Resolución de Superintendente Nº 058-2016-SMV/02

Lima, 20 de abril de 2016

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El expediente administrativo N° 2010021987 y el Memorándum N° 620-2016-SMV/06, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 13-2012-SMV/10 (en adelante, la "Resolución de Sanción"), se resolvió que Promoinvest Sociedad Administradora de Fondos S.A.A. (en adelante, "Promoinvest") incurrió en las siguientes infracciones:

a) Infracción de naturaleza muy grave, tipificada en el numeral 1.13 del Anexo I del Reglamento de Sanciones, por efectuar modificaciones a los términos del Reglamento de Participación del Fondo Mutuo Promoinvest Selectivo FMIV (en adelante, el "Fondo"), sin observar lo establecido en la normativa;

b) Infracción de naturaleza muy grave, tipificada en el numeral 1.1 del literal A del Anexo VII del Reglamento de Sanciones, por mantener como promotores a personas que no cumplen los requisitos y condiciones establecidos en la normativa; y,

c) Infracción de naturaleza grave, tipificada en el numeral 2.5 del literal A del Anexo VII del Reglamento de Sanciones, por incumplir las disposiciones sobre suscripción y rescate de participaciones contenidas en la normativa.

Que, debido a lo anterior, se sancionó a Promoinvest con una multa de 26 UIT, equivalentes a S/. 91 000,00 (Noventa y un mil y 00/100 Nuevos Soles). Asimismo, se dispuso la aplicación de dos (02) medidas correctivas en los artículos 7° y 8°, respectivamente, de la Resolución de Sanción a fin de revertir los efectos negativos generados por la infracción de Promoinvest;

Que, mediante escrito del 20 de diciembre de 2012, Promoinvest presentó recurso de reconsideración contra la Resolución de Sanción;

Que, mediante Resolución de Superintendencia Adjunta SMV Nº 18-2013-SMV/10, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Promoinvest;

Que, por escrito presentado el 15 de enero de 2014 Promoinvest interpone recurso de apelación contra la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV Nº 18-2013-SMV/10 (en adelante, "la Resolución Apelada");

DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Que, Promoinvest alega que según la Resolución Apelada habría realizado cambios irregulares en el Reglamento de Participación del Fondo; sin embargo, no se indica en qué fecha se habría producido tal supuesta infracción. En ese sentido, argumenta que para que una infracción esté correctamente tipificada, debe establecer la fecha de comisión de la misma, por cuanto no es posible acusar a un administrado de "*haber hecho **alguna** modificación irregular, en **algún** momento no precisado del pasado*";

Que, agrega que dicha irregularidad la conduce directamente a invocar el principio de presunción de veracidad, contenido en el numeral 1.7 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, por cuanto declara que con posterioridad al 23 de noviembre de 2004, momento en el cual el actual Gerente General asumió el cargo, no se ha producido modificación irregular alguna al Reglamento de Participación del Fondo;

Que, la SMV debe presumir como válida la afirmación señalada en el párrafo anterior, por lo que cualquier presunta modificación irregular al Reglamento de Participación del Fondo se habría realizado en "algún momento" anterior al 23 de noviembre de 2004. Por tanto, a la fecha de inicio del presente procedimiento sancionador (notificación del oficio de cargos N° 5193-2010-EF/94.06.2 del 30 de diciembre de 2010) han transcurrido más de cinco (05) años desde la fecha en la que la supuesta infracción fue cometida, por lo que debe declararse su prescripción, en aplicación del artículo 233° de la LPAG vigente al momento de los hechos;

Que, con relación a que a la fecha Promoinvest continúa cometiendo la infracción pues no ha cumplido con solicitar a la SMV la modificatoria del texto del Reglamento de Participación del Fondo, señala que en el año 2011, como parte de las adecuaciones al nuevo Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado por Resolución CONASEV N° 068-2010-EF/94.01.1, se presentaron a la SMV todas las solicitudes de adecuación y de cambios tanto al Reglamento de Participación, como a los nuevos documentos incorporados (prospectos simplificados);

Que, Promoinvest agrega que dichas adecuaciones fueron aprobadas por la SMV luego de varios meses de coordinación y de subsanaciones con los funcionarios de dicha entidad, por lo que a partir de ese momento, los documentos que forman parte de la relación con los partícipes del Fondo, son los aprobados por la SMV. En ese sentido, concluye que el plazo de prescripción de cinco (05) años, tomando como referencia el inicio de la actual administración de Promoinvest, se cumplió el 24 de noviembre de 2009;

Que, indica que no es cierto que no habría informado a la SMV las comisiones que cobra a sus partícipes, por cuanto en la carta FM-3838/05 recibida por la SMV el 14 de junio del 2005, consta que sí se informó a dicha entidad todas las comisiones que cobraba Promoinvest en aquel entonces. Sin perjuicio de lo anterior, Promoinvest declara que también han transcurrido más de cinco años desde que habría incurrido en la infracción de no haber informado a la SMV las comisiones que cobra a sus partícipes;

Que, por otro lado, Promoinvest señala que no es cierto que los partícipes no han podido ejercer su derecho de rescate sin el cobro de la comisión correspondiente, debido a que informó a la entonces CONASEV el 14 de junio de 2005, mediante carta FM-3838/05, de las comisiones que cobraba a los partícipes del Fondo;

Que, adicionalmente, todos los partícipes del Fondo suscribieron de puño y letra un contrato por el que conocieron y aceptaron cuáles eran las comisiones aplicables a su relación con Promoinvest. Agrega que ningún partícipe ha expresado agravio alguno en materia de las comisiones cobradas por Promoinvest y mucho menos desconocimiento de las mismas;

Que, en relación con la utilización de la empresa Tykhé Consultoría e Inversiones S.A.C. (en adelante, "Tykhé") como colocadora de participaciones en la ciudad de Arequipa, Promoinvest reitera que Tykhé es tan solo un vehículo administrativo y que todos los que intervienen en la colocación de participaciones son personas que adicionalmente trabajan en el entorno de Tykhé. Además, señala que dichas personas naturales fueron registradas ante la SMV y que mediante carta FM-4369/06, Promoinvest informó a la SMV de las personas naturales que había designado como promotores en Arequipa;

Que, señala que lo único que realizó fue remesarle dinero a Tykhé para que esta empresa proporcione a sus promotores espacio de oficina, líneas telefónicas, personal auxiliar, etc. Además, señala que Tykhé se encargaba de pagar los honorarios de sus promotores;

Que, sobre el uso de una modalidad de rescate no regulada en la normativa, Promoinvest indica que la SMV mantiene un criterio restrictivo al descalificar una modalidad de rescate que a veces ordenan los partícipes. Así, a causa de la inestabilidad del mercado, el partícipe decide rescatar sus participaciones, pero no para cobrar el rescate en efectivo, sino para mantener una "posición de caja". De esta forma, cuando se estabiliza el mercado, en opinión del partícipe, este ordena que se anule el cheque que le correspondía por el rescate de sus participaciones y que, por tanto, se extorne el dinero a la cuenta bancaria del Fondo, bajo el código del partícipe, a fin de que se realice una nueva suscripción de participaciones;

Que, indica que este rescate truncado no puede considerarse como una infracción, por cuanto es una operación debidamente ordenada y aceptada por el partícipe;

Que, finalmente, señala que no constituye una infracción haber participado en una operación de "financiamiento de liquidación adelantada" a favor de un partícipe del Fondo, por cuanto esta fue realizada con fondos de Promoinvest y/o Tykhé; y no se utilizó dinero del Fondo ni de los partícipes;

ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Que, el recurso de apelación interpuesto cumple con los requisitos establecidos en los artículos 113º, 207°, 209° y 211° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444[1] (LPAG) dado que fue

[1] **Artículo 113.- Requisitos de los escritos**

interpuesto dentro del plazo de 15 días de notificado el acto administrativo, se encuentra fundamentado y fue autorizado por letrado;

Que, con relación a la afirmación contenida en el considerando 23 de la Resolución Apelada, respecto a que a la fecha Promoinvest "*continúa cometiendo la infracción (modificar el Reglamento de Participación, sin observar la normativa), pues ésta no ha sido revertida, en la medida que no ha cumplido con solicitar la modificatoria del texto del Reglamento de Participación*", debe evaluarse si el tipo infractor atribuido a Promoinvest en este extremo, permite la existencia de una infracción de tipo continuada;

Que, en ese sentido, si bien el artículo 233.2 de la LPAG reconoce que la prescripción de una infracción continuada comienza a computarse desde el día en que cesó, el tipo infractor que se ha utilizado para sancionar a Promoinvest en este extremo no admite la posibilidad de una infracción continuada pues señala expresamente como tipo infractor: "*Efectuar modificaciones a los términos del (…), reglamento de participación (…) sin observar lo establecido en la normativa*". Conforme a lo anterior, la infracción se comete en un momento determinado, en el que se modifica el Reglamento de Participación sin observar lo dispuesto en la normativa, sin perjuicio de que sus efectos permanezcan en el tiempo;

Que, la doctrina distingue entre infracciones instantáneas con efectos permanentes e infracciones permanentes, siendo que en la primera de ellas el cómputo de la infracción comienza a computarse desde que la infracción se realizó sin perjuicio de que sus efectos permanezcan en el tiempo:

> "*En estos casos, la infracción produce un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico, que se mantiene. Es el caso, por ejemplo, de la instalación de rejas en la vía pública en contra de lo dispuesto por una ordenanza municipal o la construcción sin licencia. En estos casos, aunque los efectos de la conducta infractora sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de ésta es instantánea, por lo que es a partir de*

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.

