2] (en adelante, la LPAG) dado que fue interpuesto dentro del plazo de 15 días de notificado el acto administrativo, se encuentra fundamentado y fue autorizado por letrado;

Que, sobre el argumento referido al incumplimiento de los plazos y términos que establece la LPAG y el consecuente perjuicio al reclamante, debe resaltarse que conforme al artículo 131° de la LPAG[3], la administración debe cumplir con los términos y plazos establecidos para cada tipo de procedimiento, sin embargo, en el presente caso no existe disposición alguna que determine un plazo para las indagaciones previas al procedimiento trilateral, por lo que no ha existido incumplimiento de plazos como señala el PARTÍCIPE, ni menos afectación al reclamante por el ejercicio regular de las facultades de la SMV;

---

[1] Mediante el artículo 1 de la Ley Nº 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores; publicada el 28 julio 2011, se sustituye la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) por la de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

[2] **Artículo 113.- Requisitos de los escritos**
Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:
1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

Artículo 207º.- Recursos administrativos
(...)
207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

Artículo 209.- Recurso de Apelación.- El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

Artículo 211.- Requisitos del recurso
El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el Artículo 113 de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado.

[3] **Artículo 131.- Obligatoriedad de plazos y términos**
131.1 Los plazos y términos son entendidos como máximos, se computan independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la administración y a los administrados, sin necesidad de apremio, en aquello que respectivamente les concierna.
131.2 Toda autoridad debe cumplir con los términos y plazos a su cargo, así como supervisar que los subalternos cumplan con los propios de su nivel.
131.3 Es derecho de los administrados exigir el cumplimiento de los plazos y términos establecidos para cada actuación o servicio.

Que, por otro lado, el PARTÍCIPE sostiene que no se han evaluado todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el expediente, lo que viola el artículo 5° de la LPAG;

Que, sobre dicho argumento debe resaltarse que el artículo 5.4° de la LPAG establece que "*El contenido (del acto administrativo) debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados"*, dicho mandato legal implica que mediante la decisión administrativa se debe emitir opinión sobre la pretensión concreta y sobre los argumentos expuestos;

Que, en el presente caso, la RESOLUCIÓN desestimó la reclamación interpuesta por el PARTÍCIPE al haberse determinado que SCOTIA FONDOS había cumplido con todas sus obligaciones frente al reclamante producto del rescate de cuotas no autorizado y a su vez declaró improcedente la pretensión referida a una indemnización por daños y perjuicios, al ser dicha materia competencia del Poder Judicial. En consecuencia, la RESOLUCIÓN se ha pronunciado expresamente sobre las pretensiones del PARTÍCIPE;

Que, la Dirección de Patrimonios Autónomos analizó la documentación remitida por SCOTIA FONDOS y el PARTÍCIPE, determinó el valor de las cuotas de participación, verificó la devolución del monto correspondiente al rescate efectuado, el pago de los gastos vinculados a la inversión, la devolución de lo retenido por impuesto a la renta, así como la improcedencia de la pretensión del PARTÍCIPE relativa a daños y perjuicios y lucro cesante;

Que, asimismo, el PARTÍCIPE sostiene que la RESOLUCIÓN no fue motivada en la forma y modo que dispone el artículo 6° de la LPAG;

Que, respecto de la motivación de los actos administrativos, el artículo 6° de la LPAG[4] establece que la motivación debe ser expresa y contener tanto la relación concreta de los hechos relevantes del caso como la exposición de las razones jurídicas y normativas que sustentan la decisión, asimismo, puede motivarse un acto administrativo mediante la declaración de conformidad con las conclusiones de un informe anterior, siempre que se le identifique claramente y que por esta situación constituya parte integrante del respectivo acto;

[4] **Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes del expediente a condición que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

Que, sobre las formas de motivación del acto administrativo, el profesor Juan Carlos Morón Urbina[5] señala que:

> *"Adicionalmente, el artículo 6.2 permite que se pueda motivar mediante la aceptación íntegra de los pareceres o dictámenes previos existentes en el expediente, en cuyo caso será necesario solo la cita expresa del documento que le sirve de sustento y de su ubicación dentro del expediente para la accesibilidad del administrado (motivación in aliunde)."*

