Resolución de Superintendente Nº 171-2012-SMV/02

Lima, 21 de diciembre de 2012

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente Nº 2008028637 y el Memorándum Nº 2578-2012-SMV/06 de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV[1] Nº 001-2011-EF/94.01.3 (en adelante, la RESOLUCIÓN), se declaró que la Empresa Agraria Andahuasi S.A.A. (en adelante ANDAHUASI) incurrió en una infracción leve, dos graves y una muy grave por lo siguiente: i) publicar extemporáneamente, en el diario oficial El Peruano, la información relacionada con el procedimiento de protección al accionista minoritario correspondiente al periodo 2008, ii) omitir en la publicación, los gastos de difusión incurridos en el procedimiento de protección, iii) no presentar a la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV), la documentación referida al procedimiento de protección y iv) omitir publicar el aviso correspondiente en la página web de la sociedad, todas éstas infracciones tipificadas respectivamente, en los numerales 3.1, 2.6, 2.7 y 1.2 del inciso B, Anexo XV del Reglamento de Sanciones, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10;

Que, por la RESOLUCIÓN se sancionó a ANDAHUASI con una multa de 12.1 UIT equivalente a S/. 42 350,00 (Cuarenta y dos mil trescientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles), por la infracción de mayor gravedad incurrida, al haberse evidenciado concurso de infracciones;

Que, contra la RESOLUCIÓN, ANDAHUASI interpuso recurso de apelación, argumentando, entre otros, que reconoció las infracciones incurridas objeto del procedimiento sancionador y solicitó se tomen en cuenta algunos hechos como atenuantes para la determinación de la sanción a imponer. Señala, asimismo, que si bien realizó de forma extemporánea la publicación de la información a la que estaba obligada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 262-A de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), lo hizo antes de recibir cualquier notificación de la SMV y que la calificación como omisión del envío de información a la SMV, se debe a un criterio aprobado por el Directorio en sesión del 11 de abril de 2005 y no es una falta de entrega de la información propiamente dicha;

Que, en cuanto a la publicación del aviso en la página web de la sociedad, ANDAHUASI señala que en los últimos años el funcionamiento de su página web ha sido intermitente, lo cual, aunado a los problemas societarios existentes, le impidieron ingresar y visualizar el aviso con la información señalada en el artículo 262-A de la LGS. Adicionalmente, manifiesta que la obligación de colgar el citado aviso se

[1] Mediante artículo 1° de la Ley N° 29782, publicada el 28 de julio de 2011, se sustituye la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) por la de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

da en el supuesto que la empresa cuente con una página web o al menos cuando ésta se encuentra funcionando adecuadamente;

Que, asimismo, ANDAHUASI menciona que considera excesiva la multa impuesta ascendente a 12.1 UIT, toda vez que si bien el Tribunal Administrativo (en lo sucesivo, el TRIBUNAL) declara haber aplicado el principio de razonabilidad, impuso una sanción en un monto mayor al 50% de lo recomendado por el Informe N° 043-2010-EF/94.06.3 emitido por la Dirección de Emisores, que fue imponer una sanción correspondiente a la clasificación inmediatamente inferior a la prevista (una multa de 07 UIT);

Que, adicionalmente, ANDAHUASI precisa que no se han considerado algunos aspectos señalados en el Informe N° 043-2010-EF/94.06.3 como son:

a) Respecto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, que no obra en el expediente documentación o información que evidencie que algún accionista minoritario pudiere haberse afectado por las infracciones cometidas por ANDAHUASI;

b) Respecto al perjuicio económico causado, que en el expediente no existe documentación o información que constituya evidencia de una afectación directa y concreta a algún accionista en particular;

c) Respecto al beneficio ilegalmente obtenido, que no se encuentra acreditado que ANDAHUASI haya obtenido un beneficio que guarde relación directa con las infracciones cometidas;

d) Respecto a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, que no se ha comprobado que ANDAHUASI haya incurrido intencionalmente en la comisión de las infracciones;

Que, ANDAHUASI manifiesta que el TRIBUNAL ha reconocido que el hecho de haber presentado la información de manera previa a la notificación de los cargos constituye una atenuante de responsabilidad, que se debe considerar al momento de imponer la sanción; por lo que considera que el TRIBUNAL debió tomar en cuenta la recomendación señalada en el Informe N° 043-2010-EF/94.06.3, y solicita que, en atención a las atenuantes descritas, se le imponga una sanción de multa correspondiente a la clasificación inmediatamente inferior a la prevista, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Sanciones;