> *este momento en que debe contarse el plazo de prescripción de la infracción.*[2]"

Que, por otro lado en el caso de las infracciones permanentes, el cómputo de la prescripción se inicia cuando cesa la realización de la conducta infractora, la misma que viene realizándose de manera ininterrumpida:

> *"Son aquellas infracciones en donde el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable. A diferencia del caso anterior, no son los efectos jurídicos de la conducta infractora los que persisten, sino la conducta misma. Es el caso, por ejemplo, de quien opera sin licencia (que sería distinto del tipificado como abrir o construir sin licencia, que se consuma en un momento determinado, luego del cual perduran únicamente sus efectos).*[3]"

Que, en el presente caso, conforme al texto expreso de la norma, Promoinvest incurre en el tipo infractor por el que ha sido sancionado, al momento de realizar las modificaciones al Reglamento de Participación imputadas, sin seguir lo establecido en la normativa. Dichas modificaciones fueron evidenciadas durante la inspección que realizó la entonces Dirección de Patrimonios Autónomos a Promoinvest durante el 2009. En ese sentido, no puede sostener que Promoinvest ha continuado realizando, al Reglamento de Participación del Fondo, las mismas modificaciones evidenciadas en dicha visita de inspección, en forma sucesiva, por cuanto estas se realizan en un momento determinado, sin perjuicio de que sus efectos permanezcan en el tiempo, al haber sido incorporados al Reglamento de Participación del Fondo, sin seguir los procedimientos normativos;

Que, de la misma manera, no es correcta la argumentación desarrollada en el considerando 22 de la Resolución Apelada, al señalar que Promoinvest continúa a la fecha cometiendo la infracción imputada ya que sigue "*aplicando en su relación con los partícipes, el referido texto del Reglamento de Participación, que contiene modificaciones que no han sido incorporadas según lo establecido por la normativa*", por cuanto si bien es indiscutible que las consecuencias y efectos de la infracción continuarían vigentes hasta el momento en que se subsane la misma, se excedería del tipo expreso señalado para la infracción imputada, el mismo que sanciona la modificación del Reglamento de Participación sin observar lo establecido en la normativa, que, como hemos señalado, se realiza en un momento concreto sin perjuicio de que sus efectos perduren en el tiempo, y no la aplicación a los partícipes de un fondo mutuo de disposiciones del reglamento de participación modificadas sin observar lo establecido en la normativa;

Que, por tanto, se debió determinar previamente el momento en que Promoinvest modificó el Reglamento de Participación del Fondo, sin observar lo establecido por la normativa, y si dicha fecha no podía determinarse con precisión, en todo caso debía apreciarse a partir de qué momento, en los hechos, Promoinvest aplicó dichas modificaciones a los partícipes del Fondo, por cuanto en ese momento se hacía posible de verificar la comisión de la infracción, a efectos de determinar la prescripción de la misma;

---

[2] Baca Oneto, Víctor Sebastián. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Revista Derecho y Sociedad N° 37. Lima, 2011, pp. 268.
[3] Ob. Cit. pp. 268.

Que, de acuerdo con lo anterior debe declararse fundado el recurso de apelación en este extremo y, en consecuencia, dejar sin efecto las medidas correctivas dictadas en los artículos 7° y 8° de la Resolución de Sanción como resultado de haber declarado la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1.13 del Anexo I del Reglamento de Sanciones;

Que, en referencia a los argumentos de Promoinvest de que la empresa Tykhé es una empresa que le proporciona soporte logístico, resultan correctas las conclusiones establecidas sobre el particular por la Resolución de Sanción y la Resolución Apelada, por cuanto las pruebas presentadas por Promoinvest en el presente procedimiento sancionador no han desvirtuado la existencia de facturas emitidas a favor de Tykhé por Promoinvest por concepto de "*Administración (suscripción) de cartera de clientes en la ciudad de Arequipa*";

Que, puede apreciarse de dichas facturas, las mismas que constituyen comprobantes de pago reconocidos por la SUNAT de acuerdo con la Resolución de Superintendencia N° 007-99/SUNAT, Reglamento de Comprobantes de Pago, que el servicio prestado por Tykhé fue la de administración (suscripción) de cartera de clientes en la ciudad de Arequipa y no la prestación de servicios logísticos como señala Promoinvest;

