

Resolución de Superintendente N° 026-2013-SMV/02

Lima, 26 de febrero de 2013

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente N° 2010000709 y el Memorándum N° 066-2013-SMV/06 del 08 de enero de 2013 de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución del Tribunal Administrativo de la SMV N° 200-2011-EF/94.01.3 de fecha 22 de septiembre de 2011 (en adelante, la Resolución) se resolvió, entre otros: (i) declarar que Emerald Beach INC (en adelante, EMERALD) ha incurrido en la infracción tipificada en el numeral 3.2 del inciso 3 del Anexo I del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 (en adelante, el Reglamento de Sanciones), que establece como infracción leve: *“Realizar transacciones fuera de rueda de bolsa, con valores inscritos en el Registro, sin el concurso de un agente de intermediación, con excepción de los casos autorizados por la normativa”*, e imponerle una sanción de amonestación; (ii) declarar que el señor José Agustín De Aliaga Fernandini (en adelante, el Sr. De Aliaga) ha incurrido en la infracción tipificada en el numeral 3.2 del inciso 3 del Anexo I del Reglamento de Sanciones, que establece como infracción leve: *“Realizar transacciones fuera de rueda de bolsa, con valores inscritos en el Registro, sin el concurso de un agente de intermediación, con excepción de los casos autorizados por la normativa”*, e imponerle una sanción de amonestación; y (iii) declarar que Inversiones y Servicios Financieros S.A. (en adelante, INSERFINSA) ha incurrido en la infracción tipificada en el numeral 2.10 del inciso 2 del Anexo I del Reglamento de Sanciones que establece como una infracción grave: *“No llevar o no mantener actualizados, del modo que lo exige la normativa, los libros, registros y archivos correspondientes.”*, e imponerle una sanción de amonestación;

Que, mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2011, INSERFINSA, EMERALD y el Sr. De Aliaga interpusieron recurso de apelación contra la Resolución, el mismo que se sustenta en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que resumidamente señalamos:

No se ha cometido infracción, puesto que en las transferencias de acciones cuestionadas no existía la obligación de hacer participar a una sociedad agente de bolsa y conforme a lo dispuesto por los artículos 114° y 123° de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861 (en adelante, la LMV), no existe limitación para que un valor inscrito en rueda de bolsa u otro mecanismo centralizado de negociación sea materia de compraventa fuera de él. En ese sentido, el artículo 123° de la LMV exige que en las transacciones extrabursátiles participe una sociedad agente de bolsa con el objeto de certificar la transacción y liquidación oportuna de la misma, con indicación de la cantidad, precio y la fecha en que tuvo lugar;

Las Normas aplicables a la negociación fuera de rueda de valores inscritos en bolsa aprobadas mediante Resolución CONASEV N° 27-1995-EF/94.10.0 (en adelante las Normas relativas a la negociación fuera de rueda)

constituyen el desarrollo reglamentario del artículo 123° de la LMV, por tanto, si bien dichas normas pueden establecer reglas específicas a las cuales deben sujetarse las transacciones extrabursátiles, no pueden exceder el ámbito de aplicación consagrado por el artículo 114° de la LMV, ni contravenir su razón de ser;

Las transferencias de acciones cuestionadas se encuentran fuera del ámbito de aplicación del artículo 123° de la LMV. Este artículo señala que es obligatoria la participación de una sociedad agente de bolsa para que los valores puedan ser transados fuera de la rueda de bolsa. Ahora bien, según el Diccionario de la Real Academia Española “transar” significa transigir, ceder, llegar a una transacción o acuerdo, sin embargo, en el caso analizado las transferencias de acciones no tienen como origen un acuerdo o transacción entre el anterior y el actual titular de los valores, no se produjo ninguna negociación, transacción, ni cesión entre dichas partes. Lo que ocurrió fue que, como consecuencia de la reducción de capital del anterior titular de los valores (EMERALD), estos fueron transferidos a las personas que, en su calidad de accionistas, tenían derecho a la devolución de sus aportes;

El papel que la sociedad agente de bolsa debe cumplir es certificar la transacción y liquidación oportuna de la operación, específicamente en lo que se refiere al pago del precio, la fecha y la cantidad de valores; sin embargo, en el caso de las transferencias cuestionadas no existe precio que certificar ni oportuna liquidación que deba verificarse. Es más, por no tratarse de una compraventa, es imposible que dichas transferencias pudieran haberse llevado a cabo en rueda de bolsa;

Por otro lado, el artículo 1° de las Normas relativas a la negociación fuera de rueda señala el ámbito de aplicación del referido reglamento y en él queda claro que no es aplicable a las transferencias cuestionadas. En efecto dicha disposición señala que las *“presentes normas son aplicables a las operaciones de compra o venta de valores inscritos en Bolsa que realicen las Sociedades Agente de Bolsa fuera de Rueda”*. Considerando que las transferencias bajo análisis no constituyen una operación de compra ni de venta, queda evidenciado que las Normas relativas a la negociación fuera de rueda no resultaban aplicables al presente caso por lo que no era exigible la participación de una sociedad agente de bolsa. En ese sentido, se configura una clara vulneración al principio de legalidad, toda vez que se sancionaron operaciones de compra o venta de acciones, cuando, en el presente caso, no se habían presentado dichos supuestos;

No hay un criterio de razonabilidad en la imposición de una amonestación en el presente caso, toda vez que la naturaleza de la transferencia no es una compraventa sino que esta operó en mérito a disposiciones legales de carácter imperativo. La transferencia de acciones que se produjo en mérito a la reducción de capital no representa un acto u omisión que genere alguno de los perjuicios previstos en el artículo 3° del Reglamento de Sanciones, como si hubiera ocurrido si la transferencia se hubiera producido a través de una transacción regular o una negociación extrabursátil;

No resulta correcto el análisis del Tribunal Administrativo de la SMV (en adelante, el Tribunal), ya que esta transferencia de acciones por su naturaleza no puede ser considerada una transacción y menos una que requiera intervención de una sociedad agente de bolsa y finalmente los hechos materia del caso no deben ser materia de sanción por cuanto: i) los hechos imputados no corresponden exactamente con ningún tipo punible, como se ha explicado los imputados no han realizado ninguna compraventa de valores inscritos y, en consecuencia, no pueden haber infringido las Normas relativas a la negociación fuera de rueda; ii) no existe ninguna afectación del bien jurídico tutelado (la protección de los

inversionistas), por lo que aún cuando se tratara de un hecho típico debería aplicarse el principio de oportunidad penal y iii) no existe ninguna afectación ni repercusión en el mercado;

INSERFINSA, en su escrito del 31 de agosto de 2012, menciona que la medida correctiva ordenada por el Tribunal respecto de que las transferencias de acciones no deben registrarse en la matrícula de acciones del emisor, ni en el registro de valores de CAVALI ICLV S.A. hasta que participe en dicha transferencia una sociedad agente de bolsa, es ilegal, imposible de cumplir y desproporcionada por lo siguiente: i) las transferencias ya fueron registradas en la matrícula de acciones del emisor, por lo que el Tribunal habría dispuesto la nulidad ya sea de un acto jurídico (la transferencia) o del documento donde se hace constar dicho acto jurídico (el asiento en la matrícula de acciones), que son actos y documentos privados y no actos administrativos, por los que el referido Tribunal carece de facultades legales para disponer dicha medida; ii) es imposible de cumplir porque no se trata de una empresa listada y sus acciones no están inscritas en el mencionado registro y iii) es desproporcionada porque según la última información financiera presentada a la SMV el patrimonio neto de INSERFINSA era cercano a los S/. 30 millones de Nuevos Soles, por lo que la comisión de un intermediario por la transferencia de acciones que representan semejante importe era un costo exagerado y absurdo, considerando que no existe ningún beneficiario del cumplimiento de dicha norma aun bajo el supuesto de que ella fuera aplicable al presente caso;

Que, el recurso de apelación interpuesto cumple con los requisitos establecidos en los artículos 113°, 207°, 209° y 211° de la LPAG¹, dado que fue interpuesto dentro del plazo de 15 días de notificado el acto administrativo, se encuentra fundamentado y fue autorizado por letrado;

Que, las sanciones impuestas a los recurrentes se fundamentan en los artículos 114° y 123° de la LMV², los cuales establecen que los

¹ 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 207.- 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.

² Artículo 114°.- **Negociación Fuera de Mecanismos Centralizados.**- El valor materia de negociación en un mecanismo centralizado puede también ser transado fuera de él, de acuerdo a las normas correspondientes, a menos que en las condiciones de emisión o normas especiales aplicables se haya establecido que su negociación se circunscribe a un determinado mecanismo.

valores inscritos en rueda de bolsa pueden transferirse fuera de dicho mecanismo centralizado de negociación, pero siempre con intervención de una sociedad agente de bolsa. Esta norma persigue que cada vez que se produzca una transacción con un valor inscrito en rueda de bolsa necesariamente intervenga una sociedad agente de bolsa, quien actuará como fedatario en la transacción;

Que, por su parte, el artículo 11° de las Normas relativas a la negociación fuera de rueda establece los supuestos de cambio de titularidad, en los que por su naturaleza no se justifica la intervención de una sociedad agente de bolsa, estos son la herencia, donación, fusión y escisión, entre otros supuestos, es decir, la norma reglamentaria interpreta los alcances del artículo 123° de la LMV para reconocer que en ciertos supuestos no se requiere la intervención de una sociedad agente de bolsa;

Que, el caso analizado se trata de una devolución de aportes como consecuencia de la reducción de capital. Al respecto debe indicarse que por “transferencia” o “transacción” se entiende el acto por el cual se transmite la propiedad o posesión de una cosa (fondos bancarios, títulos, establecimientos, entre otros) a otra persona o titular³;

Que, en ese sentido, cabe precisar que el término “transacción” contenido en la LMV comprende no solo la compra venta de valores, sino cualquier otro tipo de transferencia de valores, por lo que en tales supuestos, se requiere de la intervención de un agente de intermediación, ya sea que se trate de una transacción bursátil o extrabursátil;

Que, debe resaltarse que los valores emitidos por INSERFINSA se encontraban registrados en la rueda de bolsa de la Bolsa de Valores de Lima S.A. (en adelante, la BVL), por lo que estaban sujetos a un régimen especial de transferencia que exigía la necesaria participación de un agente de intermediación, a menos que el Directorio de la SMV hubiese aprobado una excepción para el caso particular, conforme el texto del numeral 13 del artículo 11° de las Normas relativas a la negociación fuera de rueda⁴;

Que, conforme a la normativa vigente, la devolución de aportes como consecuencia de una reducción de capital debió realizarse con el concurso de un agente de intermediación, o solicitarse una excepción a dicha intervención al amparo de la norma antes citada. Por tanto, no resulta admisible lo manifestado por INSERFINSA, EMERALD y señor De Aliaga en cuanto a que la transferencia efectuada a favor del último de los nombrados se encontraba fuera del ámbito del artículo 123° de la LMV;

Que, con relación a lo manifestado por INSERFINSA en su escrito del 31 de agosto de 2012, acerca de que es ilegal, imposible de cumplir y desproporcionada la medida correctiva ordenada por el Tribunal referida a que las transferencias de acciones no deben registrarse en la matrícula de acciones del emisor ni en el registro de valores de CAVALI ICLV S.A. hasta que participe en dicha

Artículo 123°.- Negociación Extrabursátil.- Los valores inscritos en rueda de bolsa pueden ser transados fuera de dicho mecanismo. En estos casos, se requiere el concurso de una sociedad agente, quien debe certificar la transacción y liquidación oportuna de la misma, con indicación de la cantidad, precio y la fecha en que tuvo lugar. Dicha certificación debe ser entregada al emisor, informándose también a CONASEV, a la bolsa y a la institución de compensación y liquidación de valores donde estén inscritos los mismos.

³ Diccionario Económico. www.eumed.net/cursecon/dic/dent/t/tra.htm.

⁴ Artículo 11.- Cambio de titularidad de valores inscritos en Rueda de Bolsa (...)

13. Otros que resuelva favorablemente CONASEV, previa solicitud fundamentada del interesado.

transferencia una sociedad agente de bolsa, debemos precisar que dicho argumento carece de objeto, pues, conforme el numeral 42 de la resolución impugnada, el propio Tribunal indicó que, dado que las acciones de INSERFINSA ya no se encontraban listadas en la BVL ni tampoco inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, no correspondía dictar una medida correctiva para que se proceda a regularizar la operación materia de cargo con la participación de una sociedad agente de bolsa; 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 Inversiones y Servicios Financieros S.A., Emerald Beach INC y el señor José Agustín De Aliaga Fernandini contra la Resolución del Tribunal Administrativo de la SMV N° 200-2011-EF/94.01.3.

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

Artículo 3°.- Transcribir la presente resolución a Inversiones y Servicios Financieros S.A., a Emerald Beach INC, al señor José Agustín De Aliaga Fernandini 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: ROCCA CARBAJAL Lilian Del Carmen (FAU20131016396)
Signing time: martes, febrero 26 2013, 11:28:38 HePS
Reason to sign: RSUP 026-2013

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores



Signed by: VARGAS PIÑA Julio Cesar (FAU20131016396)



Signed by: GIL VASQUEZ Liliana (FAU20131016396)