Que, en el presente caso, el primer párrafo de la RESOLUCIÓN cita expresamente el Informe Nº 279-2011-EF/94.06.2 del 12 de mayo de 2011 (en adelante, el INFORME) como antecedente justificativo y hace referencia al expediente que lo contiene signado con el N° 2010040504, por lo que la evaluación del acto impugnado a cargo de esta Superintendencia considera a dicho informe como parte integrante del acto mismo;

Que, la RESOLUCIÓN realiza una síntesis de la evaluación de las cuestiones de hecho y de derecho contenidas en el INFORME, donde se analizan expresamente los hechos relevantes del caso y las normas pertinentes contenidas en la LPAG sobre causas sobrevinientes que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, en el Código Procesal Civil sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles y el Reglamento de Organización y Funciones de la CONASEV, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF (en adelante, ROF), que atribuye competencia a la Dirección de Patrimonios Autónomos para desestimar los reclamos presentados por los participes del mercado cuando de las diligencias preliminares se concluya que no procede emitir mandato por parte del supervisor u otra acción administrativa;

Que, respecto de los problemas de motivación, el PARTÍCIPE señala que no se valorizaron las cuotas de participación para determinar el monto adeudado por SCOTIA FONDOS;

Que, sobre dicho argumento, consta en el INFORME que la Dirección de Patrimonios Autónomos determinó que el monto abonado como ganancia de rentabilidad coincidía con la evolución del valor cuota del fondo mutuo denominado "Scotia Fondo Premium Dólares FMIV" entre el día en el que se produjo el rescate, 25 de noviembre de 2010, y la fecha en la que el partícipe volvió a suscribir las cuotas de participación, 30 de noviembre de 2010;

Que, asimismo, la Dirección de Patrimonios Autónomos verificó que la sociedad administradora cumplió con abonar el dinero correspondiente a la diferencia de ganancia por rentabilidad, la misma que fue acreditada por SCOTIA FONDOS mediante la remisión de la correspondiente orden de transferencia de pago y que obra en el Expediente N° 2010040504;

Que, adicionalmente, el PARTÍCIPE sostiene que la RESOLUCIÓN pone fin a la instancia administrativa alegando causas sobrevenidas que determinan la imposibilidad de continuarlo pero no expresa, en forma clara y

[5] MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Novena Edición. Página 158.

precisa, cuáles son estas causas sobrevenidas, por lo que su pronunciamiento deviene en nulo de acuerdo con lo señalado por los artículos 8° y siguientes de la LPAG, el artículo 6° del ROF y sobre todo por el texto constitucional expreso que prohíbe las instancias únicas en sede administrativa;

Que, en el presente caso, el INFORME señala claramente que con posterioridad a la presentación del reclamo del PARTÍCIPE, la empresa administradora cumplió con pagarle la diferencia entre el monto rescatado y el monto suscrito ascendente a US$ 0.10 (10/100 Dólares de los Estados Unidos de América) el día 30 de diciembre de 2010, por lo que al no existir monto adicional que devolver al PARTÍCIPE, correspondía aplicar el artículo 186° de la LPAG para dar por concluido el procedimiento. Sobre el archivo del procedimiento, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 32° literal i) del ROF[6], la Dirección de Patrimonios Autónomos puede desestimar reclamos cuando de las diligencias preliminares se determine que no procede emitir mandato alguno por parte de la SMV u otra acción administrativa;

Que, en consecuencia, el acto impugnado no se encuentra incurso en las causales de nulidad establecidas en el artículo 10° de la LPAG ni viola las disposiciones contenidas en el ROF como señala el PARTÍCIPE ni mucho menos el principio de la pluralidad de instancias contenido en el numeral 6 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, porque dicho principio es garantía del proceso judicial y no del procedimiento administrativo. En todo caso, es claro que el PARTÍCIPE goza de una segunda instancia administrativa mediante el presente pronunciamiento;

Que, por otro lado, el PARTÍCIPE sostiene que la SMV renuncia a su obligación de supervisar las operaciones de los fondos mutuos y sancionarlas con arreglo a la ley perjudicando gravemente los intereses de los partícipes;

Que, respecto de este argumento, debe señalarse que la evaluación de una posible sanción a SCOTIA FONDOS por el incumplimiento de las normas que regulan su actuación como administradora de fondos mutuos no fue materia del presente procedimiento, pues de acuerdo con el artículo 234° de la LPAG, "*para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentario establecido".* En el presente caso, el PARTÍCIPE buscaba la solución de un reclamo de índole económico, por lo que este argumento carece de fundamento;