Que, conforme a lo anterior, Promoinvest ha pagado a una persona jurídica por la prestación del servicio de administración (suscripción o colocación) de las cuotas de participación del Fondo en la ciudad de Arequipa;

Que, la carta FM-4369/06 presentada por Promoinvest demuestra únicamente que designó como sus promotores en Arequipa a las personas detalladas en dicho documento, pero no desvirtúa el hecho comprobado con la factura respectiva de que la empresa Tykhé ha venido prestando el servicio de suscripción y colocación de participaciones a Promoinvest;

Que, en relación con la operación de "rescate" realizada sin seguir el procedimiento establecido en la normativa, Promoinvest ha argumentado que las disposiciones reglamentarias del Mercado de Valores son enunciativas y dispositivas en lo concerniente a procesos de rescate de cuotas de participación de fondos mutuos y que en atención a ello ha desarrollado esquemas diferentes a lo previsto en la normativa;

Que, debe tenerse en cuenta que la legislación del mercado de valores, así como el Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión y sus Sociedades Administradoras[4] (en adelante, el "Reglamento de Fondos Mutuos") buscan, entre otros, establecer mecanismos para garantizar el uso transparente y adecuado de los fondos entregados por los partícipes a la Sociedad Administradora de Fondos – SAF;

Que, en este sentido, el dinero de terceros recibido por parte de una SAF, debe utilizarse de manera transparente y conforme al fin para el que le fue encargado. Para estos efectos, la SMV, como entidad encargada de la supervisión del mercado de valores, ha establecido parámetros específicos en el Reglamento de Fondos Mutuos, que las SAF deben cumplir al momento de administrar

[4] Aprobado por Resolución Conasev N° 026-2000-EF/94.10 y vigente al momento de los hechos.

el dinero de sus partícipes, a efectos de que se garantice la confianza y transparencia del mercado de valores;

Que, conforme a lo anterior, no puede señalarse que las disposiciones establecidas en el Reglamento de Fondos Mutuos relacionadas con el procedimiento de rescate de cuotas de participación son enunciativas y que no restringen las facultades de Promoinvest para desarrollar esquemas "alternativos" en la ejecución de las mismas, por cuanto éstas han sido establecidas por la SMV de manera obligatoria para todas las SAF, en su calidad de agentes administradores de recursos de terceros, a fin de cautelar la adecuada transparencia y seguridad en el uso de los mismos;

Que, por tanto, al realizar Promoinvest rescates de cuotas de participación conforme a un procedimiento no contemplado en la normativa y con cargo de fondos de un tercero, ha incumplido las disposiciones sobre suscripción y rescate de cuotas de participación dispuestas en el artículo 74 del Reglamento de Fondos Mutuos;

Que, habiéndose determinado declarar fundado en parte el recurso de apelación de Promoinvest en el extremo de la infracción tipificada en el numeral 1.13 del Anexo I del Reglamento de Sanciones, se considera pertinente que se reduzca la multa impuesta a dicha sociedad, teniendo en cuenta el análisis de los criterios de sanción realizado en la Sección IV de la Resolución de Sanción, en lo relacionado a las infracciones muy grave y grave, tipificadas en los numerales 1.1 y 2.5 del literal A del Anexo VII del Reglamento de Sanciones, respectivamente; 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;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por Promoinvest Sociedad Administradora de Fondos S.A.A contra la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 18-2013-SMV/10 y, en consecuencia, modificar el artículo 6° de la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 13-2012-SMV/10, reduciendo la multa impuesta a Promoinvest Sociedad Administradora de Fondos S.A.A. a quince (15) UIT, ascendente a S/ 52 500,00 (Cincuenta y dos mil quinientos y 00/100 Soles), por la comisión de las infracciones tipificadas en los numerales 1.1 y 2.5 del literal A del Anexo VII del Reglamento de Sanciones, respectivamente.

Artículo 2°.- Dejar sin efecto los artículos 1°, 7° y 8° de la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 13-2012-SMV/10.

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

Artículo 4°.- Transcribir la presente resolución a Promoinvest Sociedad Administradora de Fondos S.A.A.

Artículo 5°.- Disponer la difusión de la presente resolución en el Portal del Mercado de Valores de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmado por: ROCCA CARBAJAL Lilian Del Carmen (FAU2
Razón: RSUP 058-2016
Fecha: 20/04/2016 03:02:02 p.m.

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores

Firmado por: GIL VASQUEZ Liliana (FAU2013
Razón:

Firmado por: VARGAS PIÑA Julio Cesar (FAU
Razón: