Resolución de Superintendente Nº 036-2012-SMV/02

Lima, 27 de febrero de 2012

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente N° 2011003988, el Memorándum Nº 173-2012-SMV/06 de fecha 23 de enero de 2012 de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 104-2011-EF/94.01.3, de fecha 18 de mayo de 2011, en adelante, la RESOLUCIÓN, se sancionó a GLORIA S.A., en adelante, GLORIA, con una multa equivalente a 25 UIT al no cumplir con presentar a la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV[1]): (i) la finalización de la designación como Gerente del sistema SAP del señor Mario Hernán Del Castillo Cuba acordada el 01 de julio de 2008, siendo efectiva el 01 de septiembre de 2008; (ii) la finalización de la designación como Gerente General de División de Alimentos del señor Luis Benavides González del Riego acordada el 01 de julio de 2008, siendo efectiva el 01 de septiembre de 2008; (iii) el cambio del señor Francisco M. Podestá Haustein, Gerente Corporativo de Tesorería por el señor Felix Martín Novoa Herrera decidido el 01 de julio de 2008, con vigencia el 29 de agosto y 01 de septiembre de 2008, respectivamente; (iv) la finalización de la designación como Gerente Central de Contabilidad del señor Narciso Moreno Rodríguez acordada el 01 de julio de 2008; (v) el cambio de designación del señor Félix Martín Novoa Herrera, Gerente Corporativo de Tesorería por el Gerente Corporativo de Finanzas del cargo, acordado por la Gerencia General el 02 de septiembre de 2008; (vi) la amortización parcial de la serie A de la Octava Emisión del Segundo Programa de Bonos Corporativos, efectuada el 27 de octubre de 2008; (vii) la amortización parcial de la Serie A de la Tercera Emisión del Segundo Programa de Bonos Corporativos, efectuada el 14 de agosto de 2009; (viii) la redención total de la Serie A de la Primera Emisión del Segundo Programa de Papeles Comerciales, efectuada el 17 de agosto de 2009; (ix) la redención total de la Serie B de la Primera Emisión del Segundo Programa de Papeles Comerciales, efectuada el 11 de febrero de 2010; (x) la amortización parcial de la Serie A de la Quinta Emisión del Segundo Programa de Bonos Corporativos, efectuada el 04 de marzo de 2010; (xi) la finalización de la designación como Gerente Corporativo de Sistema del señor Juan Alberto García Orams, efectuada por la Gerencia General el 16 de abril de 2010; (xii) la amortización parcial de la Serie A de la Octava Emisión del Segundo Programa de Bonos Corporativos, efectuada el 26 de abril de 2010; y, (xiii) la designación del señor Rafael Augusto Alegría Galarreta como

[1] Mediante el Artículo 1 de la Ley Nº 29782, 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).

Gerente Corporativo de Sistemas, acordada por la Gerencia General el 24 de mayo de 2010;

Que, mediante escrito presentado el 14 de junio de 2011, GLORIA interpuso recurso de apelación contra la precitada resolución, argumentando lo siguiente:

- La sanción no guarda proporción con los hechos supuestamente sancionables, esto porque los mismos ocurrieron en el año 2008, y según sostiene la propia Resolución, al analizar los criterios de sanción: los mismos no han originado perjuicio económico a los inversionistas en el mercado de valores, no han generado beneficio ilegal alguno a GLORIA y no existe intencionalidad de GLORIA en la comisión de la infracción, por lo que no existe ninguna justificación para la excesiva sanción impuesta, resultando desproporcionada.

- Los hechos supuestamente sancionables no han causado variación en los precios de valores mobiliarios que GLORIA mantiene listados en la Bolsa de Valores de Lima, ni ha influido en la decisión de los inversionistas para invertir o no en instrumentos financieros. Asimismo, considera que no existe prueba respecto a la afirmación contenida en la resolución sancionatoria respecto a que la inobservancia de plazos produce desorden, desconcierto e incertidumbre, al privarse a los inversionistas reales y potenciales y al público en general de contar con la información para adoptar decisiones.

- Por lo tanto, la infracción por incumplimiento de plazo no cumple con el principio de razonabilidad, el mismo que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 200º de la Constitución Política del Perú, el cual no solo es una garantía de seguridad jurídica, sino también de concretas exigencias de justicia material y que la LPAG, en el artículo IV, numeral 1.4 habla sobre este principio, ocasionando vicio que acarrea la nulidad de la Resolución, conforme el artículo 10, numeral 1 de la LPAG.

- Por otro lado señala que la infracción es leve y que la sanción puede ser disminuida hasta el máximo permitido por la normativa, debiendo tenerse en cuenta que al haberse impuesto la multa más alta permisible para las infracciones leves, se ha consumado la desproporcionalidad y la ilegalidad de la sanción, por lo que vicia la resolución de nulidad, donde no se ha ponderado adecuadamente la conducta de GLORIA y los Actuales Criterios de Sanción y se han soslayado los principios fundamentales sobre inejecución de obligaciones.

- Finalmente, solicita que se declare fundada la nulidad deducida, o si fuera el caso, fundado en parte este recurso, para que en aplicación del principio de razonabilidad se disminuya la sanción impuesta.

Que, se ha verificado que el recurso de apelación presentado ha observado lo dispuesto por los artículos 207º, 209º y 211º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), ha sido interpuesto dentro del plazo establecido, y cumple con los requisitos que señala el artículo 113º de la mencionada ley;

Que, sobre el argumento de GLORIA, respecto a que la sanción no guarda proporción con los hechos supuestamente sancionables, se debe indicar lo siguiente:

- Los hechos sancionados no ocurrieron solo en el año 2008 como lo indica GLORIA, sino que corresponden a los hechos que ocurrieron durante el periodo comprendido desde julio 2008 al 30 de junio de 2010, luego de la evaluación del cumplimiento de la presentación de los hechos de importancia tanto a la CONASEV (ahora SMV) como a BVL, llevado a cabo por la Dirección de Emisores.
- Las sanciones impuestas tomaron en cuenta el incumplimiento del plazo señalado por la normativa para informar los hechos de importancia, tal como se aprecia en los considerandos 32 al 40 de la Resolución sancionatoria, el Tribunal Administrativo evaluó cada uno de los hechos de importancia e informó, según los Actuales Criterios de Sanción difundidos a través del Portal del Mercado de Valores Peruano (www.smv.gob.pe), el tipo de calificación que le correspondería aplicar a cada caso.

Que, a los fines de evaluar la argumentación de GLORIA acerca de que la sanción impuesta debiera ser menor en tanto que le favorecen tres de los criterios aplicables, es necesario realizar un análisis respecto a la aplicación de los criterios de sanción por parte del Tribunal Administrativo a fin de determinar la procedencia de dicho planteamiento.

a. **La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido**, en el caso de infracciones a las normas sobre remisión de información periódica o eventual, el daño al interés público y /o bien jurídico protegido se concretiza en el daño a la transparencia en el mercado de valores, la cual se traduce en la capacidad de un mercado para brindar a los inversionistas información suficiente, veraz y oportuna sobre la situación de la empresa emisora y sus valores, con la finalidad de que los mismos puedan tomar decisiones informadas y eficientes. En ese sentido, desde que existe un retraso en la entrega de la información hay de por medio un daño al interés público y bien jurídico tutelados, toda vez que los inversionistas destinatarios de dicha información no podrán contar con la misma en el momento oportuno de conformidad con los plazos establecidos por la norma.

   Asimismo, para este tipo de infracción, el criterio referido al perjuicio causado y su repercusión en el mercado establecido en el artículo 348º de la LMV, evalúa el daño o perjuicio ocasionado al mercado de valores por el quebrantamiento al principio de transparencia.

   Respecto de la evaluación de dichos criterios, se observa que el considerando 48 de la Resolución señala que, en el caso del mercado de valores, el criterio de "la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido" de la LPAG se encuentra comprendido en el criterio "perjuicio causado y su repercusión en el mercado" contemplado en la LMV. Ahora bien, dicho párrafo debe entenderse en el sentido de que la evaluación del perjuicio causado y su repercusión en el mercado, implica la evaluación del criterio de la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico, puesto que en el caso de infracciones a las normas sobre remisión de información periódica o eventual, ambos criterios evalúan los mismos aspectos, es decir, la afectación al principio de transparencia del mercado; motivo por el cual, estos criterios han sido evaluados correctamente por el Tribunal Administrativo.

b. **El perjuicio económico causado**, este criterio se encuentra establecido en el literal b) del inciso 3 del artículo 230º de la LPAG y evalúa la afectación

económica concreta que genera la infracción a las normas que regulan la presentación de información periódica o eventual sobre los inversionistas del mercado de valores. Al respecto, en el considerando 49 de la Resolución se ha señalando que *"no obra en el expediente evidencia en el sentido que la infracción en la que ha incurrido GLORIA haya ocasionado perjuicio económico a algún inversionista en el mercado de valores";* por lo que, dicho criterio ha sido debidamente evaluado,

Sin embargo, si bien no existe evidencia de la existencia de perjuicio económico, sí existe un "perjuicio" que se encuentra implícito en la medida que la transparencia del mercado de valores se ve afectada desde el momento que los inversionistas no cuentan oportunamente con la información que requieren para tomar decisiones de inversión.

c. **La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción,** en el caso de infracciones a las normas sobre remisión de información periódica o eventual, el criterio de repetición de la comisión de la infracción establecido en el literal c) del inciso 3 del artículo 230º de la LPAG, evalúa si el infractor ha infringido anteriormente dichas normas; asimismo, de conformidad con el artículo 348° de la LMV deben evaluarse todos los antecedentes del infractor, bajo el ámbito de supervisión y sanción de la SMV[2], lo que incluiría evaluar si el infractor ha infringido repetidamente la norma; motivo por el cual, ambos criterios pueden ser evaluados simultáneamente.

Ahora bien, el último párrafo del artículo 6° del Reglamento de Sanciones establece que: "*para la determinación de la sanción por incumplimiento a las normas que establecen plazos a la remisión de información periódica o eventual del emisor de valores y de las personas jurídicas inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores se aplicarán los* Actuales Criterios de Sanción *que apruebe el Directorio de CONASEV."*

Dichos criterios establecen parámetros para la aplicación de los 3 criterios de razonabilidad contenidas en la LMV, por lo que resultan perfectamente aplicables en la evaluación del presente criterio. En ese sentido, el punto 4.3 de los Criterios de Sanción aprobados por el Directorio en sesión de fecha 13 de abril de 2004 (en adelante, Los Actuales Criterios de Sanción) establece que se entiende que un participante cuenta con antecedentes de sanción cuando al momento de imponérsele una sanción, se detecta que ha sido sancionado con anterioridad, considerando como antecedentes del infractor, las sanciones que le hubieren sido impuestas durante los tres (3) años anteriores a la fecha en la cual se detectó la infracción.

Por lo tanto, según el considerando 46 de la Resolución respecto de los antecedentes del infractor, se puede apreciar que a la fecha GLORIA cuenta con antecedente de sanción, la misma que fue impuesta en el año 2010[3].

[2] Resolución del Tribunal Administrativo N° 029-2011-EF/94.01.1.

[3] Resolución del Tribunal Administrativo Nº 079-2010-EF/94.01.3 del 06 de mayo de 2010, que lo sanciona con multa de 7,14 UIT, equivalentes a S/. 24 990,00 (Veinticuatro Mil Novecientos Noventa y 00/100 Nuevos Soles) por haber presentado información fuera del plazo establecido por el Reglamento de Hechos de Importancia;

d. **La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor**, este criterio establecido en el literal f) del inciso 3 del artículo 230º de la LPAG, evalúa la existencia de dolo o premeditación en la comisión de la falta. En ese sentido, la norma es clara al considerar a la intencionalidad como un criterio para evaluar la sanción a imponerse y no como un elemento constitutivo de la infracción, lo que resulta plenamente aplicable al caso de infracciones a la normativa sobre presentación de información periódica o eventual.

   Con respecto a este criterio, este ha sido evaluado en el considerando 51 de la Resolución, señalando que "*no se ha probado la intencionalidad del administrado en la comisión de la infracción".*

e. **El beneficio ilegalmente obtenido,** criterio establecido en el literal e) del inciso 3 del artículo 230º de la LPAG se refiere al beneficio económico o de otra índole que pueda haber obtenido el infractor como consecuencia directa o indirecta de la comisión de la infracción.

   Ahora bien, este criterio ha sido evaluado en el considerando 50 de la Resolución, precisándose que "*no está acreditado que la infracción incurrida por GLORIA le haya generado beneficio ilegal alguno*".

f. **Las circunstancias de la comisión de la infracción,** criterio que se encuentra establecido tanto en el literal d) del inciso 3 del artículo 230º de la LPAG, como en el artículo 348º de la LMV; por lo que pueden ser valorados como uno solo y teniendo en consideración los parámetros de evaluación aprobados por el Directorio de CONASEV, hoy SMV.

   Ahora bien, la remisión de información periódica o eventual sólo se considera oportuna si se presenta dentro de los plazos establecidos en la normativa. Toda remisión de información, después de dichos plazos constituye un incumplimiento; no obstante, teniendo en cuenta que pudieran presentarse circunstancias ajenas que impidan la remisión de información dentro de los plazos establecidos, los Actuales Criterios de Sanción han considerado el concepto "extemporaneidad" y "omisión" en la presentación de la información requerida por la normativa, teniendo en consideración que no es lo mismo incumplir por un día que nunca cumplir con la exigencia normativa.

Que, sobre lo señalado por GLORIA acerca de que los hechos sancionados no han influido en la decisión de los inversionistas para invertir o no en instrumentos financieros y que las consideraciones sostenidas en la Resolución sobre las consecuencias que ha generado la inobservancia de plazos no han sido acreditadas, por lo que constituyen apreciaciones subjetivas y arbitrarias en perjuicio de la empresa, es necesario indicar que en los casos de remisión de información relativa a hechos de importancia e información financiera, el perjuicio y la repercusión en el mercado se refleja en la imposibilidad que tienen los inversionistas de informarse sobre la situación del emisor, quienes al no contar con dicha información se ven impedidos de adoptar decisiones de inversión en el momento oportuno y de manera eficiente. Es decir, sin importar tipo o tamaño del emisor, el perjuicio se ve reflejado en la asimetría de información que se genera cada vez que el inversionista no puede acceder en tiempo real a la información que necesita para adoptar una decisión de inversión adecuadamente informada, esa situación, sin lugar a dudas, lesiona la transparencia y confianza del mercado;

Que, en la misma línea, no puede pretenderse que toda sanción por incumplimiento en los plazos de remisión periódica o eventual deba sustentarse en una afectación real y cuantificable, pues asumir dicha posición implicaría que los emisores y personas jurídicas sujetas al control de la SMV sólo podrían ser sancionados pecuniariamente de existir un perjuicio económico comprobado, cuando el hecho de que los inversionistas no cuenten con la información requerida por la normativa en los plazos establecidos determina una afectación a la transparencia del mercado, bien jurídico tutelado en estos casos;

Que, adicionalmente, no existe evidencia de la existencia de perjuicio económico al que hace referencia el artículo 230.3 de la LPAG, pero "el perjuicio causado" regulado por el artículo 348° de la LMV se encuentra implícito en la medida que la transparencia del mercado de valores se ve afectada desde el momento que los inversionistas no cuentan oportunamente con la información que requieren para tomar decisiones de inversión;

Que, sobre lo indicado por GLORIA, que la sanción de la infracción por incumplimiento de plazos no cumple con el principio de razonabilidad, esto debido a que la infracción es leve, la sanción puede ser disminuida hasta el máximo permitido por la normativa, por lo que existiría desproporcionalidad e ilegalidad de la sanción, lo que ocasiona vicio que acarrea la nulidad de la Resolución. Al respecto, a través de la aplicación de los Actuales Criterios de Sanción, el Tribunal Administrativo ha ponderado todos los criterios de sanción, luego de lo cual ha determinado la sanción correspondiente; asimismo, debe tenerse en cuenta que cada una de las 13 infracciones se encuentra tipificada como infracción leve y por ello podría corresponderle una sanción que puede ser de una amonestación hasta una multa de 25 UIT;

Que, es necesario reiterar que los Actuales Criterios de Sanción no tienen como finalidad unificar los diferentes incumplimientos que puedan darse en un determinado periodo para así considerarlos como una sola infracción y a partir de dicho monto graduar la multa, sino que reconocen que se trata de obligaciones independientes entre sí que constituyen cada una de manera individual una infracción autónoma y distinta del resto; por lo tanto, si partimos de la premisa que se trata de infracciones independientes, el análisis y la aplicación de los Actuales Criterios de Sanción y del principio de razonabilidad es independiente también. Siendo ello así, los Criterios de Sanción regulan de manera especial aquellos supuestos en los que concurren infracciones de naturaleza leve por incumplimientos de los plazos en la presentación de información financiera y comunicación de hechos de importancia, ello con el propósito de uniformizar las sanciones a imponer, siempre dentro de los límites establecidos por la regulación para las infracciones leves (Amonestación o Multa no menor de 1 UIT y hasta 25 UIT, según corresponda) a los participes por incumplimientos de un mismo tipo de infracción;

Que, por último, la sanción impuesta a GLORIA, tomó en cuenta los Actuales Criterios de Sanción de manera objetiva y justa, cumpliendo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, esto en función a la forma de incumplimiento (extemporaneidad u omisión) en que se dio la remisión de cada tipo de información dentro de un periodo evaluado, por lo que podemos concluir que no existe desproporcionalidad y tampoco vicio de nulidad en el acto administrativo emitido por el Tribunal Administrativo; y,

Estando a lo dispuesto por la Ley N° 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, y por el numeral 26 del artículo 12° del Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 216-2011-EF;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por GLORIA S.A. contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV Nº 104-2011-EF/94.01.3.

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

Artículo 3°.- Transcribir la presente resolución a GLORIA S.A. y a la Bolsa de Valores de Lima S.A.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente resolución en el Portal del Mercado de Valores de la Superintendencia del Mercado de Valores (www.smv.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Signed by: LILIAN DEL CARMEN ROCCA CARBAJAL
Signing time:lunes, febrero 27 2012, 19:23:52 HePS
Reason to sign: RSUP 036-2012

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores

Signed by: LILIANA GIL VASQUEZ