

Resolución de Superintendente Nº 062-2016-SMV/02

Lima, 22 de abril de 2016

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente Nº 2015037614 y el Memorándum Nº 1136-2016-SMV/05 del 20 de abril de 2016 del Procurador Público de la Superintendencia del Mercado de Valores- SMV;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución CAC-058/01 del 27 de marzo del 2001, la Cámara de Controversias de la Bolsa de Valores de Lima (BVL) resolvió, entre otros, lo siguiente:

- (a) Declarar fundado el reclamo interpuesto por el señor Boris Kostic (en adelante, el COMITENTE) contra la Sociedad Agente de Bolsa Cartisa Perú S.A. (en adelante, CARTISA), debiendo CARTISA restituir las 62,618 acciones comunes, serie B, emitidas por Telefónica del Perú S.A.A. y sólo en el caso de que CARTISA no cumpla la restitución se deberá proceder a ejecutar el Fondo de Garantía de acuerdo a los límites establecidos en el Reglamento de dicho Fondo.
- (b) Imponer a CARTISA una multa de 50 UIT vigentes para el ejercicio económico de 1998, equivalentes a S/ 140,000.00 (Ciento Cuarenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) o la suma que resulte de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 352° de la Ley del Mercado de Valores;

Que, conforme se desprende del texto de la Resolución CAC-058/01 y, concretamente, de su fundamento 20, la sanción impuesta a CARTISA se produjo en razón de que dicho agente *"...realizó operaciones en la Bolsa de Valores de Lima, recibiendo órdenes de venta sin verificar la identidad y capacidad legal de su cliente ni realizó sus actividades con diligencia, lealtad e imparcialidad, encontrándose incurso en la infracción previstas en los artículos 15º numeral 1 inciso k) –infracción muy grave- y numeral 3 inciso a) –infracción leve- del Reglamento de Sanciones en el Mercado de Valores"*¹ aprobado por Resolución CONASEV Nº 910-91-EF/94.10.0;

¹ "Artículo 15.- Son infracciones de los agentes de intermediación las siguientes.

1. Muy Graves

(...)

k) No asegurarse de la identidad y capacidad legal de sus clientes o de la autenticidad e integridad de los valores que negocien, así como endosos, o de la inscripción del último titular en el libro de registro del emisor, cuando fuere el caso. Se sanciona con multa o suspensión.

(...)

3. LEVES

Que, mediante Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 031-2001-EF/94.12 del 16 de octubre de 2001, se confirmó la Resolución CAC N° 058-01 en el extremo que declara fundada la reclamación interpuesta por el COMITENTE, y modificándola en cuanto a la multa impuesta a CARTISA a la suma equivalente a 25 UIT, y revocándola en el extremo de reponer acciones emitidas por Telefónica del Perú S.A.A. a favor del COMITENTE, debiendo, en consecuencia, la citada sociedad agente de bolsa devolver, en un plazo de 3 días, la suma de S/. 368 193,00, y en caso contrario, se procederá a ejecutar el Fondo de Garantía conforme a las disposiciones de su Reglamento;

Que, contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 031-2001-EF/94.12, CARTISA interpuso demanda contenciosa administrativa a efectos de que se declare la nulidad del citado acto administrativo;

Que, por sentencia del 04 de octubre de 2006 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en el expediente N° 1684-2005 del proceso contencioso administrativo señalado, resolvió revocar la sentencia de primera instancia del 16 de mayo de 2005, que declaró infundada la demanda y reformándola la declaró fundada y, en consecuencia nula la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 031-2001-EF/94.12, ordenando se expida nueva resolución con arreglo a Ley;

Que, en acatamiento de la sentencia señalada en el considerando precedente mediante Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.12, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

“Artículo 1.- (...)

(a) (...).

(b) *Se declara infundada la apelación interpuesta por el señor Boris Kostic, y fundada en parte la apelación interpuesta por Sociedad Agente de Bolsa Cartisa Perú S.A. y, en consecuencia, (i) se confirma la Resolución CAC N° 058-01 de fecha 27 de marzo de 2001 en el extremo que declara fundado el reclamo interpuesto por el señor Boris Kostic, debiendo la Sociedad Agente de Bolsa Cartisa Perú S.A. restituir las 62,618 acciones comunes, serie B, de Telefónica del Perú S.A.A en un plazo de tres (03) días y sólo en el caso que Sociedad Agente de Bolsa Cartisa Perú S.A. no cumpla con dicha restitución, procede ejecutar el Fondo de Garantía de acuerdo a los límites establecidos en el Reglamento de dicho Fondo, y (ii) se reforma la Resolución CAC N° 058-01 en el extremo relativo a la multa impuesta a Sociedad Agente de Bolsa Cartisa Perú S.A. imponiéndole una multa equivalente a 25 UITs vigentes a la fecha de la comisión de la infracción.”;*

Que, contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.01.3, CARTISA interpuso ante el Poder Judicial una nueva acción contencioso administrativa solicitando esta vez “la nulidad parcial” del citado acto administrativo en el extremo del acápite ii) del literal b) del artículo 1, que ordena el pago de la multa equivalente a 25 UIT; por no haberse observado lo ordenado en la sentencia del 04 de octubre de 2006 emitida por la Sala de Derecho

a) *No realizar sus actividades con diligencia, lealtad e imparcialidad. Se sanciona con amonestación o multa.*

(...)”

Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, concretamente, lo señalado en el noveno considerando que a la letra dice:

“(…) Noveno: Que de lo anteriormente expuesto se desprende que no puede considerarse causa de fuerza mayor exoneratoria de la obligación de la demandante, Cartisa, la consecuencia de la conducta delictiva del sentenciado penal don Celso de la Cruz Flores, ilegítimo beneficiario de la venta de las acciones del inversionista Kostic, pues la circunstancias en que se produjeron los hechos que en el proceso penal originado por la denuncia que efectuó la propia empresa Cartisa han determinado que ésta haya sido también considerada agraviada al haber desembolsado en cheques no negociables el importe de la venta de las acciones, deben considerarse en la calificación de su falta de diligencia o responsabilidad atenuada debido al accionar doloso del infractor penal, habida cuenta de la propia resolución del Tribunal Administrativo que señala que el sentenciado no era una persona ajena a don Boris Kostic, lo que pudo haber influido negativamente en la conducta del Cartisa, como factor que permitiría considerar la existencia de infracción leve para los efectos de la imposición de la multa según el artículo 15 numeral 3 inciso a) de la Resolución CONASEV N°910-91-EF94.10.0 Reglamento de Sanciones en el Mercado de Valores, pero en forma alguna para eximir a la demandante de la responsabilidad que le concierne, conforme se ha establecido;”

Que, mediante sentencia del 01 de abril del 2014, la Quinta Sala Permanente Especializada en lo Contencioso Administrativo declaró fundada la demanda interpuesta por CARTISA y consecuentemente determinó la nulidad parcial de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.01.03 del 18 de diciembre del 2007 ***“en el extremo del acápite ii del literal b) del artículo 1 que ordena el pago de la multa equivalente a 25 UIT”*** y ordenó que la entidad demandada expida nueva resolución administrativa ***“con observancia de lo enfatizado en el Décimo Considerando de esta resolución (…)”***;

Que, el considerando Décimo de la sentencia referida expresa:

“(…) que la falta cometida podría considerarse leve; empero, no la califica como tal; consecuentemente CONASEV, en acatamiento a ello, debió dilucidar y dar las razones por las cuales el acto sancionable puede o no ser considerada falta leve y, por ello, imponer la sanción que considere adecuada.

Resulta de ello, entonces, que la Resolución número 213-2007-EF/94.01.03 específicamente sus considerandos 42 a 43 tienen defectos de motivación al ser incongruentes con la ejecutoria suprema, toda vez que CONASEV debe evaluar si la falta es o no leve, dando el razonamiento que considera adecuado; por lo que ha incurrido en causal de nulidad previsto en el artículo 10, numeral 2 de la Ley número 27444; (…).”

Que, con sentencia de segunda instancia (elevada en apelación) del 09 de julio del 2015 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia del 01 de abril del 2014, señalando en su primer considerando lo siguiente:

“En el presente proceso se discute solo el monto de la multa impuesta por CONASEV a CARTISA; por tanto, no está en debate la irregular conducta de

dicha sociedad agente de bolsa ni el merecimiento de una sanción por ello. (El subrayado es agregado)

Así, el fundamento de derecho número 5 de la demanda dice: En este orden de ideas, en estricto cumplimiento mandato de la Sentencia de fecha 04 de octubre del 2006, emitida por la Sala (se refiere a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema) la CONASEV debe imponer la sanción (...) de infracción leve”;

Que, el décimo y undécimo considerando de la sentencia de segunda instancia referida en el considerando anterior señala que:

“DÉCIMO.- En buena cuenta, si bien la Sala Superior se equivoca al referir (considerando décimo) que estaba vinculado al obiter dictum de la sentencia casatoria en el Expediente 1684-2005, su vicio no genera nulidad alguna, máxime si también se aprecia que de manera específica la sentencia apelada ubica (en los considerandos 42 y 43 de la resolución administrativa impugnada) vicios de motivación.

“UNDÉCIMO.- En efecto, la Resolución CONASEV hace un estudio de diversos considerandos de la sentencia Casatoria emitida en el Expediente 1684-2005, (séptimo, octavo, undécimo, duodécimo, décimo tercero) los que además considera debe acatar, pero obvia analizar el considerando noveno que, atendiendo a su forma de interpretar la referida ejecutoria suprema, debía examinar. En esa perspectiva, no verifica si existe infracción leve, a pesar de que la Ejecutoria Suprema le dijo que tuviera en cuenta la consideración de agravada de CARTISA y que el sentenciado no era persona ajena a Boris Kostic, lo que pudo haber influido negativamente en el comportamiento de la Sociedad Agente de Bolsa, Hay, en este punto, déficit motivacional de la resolución administrativa cuestionada que impone la necesidad de su anulación, tanto más si la fundamentación de las resoluciones es un asunto de orden constitucional y se encuentra interdictada por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución del Estado.”;

Que, teniendo en cuenta lo expuesto por las resoluciones judiciales citadas, así como lo establecido en las partes pertinentes de los artículos 12° y 13° de la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) que establecen que la declaración de nulidad *“tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto”* y la nulidad parcial del acto administrativo *“no alcanza a las otras partes del acto que resulte independiente de la parte nula (...)”*; corresponde emitir un pronunciamiento respecto a los fundamentos para la determinación de la sanción a efectos de integrarlos a la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.01.03 del 18 de diciembre del 2007;

Que, en relación con la infracción administrativa sobre la venta indebida de los valores del COMITENTE, se tiene que, tal como lo señala la Resolución CAC-058/01 de la Cámara de Controversias de la BVL, la obligación y responsabilidad de la sociedad agente de bolsa en la venta de los valores de su cliente está, conforme lo establece el artículo 196 literal b) del Decreto Legislativo N°861-Ley del Mercado de Valores (LMV), en *“Verificar la identidad y capacidad legal de sus comitentes (...)”*;

Que, de acuerdo con las actuaciones contenidas en el expediente administrativo, se tiene que CARTISA no cumplió con verificar la identidad del COMITENTE, pues las órdenes de venta fueron dadas por persona distinta a éste, sin tener autorización de su cliente para realizar operaciones bursátiles en su nombre.

Por lo que dicha negligencia configuró un ilícito administrativo que ha sido determinado por el incumplimiento a los deberes de diligencia, lealtad e imparcialidad que todo agente de intermediación debe mantener con sus clientes;

Que, la aplicación de una sanción es el resultado de la conducta infractora del agente. Así, *“la comisión de un hecho, tipificado como contravencional, genera responsabilidad a su autor, en la medida en que sea atribuible a título de culpa o dolo”*².

Que, la comisión de la infracción administrativa atribuida a CARTISA en el curso del procedimiento administrativo sancionador, adquirió firmeza conforme lo afirmado por la sentencia de segunda instancia del 09 de julio del 2015 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al señalar que lo que fue materia de discusión en el proceso contencioso administrativo materia de ejecución fue *“el monto de la multa impuesta por CONASEV a CARTISA; por tanto, no está en debate la irregular conducta de dicha sociedad agente de bolsa ni el merecimiento de una sanción por ello”*;

Que, asimismo, tal como se ha indicado líneas arriba la sentencia citada en el considerando precedente precisa (en su undécimo considerando) que el acto administrativo (Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.01.3) obvió analizar el considerando noveno de la sentencia del 04 de octubre de 2006 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la que se estableció que la entonces CONASEV (hoy SMV) debía tener en cuenta en la sanción la condición de agraviada de CARTISA en el proceso penal que se siguió contra *“don Celso de la Cruz Flores, ilegítimo beneficiario de la venta de las acciones del inversionista Kostic;*

Que, en efecto, el noveno considerando de la sentencia del 04 de octubre de 2006 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, reafirma que la condición de agraviada de CARTISA ***“no puede considerarse causa de fuerza mayor exoneratoria de la obligación de la demandante,”*** y que con base a tal condición ***“deben considerarse en la calificación de su falta de diligencia o responsabilidad atenuada debido al accionar doloso del infractor penal, habida cuenta de la propia resolución del Tribunal Administrativo que señala que el sentenciado no era una persona ajena a don Boris Kostic, lo que pudo haber influido negativamente en la conducta del Cartisa, como factor que permitiría considerar la existencia de infracción leve para los efectos de la imposición de la multa según el artículo 15 numeral 3 inciso a) de la Resolución CONASEV N°910-91-EF94.10.0 Reglamento de Sanciones en el Mercado de Valores, pero en forma alguna para eximir a la demandante de la responsabilidad que le concierne, conforme se ha establecido.”***;

Que, teniendo en cuenta lo resuelto por el Poder Judicial corresponde en observancia del mandato judicial graduar la sanción que corresponde según lo señalado en el Noveno considerando de la sentencia del 04 de octubre de 2006 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, lo contemplado en el artículo 348° de la LMV y los criterios de sanción del principio de razonabilidad del artículo 230° numeral 3 de la LPAG, así como los

² OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía. Colombia: Legis, 2000; p. 394.

atenuantes de responsabilidad establecidos en el artículo 236°-A de la LPAG, disposiciones aplicables al presente procedimiento administrativo que garantizan una mejor determinación de la sanción a imponerse;

Que, antes de pasar a aplicar los criterios de sanción señalados en el considerando anterior, debe indicarse que, de acuerdo con el marco legal vigente, en particular el Reglamento de Organización y Funciones de la SMV (ROF) aprobado por el Decreto Supremo N° 216-2011-EF y sus modificaciones, se debe tener en cuenta que el numeral 26 del artículo 12 del ROF, establece, entre otros, como una atribución o facultad del Superintendente del Mercado de Valores resolver en última instancia administrativa; siendo ello así, corresponde a este despacho emitir el acto administrativo dispuesto por el Poder Judicial, habida cuenta que, conforme a la nueva estructura organizacional de la SMV, ésta no cuenta hoy en día con el Tribunal Administrativo que emitió el acto administrativo anulado parcialmente;

Que, en el marco de las disposiciones contempladas en el artículo 348° de la LMV y artículo 230° numeral 3 de la LPAG, la evaluación de la sanción debe considerar a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, comprendido dentro del criterio de la LMV referido a la repercusión en el mercado del perjuicio causado; b) El perjuicio causado o perjuicio económico; c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; d) Las circunstancias de la comisión de la infracción; e) El beneficio ilegalmente obtenido; f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor; g) Los antecedentes del infractor;

Que, respecto al criterio referido a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, se debe indicar que dicho criterio se encuentra relacionado con el criterio de la LMV referido a la repercusión en el mercado como correlato del perjuicio causado, no se ha evidenciado que la actuación de CARTISA haya generado un daño cuantificable al interés público, debiendo precisarse que las infracciones administrativas se produjeron ante la ausencia de una debida diligencia en el control de las operaciones con su cliente. Sin embargo, en lo relacionado al bien jurídico protegido, se considera que sí se han vulnerado los bienes jurídicos referidos a los deberes de la sociedad agente de bolsa de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, como el gestionar su actividad de manera adecuada y prudente;

Que, en relación con el criterio referido al perjuicio económico causado, si bien no se ha acreditado que las infracciones cometidas por CARTISA hayan causado un perjuicio económico al mercado, si a su cliente quien no pudo disponer de sus valores o fondos en la oportunidad esperada, lo que motivó que formulase un reclamo y se iniciara un procedimiento administrativo para que dicha sociedad agente de bolsa devuelva los valores;

Que, en cuanto al criterio de continuidad y/o repetición de la infracción, no se dan los supuestos que podrán configurar una repetición y/o continuidad de las infracciones materia del presente caso;

Que, respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción, cabe indicar que la misma fue advertida como consecuencia de una reclamación formulada por el COMITENTE, a quien luego de 07 años CARTISA, por mandato administrativo, le restituyó 62,618 acciones comunes, serie B, emitidas por

Telefónica del Perú S.A.A.; a ello debe sumarse que el incumplimiento de las normas del mercado de valores por CARTISA quedó acreditado, no obstante, el Poder Judicial considera que CARTISA fue agraviada por la conducta del sentenciado penalmente don Celso de la Cruz Flores, por lo que la falta de diligencia atribuida a dicha sociedad la atenúa conforme lo señala el noveno considerando de la sentencia del 04 de octubre de 2006 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema; es en acatamiento de dicha sentencia que se debe graduar la sanción administrativa;

Que, con relación al criterio del beneficio ilegalmente obtenido, no se encuentra acreditado en el expediente que CARTISA haya obtenido un beneficio que guarde relación directa con la infracción materia del presente procedimiento administrativo, por el contrario ésta tuvo que restituir al COMITENTE en el mes de diciembre del 2007 las 62,618 acciones comunes, serie B, emitidas por Telefónica del Perú S.A.A., las cuales fueron adquiridas por ella en el mercado de valores para su devolución;

Que, tampoco se ha evidenciado que CARTISA haya incurrido de manera intencional en la comisión de las infracciones;

Que, CARTISA no ha declarado voluntariamente la comisión de las infracciones, por el contrario, rechaza las imputaciones pretendiendo desplazar toda la responsabilidad en la persona que fue condenada penalmente;

Que, sobre los antecedentes de sanción, debe indicarse que a la fecha de acontecidos los hechos CARTISA no presentaba antecedentes de sanción, lo cual se sigue reflejando a la fecha, pues hoy en día tampoco cuenta con sanción administrativa firme;

Que, debe indicarse que no se verifica la concurrencia de los atenuantes de responsabilidad establecidos en el artículo 236°-A de la LPAG, que señala que constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad (i) la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235, y (ii) el error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal;

Que, de acuerdo con lo anterior, así como con lo establecido en las sentencias judiciales expresadas líneas arriba, corresponde graduar la sanción administrativa contenida en la Resolución CAC-058/01 de la Cámara de Controversias de la Bolsa de Valores de Lima; teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Administrativo de CONASEV, aprobado por Resolución CONASEV N° 037-2007-EF/94.10 vigente al momento en que se expidió la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.01.03 (anulada parcialmente); y,

Estando a lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores y por el inciso 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, y en acatamiento de lo resuelto por la sentencia del 01 de abril del 2014

de la Quinta Sala Permanente Especializada en lo Contencioso Administrativo y por la sentencia del 09 de julio del 2015 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Reformar, en acatamiento de lo ordenado por el Poder judicial, la sanción impuesta a la sociedad agente de bolsa CARTISA PERU S.A. contenida en la Resolución CAC-058/01 de la Cámara de Controversias de la Bolsa de Valores de Lima, sustituyéndola por una amonestación.

Artículo 2°.- Integrar la presente resolución a la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 213-2007-EF/94.01.03 en el extremo correspondiente.

Artículo 3°.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 4°.- Transcribir la presente resolución al Procurador Público de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Regístrese, comuníquese, notifíquese y publíquese.



Firmado por: ROCCA CARBAJAL, Lilian Del Carmen (FAU)
Razón: RSUP 062-2016
Fecha: 22/04/2016 04:24:27 p.m.

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores



Firmado por: GIL VASQUEZ Liliana (FAU2013)
Razón: