

Resolución de Superintendente N° 060-2020-SMV/02

Lima, 6 de julio de 2020

El Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

El Expediente N° 2019000257 y el Informe N° 1649-2019-SMV/06 de la Oficina de Asesoría Jurídica (en adelante OAJ);

CONSIDERANDO:

Que, por Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 111-2019-SMV/11 (en adelante, LA RESOLUCIÓN APELADA), se sancionó a Consorcio Transmantaro S.A. (en lo sucesivo, TRANSMANTARO) con una multa de 10 UIT, equivalente a S/ 38,500.00 (treinta y ocho mil quinientos y 00/100 soles), por incurrir en una infracción de naturaleza muy grave, tipificada en el inciso 1.3¹, numeral 1 del Anexo I del Reglamento de Sanciones vigente al momento de ocurridos los hechos (en adelante, antiguo Reglamento de Sanciones), al haber presentado información inexacta de manera sucesiva en los Reportes sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (en adelante, RBGC) de las memorias anuales correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016;

Que, mediante escrito del 23 de octubre de 2019, TRANSMANTARO interpuso recurso de apelación contra LA RESOLUCIÓN APELADA;

Que, a través del Informe N° 1649-2019-SMV/06, la OAJ emitió su opinión sobre el recurso de apelación interpuesto por TRANSMANTARO, documento que fue puesto en conocimiento de dicha sociedad;

I. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Que, TRANSMANTARO señala que la infracción materia de sanción fue subsanada voluntariamente antes de la imputación de cargos, hecho que constituye un eximente de responsabilidad. Por tal motivo, no correspondía que la SMV haga uso de su facultad sancionadora. No obstante, la conducción de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) en dichas condiciones implica no sólo la trasgresión del Principio de Legalidad y del Principio de Razonabilidad, sino también el Principio de Actuación basado en el Análisis Costo – Beneficio, dado que no resulta racional ni eficaz iniciar un PAS cuyo objeto es sancionar algo ya subsanado;

II. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Que, de la evaluación efectuada se aprecia que el recurso de apelación interpuesto por TRANSMANTARO cumple con los requisitos establecidos en

¹ La Resolución Apelada hace referencia al inciso 1.4 del numeral 1 del Anexo I del Reglamento de Sanciones vigente al momento de ocurridos los hechos (Aprobado por Resolución Conasev N° 055-2001-EF/94.10); no obstante debe aclararse que se trata del numeral 1.3.

los artículos 124, 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS² (en adelante, TUO LPAG), dado que fue interpuesto dentro del plazo de 15 días de notificado el acto administrativo³ y se encuentra fundamentado;

Que, TRANSMANTARO alega que las infracciones cometidas fueron subsanadas de manera previa a la imputación de cargos. Al respecto, cabe señalar que la administrada fue sancionada por presentar información inexacta de manera sucesiva en los RBGC correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016. En los tres casos, informó que contaba con un pacto de accionistas que era difundido públicamente en la web corporativa y en el de la SMV como hecho de importancia. No obstante, se verificó que dicho pacto no era materia de difusión en ninguno de los medios señalados;

Que, como producto de dichas verificaciones, la SMV requirió a TRANSMANTARO la rectificación de la información inexacta⁴. Ésta, en respuesta a dichos requerimientos, afirma que, mediante hechos de importancia del 12 y 14 de setiembre de 2017, procedió a regularizar la información materia del requerimiento (la información relativa al ejercicio 2016, y la relativa a los ejercicios 2014 y 2015, respectivamente);

Que, mediante Oficio de cargos N° 025-2019-SMV/11.2, notificado el 8 de enero de 2019, la SMV imputó las infracciones por los hechos antes mencionados, las cuales se encuentran tipificadas en el inciso 1.3, numeral 1, del Anexo

² Artículo 124.- 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 218. Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 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 220.- 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.

³ La resolución apelada fue notificada vía MVNet el 01.10.2019 y el recurso de apelación fue recibido el 23.10.2019.

⁴ Mediante Oficios N° 4127-2016-SMV/11.1, del 15 de julio de 2016; y N° 5689-2017-SMV/11.1, del 11 de septiembre de 2017.

I del Reglamento de Sanciones, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10, vigente al momento de ocurridos los hechos, que señala que constituye infracción muy grave:

“Presentar a CONASEV, a la Bolsa, a la Bolsa de Productos, a la entidad encargada del Mecanismo Centralizado, al inversionista y en general a cualquier otro sujeto del mercado de valores o de productos, información inexacta, falsa o tendenciosa; o divulgar dicha información en el mercado. Se incluye la presentación o difusión de documentos cuya traducción no corresponde al sentido correcto de lo expresado en el original.”

Que, luego de haberse llevado a cabo el correspondiente PAS, la SMV sancionó a TRANSMANTARO por haber incurrido en la infracción antes mencionada, es decir, haber presentado información inexacta de manera sucesiva en los RBGC de las memorias anuales correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016;

Que, a fin de determinar la pertinencia de la sanción impuesta, cabe analizar qué se entiende por información inexacta. Esta es la información cuyo contenido no corresponde con la realidad. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, inexacto es lo “que carece de exactitud”; en el caso analizado lo informado por TRANSMANTARO no se encuentra ajustado en su totalidad a la realidad de las cosas. Esto debido a que la sociedad informó, a través de los RBGC, que contaba con un pacto de accionistas que era difundido públicamente; lo que se evidencia en la información brindada al mercado a través de lo redactado en los RBGC correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016 y que fueron presentados a la SMV en los años 2015, 2016 y 2017.

Que, la infracción materia de sanción se encuentra relacionada con la pregunta V.4 del referido reporte:

Pregunta V.4	: ¿La sociedad informa sobre los convenios o pactos entre accionistas?
Respuesta	: Sí
Explicación	: La Compañía cuenta con un pacto de accionistas, que es difundido públicamente en la web corporativa y de la SMV como hecho de importancia.

Que, como producto de las acciones de supervisión de la Intendencia General de Supervisión de Conductas orientadas a la verificación de dicha información, se determinó que dicho pacto no era difundido ni en la página web corporativa del emisor, ni en el Portal del Mercado de Valores de la SMV; no obstante que la sociedad así lo comunicó en los respectivos RBGC;

Que, posteriormente, de acuerdo con lo informado por TRANSMANTARO en los hechos de importancia remitidos el 12 y 14 de septiembre de 2017, referidos a los tres RBGC en cuestión, tal pacto no existía, según se cita a continuación:

“Al respecto, debemos señalar que por error se consignó que se cuenta con un Pacto de Accionistas; sin embargo, Consorcio Transmantaro S.A. no cuenta con un Pacto de Accionistas, y en mérito de ello, no tiene la

obligación de publicar dicha información en la Web de la Superintendencia, ni en su Web corporativa, de conformidad con las normas competentes del Mercado de Valores.”

Que, en atención a lo citado, se observa que existe inexactitud en la información proporcionada por TRANSMANTARO en sus RBGC, toda vez que se afirma algo que no corresponde a la realidad, que consiste en señalar que se cuenta con un pacto de accionistas que se difunde al mercado, lo que se corroboró que no se encontraba en las páginas web correspondientes. Por lo tanto, la información proporcionada por TRANSMANTARO en dichas oportunidades resulta ser información inexacta, conforme a la definición desarrollada;

Que, de la información citada, cabe resaltar la falta de diligencia en la información consignada en los RBGC por parte de TRANSMANTARO, aspecto que la administrada debe tener en cuenta con la finalidad de corregirlo;

Que, respecto del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, contempló la modificación del numeral 229.2 del artículo 229 de la Ley 27444 e incluyó la subsanación voluntaria realizada antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador como una causal eximente de responsabilidad administrativa, y no solo como un atenuante (supuesto de la redacción original de la Ley). Posteriormente, por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS se aprobó el anterior Texto Único Ordenado de la LPAG (en adelante, EL ANTERIOR TUO DE LA LPAG), el cual se encontraba vigente al momento de la notificación del oficio de cargos;

Que, el inciso f) del artículo 255 del ANTERIOR TUO DE LA LPAG señala:

“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) 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 253.

(...)”

Que, de acuerdo con la norma citada, se observa que se requieren tres elementos para que opere el eximente de la responsabilidad⁵. En primer lugar, la subsanación, que implica una acción positiva por parte del administrado, mediante la cual adecúa su conducta con el supuesto de la norma, de manera que no coincida con el supuesto de hecho de una conducta tipificada como infracción. No obstante, se considera que la subsanación implica, a su vez, dos aspectos: (i) adecuación de la conducta, según lo antes mencionado; y (ii) la reversión de sus

⁵ El inciso f) del artículo 257 del TUO de la LPAG vigente (aprobado por DS. 004-2019-JUS, publicado el 25.01.2019), tiene el mismo tenor que el inciso f) del artículo 255 del ANTERIOR TUO DE LA LPAG, por lo que no resulta ser más favorable para la administrada.

efectos. El segundo elemento es la voluntariedad, que implica que la acción de subsanar debe nacer de la voluntad del propio administrado y no de una exigencia o coerción por parte de la administración. Finalmente, la oportunidad de la subsanación, que implica que la acción de subsanar debe haberse realizado con anterioridad a la notificación de la imputación de los cargos;

Que, habiendo determinado los elementos para la procedencia del eximente de responsabilidad por la subsanación voluntaria de la infracción, cabe analizar si éstos confluyen en el presente caso;