Que, se ha verificado que el recurso de apelación interpuesto ha observado lo dispuesto por los artículos 207º y 211º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante LPAG);

Que, analizados los argumentos esgrimidos por ANDAHUASI, se observa que éstos no pretenden desvirtuar las infracciones imputadas, sino que se atenúe el *quantum* de la sanción como es la presentación de la información antes de que se haya efectuado la notificación de los cargos;

Que, el TRIBUNAL, al emitir la RESOLUCIÓN, merituó lo señalado en el Informe Nº 043-2010-EF/94.06.3 y valoró los criterios previstos en el artículo 230, inciso 230.3 de la LPAG y en el artículo 6 del Reglamento de Sanciones, así como la atenuante de responsabilidad indicada en el artículo 236-A, inciso1 de la LPAG, y como consecuencia de ello, sancionó a ANDAHUASI, por haber incurrido en la infracción calificada muy grave, según el numeral 1.2, inciso B del Anexo XV del Reglamento de Sanciones, con una multa equivalente a 12.1 UIT;

Que, no obstante lo expuesto, se debe considerar que los artículos 262-A y 262-C de la LGS, en los cuales se sustentaban los tipos infractorios imputados y por los que fue sanciona ANDAHUASI, han sido objeto de varios cambios y, finalmente, el artículo 262-C fue derogado[2].

Que, el texto vigente, a partir del 01 de enero de 2009, del artículo 262-A de la LGS es el siguiente:

> ***"Artículo 262-A.- Procedimiento de Protección de Accionistas Minoritarios.***
>
> *A fin de proteger efectivamente los derechos de los accionistas minoritarios, la sociedad deberá difundir en un plazo que no excederá de los sesenta (60) días de realizada la Junta Obligatoria Anual o transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 114, lo que ocurra primero, lo siguiente:*
>
> 1. *El número total de acciones no reclamadas y el valor total de las mismas, según la cotización vigente en el mercado de valores. En caso de no existir cotización vigente, deberá consignarse el valor nominal de las acciones;*
> 2. *El monto total de los dividendos no cobrados y exigibles conforme al acuerdo de declaración de dividendos;*
> 3. *El lugar donde se encuentran los listados con información detallada, así como el lugar y el horario de atención para que los accionistas minoritarios puedan reclamar sus acciones y/o cobrar sus dividendos;*
> 4. *El listado de accionistas que no han reclamado sus acciones y/o dividendos; y,*
>
> *Dicha difusión deberá ser efectuada en la página web de la sociedad si la tuviera y en el Portal del Mercado de Valores de CONASEV. Adicionalmente, podrán utilizarse otros medios de difusión masiva.*
>
> *Para aquellas sociedades que se encuentran en liquidación, situación de insolvencia o con patrimonio negativo, la obligación a que hace referencia el primer párrafo del presente artículo, se entenderá cumplida con la sola publicación de un aviso que indique el lugar donde se encuentre la información antes requerida y el horario de atención."*

Que, a consecuencia de los cambios normativos producidos, mediante Resolución SMV Nº 006-2012-SMV/01, del 30 de marzo de 2012, los tipos infractorios contenidos en los numerales 2.6, 2.7 y 3.1 del inciso B del Anexo XV del Reglamento de Sanciones, vigentes al inicio del procedimiento sancionador, fueron derogados; asimismo, si bien el tipo infractorio contenido en el numeral 1.2. del inciso B del Anexo XV del Reglamento de Sanciones, fue modificado, dicho tipo mantiene como infracción la conducta por la cual fue sancionada ANDAHUASI, toda vez que su texto actual es el siguiente: "*Omitir la difusión que dispone el artículo 262-A de la Ley General de Sociedades, en la página web de la sociedad, en el caso que la tuviera, o en el Portal del Mercado de Valores de la SMV*."[3]

Que, el numeral 5 del artículo 230° de la LPAG establece como principio de la potestad sancionadora administrativa el de irretroactividad, el cual admite como excepción la aplicación retroactiva de las normas más favorables[4]. La aplicación retroactiva de la norma más favorable tiene distintas expresiones, siendo la

---

[2] La Cuarta Disposición Final Complementaria del Decreto Legislativo N° 1061, publicada el 28 de junio de 2008, modificó el primer y penúltimo párrafo del artículo 262-A y totalmente el artículo 262-C de la LGS. Asimismo, la Quinta Disposición Final Complementaria del referido dispositivo legal, derogó el numeral 5º del artículo 262-A. Posteriormente, la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29782, vigente desde el 29 de julio de 2011, derogó totalmente el artículo 262-C.

[3] El texto vigente a la comisión de la infracción señalaba lo siguiente*: "Omitir la publicación en la página web de la sociedad en el caso que la tuviera".*

[4] **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (…)
5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

más destacable que *"… habrán de quedar impunes aquellas conductas cuya norma tipificadora, vigente cuando se cometieron los hechos antijurídicos, haya sido derogada con carácter previo al momento de resolver definitivamente sobre la responsabilidad del infractor."*[5]

Que, en el presente caso, resulta de aplicación el principio de retroactividad señalado en el inciso 5 del artículo 230° de la LPAG, que establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le resulten más favorables, como ocurre en el presente caso;

Que, ello implica que, para imponer sanciones, las conductas, además de estar tipificadas en la norma vigente al momento de su comisión, deben estarlo también al momento de imponerse la sanción. En ese sentido ya no existiría concurso de infracciones, por lo que correspondería sancionar a ANDAHUASI por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 1.2 del inciso B del Anexo XV del Reglamento de Sanciones;

Que, debe precisarse que el inadecuado funcionamiento de la página web de ANDAHUASI no puede constituir un eximente de responsabilidad, pues, como parte de la diligencia exigible a la sociedad, ésta debe adoptar las medidas necesarias para mantener su página web en un óptimo funcionamiento;

Que, en aplicación del Principio de Razonabilidad, recogido por el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, que establece que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción y, en mérito a lo señalado en los considerandos 34 a 37 de LA RESOLUCIÓN, en los cuales se evalúan los criterios de sanción y la atenuante de responsabilidad señalada en el artículo 236-A inciso 1 de la LPAG, resaltando, entre éstos, que no existen evidencias de que algún accionista minoritario se haya afectado de manera directa y concreta, que no se encuentra acreditado que ANDAHUASI haya obtenido un beneficio que guarde relación directa con la infracción incurrida y que presentó la información de manera previa a la notificación de los cargos, al amparo de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 6º del Reglamento de Sanciones, se considera que existen elementos que permiten aplicar a ANDAHUASI una sanción correspondiente a una clasificación inferior a la prevista, es decir, a una infracción de naturaleza grave;

Que, el inciso A del Anexo XV del Reglamento de Sanciones establece que cuando la infracción sea calificada como grave, se aplicará al infractor una sanción de multa mayor de cinco (5) UIT y hasta doce (12) UIT; 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 la Empresa Agraria Andahuasi S.A.A contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV Nº 001-2011-EF/94.01.3.

[5] GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador.* Tirant Le Blanch, 5ª Ed. Ampliada, 1998, p. 114. Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Gaceta Jurídica, Lima, 2007. P. 663.

Artículo 2°.- Dejar sin efecto los artículos 1°, 2° y 3° de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 001-2011-EF/94.01.3.

Artículo 3°.- Reformar, en aplicación del principio de irretroactividad contemplado en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la sanción impuesta a la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi S.A.A. por el artículo 5° de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 001-2011-EF/94.01.3 y, en consecuencia, imponerle una multa equivalente a 6 UIT ascendente a S/. 21 000.00 (Veintiún mil y 00/100 Nuevos Soles) por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 1.2 inciso B del Anexo XV del Reglamento de Sanciones.

Artículo 4°.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 5°.- Transcribir la presente resolución a la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi S.A.A. y a la Bolsa de Valores de Lima S.A.

Artículo 6°.- 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: ROCCA CARBAJAL Lilian Del Carmen (FAU20131016396)
Signing time: viernes, diciembre 21 2012, 18:07:20 HePS
Reason to sign: RSUP 171-2012

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores

Signed by: VARGAS PIÑA Julio Cesar (FAU20131016396)

Signed by: GIL VASQUEZ Liliana (FAU20131016396)