Que, sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que mediante Oficio N° 2285-2011-EF/94.06.2 de fecha 27 de mayo de 2011, la Dirección de Patrimonios Autónomos comunicó al PARTÍCIPE los resultados de sus

[6] **Artículo 32°.- FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE PATRIMONIOS AUTÓNOMOS**
Las funciones de la Dirección de Patrimonios Autónomos son:
(…)

i. Desestimar, de acuerdo a ley, las denuncias o reclamos contra los supervisados, cuando de las diligencias preliminares se haya determinado que no procede iniciarse un procedimiento administrativo sancionador ni emitir mandato por parte de CONASEV u otra acción administrativa;

investigaciones[7], en estricto cumplimiento de la parte final del artículo 105.3° de la LPAG que dispone que "*el rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado";*

Que, como argumento final, el PARTÍCIPE señala que le corresponde una indemnización por daños y perjuicios que incluya el pago del impuesto a la renta por el rescate no solicitado de cuotas de participación y el pago de la tasa por procedimiento trilateral ante CONASEV. Sustenta su pedido en el artículo 20° del Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y sus Sociedades Administradoras, aprobado mediante Resolución CONASEV Nº 068-2010-EF/94.01.1 (en adelante, el Reglamento de Fondos Mutuos) que señala lo siguiente:

> *"**Artículo 20°.- OBLIGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD.-***
> *La sociedad administradora es responsable y está obligada a indemnizar a los fondos mutuos y/o a los partícipes por los perjuicios que ella o cualquiera de sus funcionarios, dependientes, o personas que le presten servicios les causaren como consecuencia de infracciones a la Ley, al Reglamento, al prospecto simplificado, reglamento de participación o contrato de administración, de ser el caso; o por dolo, abuso de facultades, negligencia grave y, en general, por el incumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que corresponda a las personas implicadas."*

Que, el artículo arriba glosado no otorga facultades especiales al supervisor estatal para otorgar reparaciones civiles, sino que señala que la responsabilidad de la sociedad administradora (que debe entenderse como civil) es distinta de la responsabilidad que pueda atribuirse a las personas naturales involucradas directamente con los hechos que afecten a sus clientes, otorgarle otro sentido al dispositivo en mención violaría el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional contenido en el numeral 1 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú;

Que, por otro lado, debe tenerse en cuenta que, según la documentación que obra en el expediente, SCOTIA FONDOS cumplió con abonar en su totalidad el dinero correspondiente al impuesto a la renta;

Que, en consecuencia, esta Superintendencia no tiene competencia para otorgar reparaciones civiles, pues no existe norma legal que le otorgue dicha facultad, esto en aplicación del principio de legalidad contenido en el numeral 1.1 del Art. IV del Título Preliminar de la LPAG que señala: "*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas"*; y

[7] De lo expuesto en el presente informe se ha determinado que, pese a que SCOTIA FONDOS ha incurrido en infracción grave sancionable con multa mayor a veinticinco (25) UIT y hasta cincuenta (50) UIT, o suspensión de la autorización de funcionamiento, hasta por veinte (20) días, dicha infracción ya había sido subsanada por la sociedad administradora antes de que la Dirección tomara conocimiento de la infracción cometida.

Asimismo, se ha determinado que la infracción en la que habría incurrido SCOTIA FONDOS, cumple de manera conjunta con las condiciones establecidas en el artículo 32 del REGLAMENTO DE SANCIONES para que la Dirección decida abstenerse de iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Estando a lo dispuesto por la Ley N° 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, y por el segundo párrafo del artículo 7° de la Resolución de Superintendente N° 001-2011-EF/94.01.2;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el señor Alfonso Germán Lengua Rejas contra la Resolución Directoral de Patrimonios Autónomos Nº 13-2011-EF/94.06.2.

Artículo 2°.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 3°.- Transcribir la presente resolución al señor Alfonso Germán Lengua Rejas.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente resolución en el Portal de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Signed by: LILIAN DEL CARMEN ROCCA CARBAJAL
Signing time:Thursday, November 3 2011, 1:40:55 GMT
Reason to sign: RSUP 044-2011

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores

Signed by: Angel Estuardo Valladares Panaifo
Signing time:Monday, October 17 2011, 23:26:57 GMT

Signed by: LILIANA GIL VASQUEZ
Signing time:Tuesday, October 18 2011, 14:8:38 GMT