Que, TRANSMANTARO fue sancionada en primera instancia por haber presentado información inexacta en sus RBGC. Sobre la presentación de la información del RBGC, cabe señalar que, en junio de 2014, la Superintendencia del Mercado de Valores aprobó el nuevo “Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas”⁶, el cual persigue que las empresas emisoras inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores revelen al mercado, a través de su Memoria Anual y Prospectos Informativos, en qué medida han adoptado los principios de buen gobierno incluidos en el Código;

Que, la parte considerativa de la resolución que aprueba el RBGC señala, en sus sétimo y octavo considerandos, que mediante dicho reporte se espera que los emisores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores revelen al mercado en qué medida han adoptado prácticas de buen gobierno. Además que, si bien la adopción del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas es voluntaria, en el caso de las sociedades con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, resulta relevante conocer el grado de adhesión de los emisores de tales valores a dichos principios, por lo que se dispone que éstos brinden la información relacionada con las prácticas de buen gobierno corporativo en el orden y formato establecido por la SMV;

Que, de acuerdo con la resolución citada, la finalidad de la publicación de la información contenida en el RBGC tiene fundamento en el principio de transparencia del mercado y en la protección de los inversionistas, ya que al revelar al mercado el nivel de adhesión de la sociedad con valores listados en el Registro Público del Mercado de Valores al Código de Buen Gobierno Corporativo, los inversionistas pueden tomar mejores decisiones de inversión al contar con mayor información sobre aspectos que les resultan relevantes, como son la paridad de trato y la participación de los accionistas, la política de dividendos, los procedimientos para el ejercicio del voto, la existencia de pactos entre accionistas, por nombrar sólo algunos ejemplos⁷;

Que, las infracciones a la Ley del Mercado de Valores por la revelación de información inexacta en el RBGC, no son subsanables, ya que resulta materialmente imposible revertir sus efectos. Esto, a causa de que la revelación de dicha información al mercado influye directamente en el precio de los valores; así como en la toma de decisiones de inversión por parte de los inversionistas y de los potenciales

⁶ Aprobado por Resolución SMV N° 012-2014-SMV/01, del 18.06.2014

⁷ El RBGC se basa en cinco pilares, a saber: Derecho de los Accionistas; Junta General Accionistas; El Directorio y la Alta Gerencia; Riesgo y Cumplimiento; y Transparencia de la Información los cuales comprenden diferentes aspectos cuya revelación al mercado incide en la transparencia del mercado, y en las decisiones de los inversionistas y de los potenciales inversionistas.

inversionistas. De igual modo, afecta la transparencia del mercado de valores y su correcto funcionamiento y desarrollo;

Que, de acuerdo con el principio de transparencia del mercado de valores, la información puesta a disposición de los inversionistas y del público en general debe cumplir con determinadas condiciones, como la veracidad, suficiencia y oportunidad, con el fin de proteger a los inversionistas y promover mercados eficientes y transparentes. En ese sentido, la presentación de información inexacta a la SMV y su divulgación genera de manera inmediata una distorsión en el mercado y una afectación a la transparencia, siendo materialmente imposible su subsanación. Sin perjuicio de lo señalado, permitir que esta infracción sea pasible de subsanación voluntaria podría generar incentivos no adecuados en el mercado respecto a la calidad de la información que debe brindarse a los inversionistas y demás partícipes del mercado;

Que, en ese sentido, se produjo una distorsión en la transparencia del mercado, ya que éste hizo suya una información que no se ajustaba a la verdad y una declaración en sentido contrario, en una oportunidad posterior, no puede revertir los efectos producidos. Por tales razones, se considera que, en el caso de la información inexacta, la adecuación de la conducta del administrado para que no coincida con el supuesto de hecho de una conducta tipificada como infracción, no subsana la infracción, por la imposibilidad de revertir sus efectos. Al respecto, Morón señala⁸: “Toda infracción es jurídicamente subsanable, lo que impide o dificulta su subsanabilidad es la posibilidad o no de revertir los efectos dañosos producidos.”;

Que, respecto del elemento de voluntariedad, se observa que mediante oficios N° 4127-2016-SMV/11.1⁹, del 15 de julio de 2016; y N° 5689-2017-SMV/11.1¹⁰, del 11 de septiembre de 2017, la SMV requirió a TRANSMANTARO la rectificación de la información inexacta revelada en sus RBGC de los años 2014, 2015 y 2016. En ese sentido, las acciones adoptadas por TRANSMANTARO fueron producto del requerimiento formulado por la administración, no pudiendo considerarse que las rectificaciones realizadas fuesen producto de la propia voluntad de TRANSMANTARO;

Que, sobre este tema, Morón señala respecto a la subsanación voluntaria, lo siguiente:

“(…) debe ser realizada sin provenir de un mandato de la autoridad. Es decir, no sería voluntaria si ya existiera un requerimiento o medida correctiva de la autoridad u otro documento similar mediante el cual se solicite al administrado subsanar el acto u omisión que puede ser calificado como infracción”¹¹

⁸ MORÓN, Juan. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444.” Tomo II. Año 2017. Gaceta Jurídica: Lima, p. 513.

⁹ “(…) en el caso que la información referida a los pactos de accionistas no haya sido divulgada por su representada, tal como se ha indicado en los REPORTEs, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 y el Anexo I, numeral 7, del REGLAMENTO, se le requiere que, de manera inmediata y vía hechos de importancia, proceda a comunicar dicha información; ello, sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar.”

¹⁰ “(…) sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar, se le requiere para que proceda a rectificar la información consignada en el REPORTE 2016. El presente requerimiento deberá ser atendido en el plazo no mayor a un día (01), contado a partir del día siguiente de la notificación del presente oficio.”

¹¹ *Op. cit.*

Que, la doctrina tiene un enfoque coincidente con la posición de la SMV, en lo referido a que no puede considerarse la acción como voluntaria, cuando ya ha existido un requerimiento o cualquier comunicación de la administración hacia el administrado, referido a la subsanación de la infracción. La voluntariedad debe ser producto de una iniciativa propia de la administrada o, si es producto de la observación de un tercero, este tercero no puede ser la propia administración. Por lo tanto, en el presente caso, tampoco se configura el segundo elemento de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad;

Que, en lo referido al tercer elemento, la oportunidad de la subsanación, TRANSMANTARO rectificó la información inexacta antes de la notificación del oficio de cargos; no obstante, como ya se mencionó, dichas rectificaciones no subsanan la infracción, ya que los efectos son irreversibles y no fueron producto de la voluntad propia de la administrada;

Que, del análisis realizado, no se evidencia que los tres elementos constitutivos de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad estén presentes. En consecuencia, no se configura el eximente al que se refiere el inciso f) del artículo 255 del ANTERIOR TUO DE LA LPAG;

Que, aunque TRANSMANTARO alega en su escrito de apelación que “la opinión concluyente de su Organismo, es la de comprobación como ente Supervisor y Fiscalizador, que la obligación contenida en dicha resolución ya se encuentra subsanada”, refiriéndose a los considerandos 28 y 38 de LA RESOLUCIÓN APELADA, no debe entenderse que la infracción se considera subsanada, ya que ésta, por la irreversibilidad de sus efectos, resulta ser insubsanable;

Que, con relación a la presunta transgresión de los Principios de Legalidad, Razonabilidad y de Actuación basado en el Análisis Costo – Beneficio, dado que no resulta racional ni eficaz iniciar un procedimiento administrativo PAS cuyo objeto es sancionar algo ya subsanado, resulta pertinente remitirse a lo desarrollado en los considerandos anteriores, en donde se concluye que la infracción no ha sido subsanada;

Que, en lo que respecta a la presunta nulidad de LA RESOLUCIÓN APELADA, por la “ausencia de Objeto y Motivación por cada extremo impugnado (...)”, cabe señalar que el fundamento de la apelante para tal alegato es que se inició un PAS para sancionar una acción ya subsanada. No obstante, la alegación del eximente por subsanación ya ha sido desvirtuada a lo largo del análisis previo, en el sentido de que la rectificación de la información inexacta no subsana la infracción. Por tanto, no encontramos fundamento para el argumento de defensa de TRANSMANTARO, ya que el objeto del PAS ha sido sancionar la comisión de una infracción a lo señalado en el artículo 10 de la Ley del Mercado de Valores, tipificada tanto en el antiguo Reglamento de Sanciones, como en el vigente¹² y la parte considerativa de LA RESOLUCIÓN APELADA motiva debidamente la imposición de la sanción; y,

Estando a lo dispuesto por la Ley N° 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, y por el inciso 26 del artículo

¹² Al respecto, el Reglamento de Sanciones Vigente tipifica la infracción de la misma forma que el anterior Reglamento, como muy grave, por lo que la norma vigente no resulta ser más favorable para la administrada.

12° del Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 216-2011-EF, así como por el inciso 2 del artículo 7° de la Política sobre difusión de proyectos normativos, normas legales de carácter general, agenda regulatoria y otros actos administrativos de la SMV, aprobada por Resolución SMV N° 014-2014-SMV/01 y su modificatoria;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Transmantaro S.A. en contra de la Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 111-2019-SMV/11.

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

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

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente resolución en el Portal de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



Firmado por: PESCHIERA REBAGLIATI Jose l
Razón:
Fecha: 6/7/2020 12:00:22

José Manuel Peschiera Rebagliati
Superintendente del Mercado de Valores



Firmado por: GIL VASQUEZ Liliana FAU 20131016396 hard
Razón:



Firmado por: VARGAS PINA Julio Cesar FAU 20131016396
Razón: