



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 015-2014-SMV/10

Lima, 16 de junio de 2014

Sumilla: *Se sanciona a Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A. con multa de 4,00 UIT equivalentes a S/. 14 400,00 (Catorce Mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) por haber incurrido en dos (02) infracciones, una grave y otra leve tipificadas en el Anexo VI, numeral 2, inciso 2.8 y numeral 3, inciso 3.2, respectivamente, del Reglamento de Sanciones por no convocar o no celebrar las asambleas generales de partícipes en la forma y oportunidades que señala la normativa o no observar los requisitos para su convocatoria o celebración, y por no cumplir con la normativa relativa a los límites de participación en el fondo.*

Administrado : Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A.

Asunto : Procedimiento administrativo sancionador

Expedientes N° : 2013034565

El Superintendente Adjunto de Supervisión Prudencial

VISTOS:

El expediente administrativo N° 2013034565, el Informe N° 029-2014-SMV/10.3, emitido por la Intendencia General de Cumplimiento Prudencial, así como los descargos y alegatos presentados por Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A. (antes NCF Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A.), en adelante, DIVISO SAF; y,

CONSIDERANDO:

1. Conforme al Artículo 1° de la Ley N° 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, se sustituye la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) por la de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), por lo que toda referencia en las normas legales a CONASEV, se entenderá a la SMV;

I. Antecedentes

2. Mediante Informe N° 149-2013-SMV/10.2, la Intendencia General de Supervisión de Entidades comunicó a la Intendencia



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

General de Cumplimiento Prudencial, los indicios de posibles infracciones a la normativa del mercado de valores por parte de DIVISO SAF;

3. Por Oficio N° 4161-2013-SMV/10.3 notificado el 20 de septiembre de 2013 (en adelante, OFICIO DE CARGOS), se inició un procedimiento administrativo sancionador contra DIVISO SAF por incumplimientos al Reglamento de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 042-2003-EF/94.10 y sus modificatorias, en adelante, REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y al Reglamento de Participación del Fondo de Inversión denominado "Mineras Junior NCF Fondos de Inversión", en adelante, REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN;

4. Debe indicarse que los incumplimientos señalados en el considerando precedente constituyen infracción tipificada en el inciso 2.8, numeral 2, del Anexo VI del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 y sus modificaciones (en adelante, REGLAMENTO DE SANCIONES), según el cual constituye infracción de naturaleza grave: *"No convocar o no celebrar las asambleas generales de partícipes en la forma y oportunidades que señala la normativa o no observar los requisitos para su convocatoria o celebración."*; y en el inciso 3.2, numeral 3 del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES, según el cual constituye infracción de naturaleza leve: *"No cumplir con la normativa relativa a los límites de participación en el fondo"*;

5. El 05 de noviembre de 2013, DIVISO SAF presentó los descargos correspondientes;

6. Los cargos formulados a DIVISO SAF y los descargos vertidos por este último han sido materia de evaluación en el Informe N° 029-2014-SMV.10.3 del 17 de enero de 2014, el cual ha sido sometido a conocimiento de esta Superintendencia Adjunta;

7. En observancia del Principio del Debido Procedimiento contemplado tanto en el Artículo IV, inciso 1, numeral 1.2, del Título Preliminar y en el artículo 230°, inciso 2, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias, en adelante LPAG, mediante Oficio N° 311-2014-SMV/10, notificado el 17 de enero de 2014, se puso a disposición de DIVISO SAF el expediente administrativo a que se refiere el Informe N° 029-2014-SMV/10.3 para su revisión;

8. 14. DIVISO SAF realizó su informe oral ante esta Superintendencia Adjunta el 09 de abril de 2014, y presentó el 10 de abril de 2014 un escrito a efectos de manifestar su allanamiento a las infracciones imputadas en el presente procedimiento administrativo sancionador;

II. Cuestiones a determinar

9. En el presente procedimiento administrativo, a criterio de esta Superintendencia Adjunta, corresponde determinar lo siguiente:

- a) Si DIVISO SAF incurrió o no en infracción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 46 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y el inciso (iii) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, por no haber exigido a DIVISO GRUPO y a NCF VALORES S.A., en adelante, NCF VALORES, la

regularización inmediata del exceso por las 245 y 4 025 cuotas de participación, respectivamente, equivalentes al 78.38 del total de cuotas emitidas, y requerir copia de la orden de venta de las referidas cuotas en exceso;

- b) Si DIVISO SAF incurrió o no en infracción a lo dispuesto en los artículos 46, segundo párrafo, y 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN así como lo establecido en el inciso (i) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, por no haber impedido, respecto de las cuotas de participación en exceso de los partícipes DIVISO GRUPO y NCF VALORES, que estas sean computadas para el quórum en dichas asambleas y que en estas últimas tales partícipes ejercieran el derecho de voto respectivo por las cuotas en exceso;
- c) Si corresponde o no sancionar a DIVISO SAF por lo señalado en los incisos anteriores;

III. Análisis

3.1. Normativa aplicable

10. El segundo párrafo del artículo 46 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN establece que *“En los casos de excesos por causas atribuibles al partícipe, la Sociedad Administradora, al día siguiente de detectado el hecho, deberá exigir al partícipe su regularización inmediata, requiriéndole copia de la orden de venta de las cuotas en exceso al precio de adquisición o mercado, el que resulte menor. Asimismo, el partícipe no podrá ejercer el derecho a voto respecto de las cuotas en exceso, siendo aplicable lo establecido en el artículo 97 del presente Reglamento”*;

11. Asimismo, el inciso (iii) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN señala que *“En los casos de exceso de participación por causas imputables al Partícipe, la Sociedad Administradora, al día siguiente de detectado el hecho, deberá exigir al Partícipe su regularización inmediata. Las Cuotas de Participación que en exceso tuviese el Partícipe no se computarán para el quórum ni podrá ejercerse respecto de ellas el derecho de voto”*;

12. De otro lado, el segundo párrafo del artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN señala que *“El partícipe no puede ejercer el derecho a voto respecto de las cuotas suscritas cuyo pago no haya cancelado en la condiciones que se señalan en el Reglamento de Participación. Dichas cuotas, así como las de los partícipes que no puedan ejercer el derecho a voto de acuerdo con las normas del presente Reglamento, no son computables para formar el quórum para la instalación de la Asamblea General ni para formar mayoría necesaria para la adopción de acuerdos”*;

13. Igualmente, el inciso (i) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, respecto de los excesos de participación por parte de un partícipe fundador, establece que *“Los partícipes fundadores deberán transferir las cuotas de participación que representen el porcentaje de participación en exceso en el patrimonio neto del Fondo. Dichas ofertas podrán efectuarse en cualquier momento durante un plazo de tres (3) años computado desde el inicio de operaciones del Fondo. Luego de dicho*

plazo, las cuotas de participación que en exceso tuviese el partícipe fundador no se computarán para el quórum ni podrá ejercerse respecto de ellas el derecho de voto”;

14. La inobservancia del segundo párrafo del artículo 46 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y el inciso (iii) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, se sanciona de conformidad con lo previsto por el Anexo VI, numeral 3, inciso 3.2, del REGLAMENTO DE SANCIONES que describe como infracción de naturaleza leve: *“No cumplir con la normativa relativa a los límites de participación en el fondo”;*

15. Asimismo, la inobservancia del artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN así como lo establecido en el inciso (i) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, se sanciona de conformidad con lo previsto en el inciso 2.8, numeral 2 del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES, según el cual constituye infracción de naturaleza grave: *“No convocar o no celebrar las asambleas generales de partícipes en la forma y oportunidades que señala la normativa o no observar los requisitos para su convocatoria o celebración”;*

3.2. De los hechos materia de infracción

3.2.1 Exceso de participación de partícipes

16. El 25 de abril de 2008 el Fondo de Inversión denominado “Mineras Junior NCF Fondos de Inversión”, en adelante, FONDO, inició operaciones luego de culminada la colocación por oferta privada de sus cuotas de participación, de acuerdo a lo señalado en el numeral 4.5 del Capítulo IV del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN;

17. El 05 de septiembre de 2010, mediante Resolución Directoral de Patrimonios Autónomos N° 031-2010-EF/94.06.2, se dispuso la inscripción del FONDO así como de su REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN en la sección correspondiente del Registro Público del Mercado de Valores (RPMV);

18. Asimismo, al 05 de septiembre de 2010, el FONDO tuvo solo dos partícipes que calificaban como “partícipes fundadores”¹, pues suscribieron las cuotas de participación antes del inicio de actividades del FONDO: (i) NCF S.A. con 245 cuotas de participación que representaban el

¹ Respecto a los partícipes fundadores de un Fondo de Inversión, el artículo 28 de la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado por Decreto Legislativo N° 862-1996 y sus modificatorias, señala:

“28.- Partícipe

Ninguna persona natural o jurídica podrá ser partícipe, directa o indirectamente, de más de un tercio del patrimonio neto de un Fondo de Inversión, salvo que se trate de fundadores y de inversionistas institucionales, según lo establecido en la Ley del Mercado de Valores, cuyo límite será el establecido en el respectivo Reglamento de Participación.

(...)”.

Asimismo, el artículo 45 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN señala lo siguiente:

“45.- Aportantes fundadores e institucionales”

Para fines de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley, se consideran aportantes fundadores a aquellas personas que hayan suscrito cuotas antes del inicio de las actividades del Fondo.

El Reglamento de Participación del Fondo debe establecer el límite máximo de participación que podrán tener los aportantes fundadores y los inversionistas institucionales, de ser el caso, así como establecer los plazos en que deberán regularizarse los excesos a dichos límites”.

3,49%² del total de cuotas; y (ii) NCF Inversiones S.A. (hoy Diviso Grupo Financiero S.A.) en adelante, DIVISO GRUPO, con 6 769 cuotas de participación que representaban el 96,51% del total de cuotas;

19. De acuerdo con el hecho de importancia del 10 de enero de 2011, en dicho mes el FONDO inició actividades dado que había cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 47 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN;

20. Conforme al primer párrafo del numeral 5.7 del capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, ninguna persona natural o jurídica podrá ser partícipe, directa o indirectamente, de más de un tercio del patrimonio neto del FONDO, salvo en el caso de los partícipes fundadores durante los tres (03) primeros años de operaciones, debiendo disminuir progresivamente las correspondientes participaciones de acuerdo a un plan de venta. Teniendo en cuenta que el FONDO inició operaciones como un fondo privado el 25 de abril de 2008, el plazo antes mencionado concluyó el 25 de abril de 2011;

21. Al 25 de enero de 2011, DIVISO GRUPO se encontraba aún con un exceso de participación de 3 786,33 cuotas, pese a la suscripción de nuevas cuotas de acuerdo al cuadro siguiente:

Hasta 24 de enero de 2011					25 de enero de 2011			
Partícipe	Cuotas	% del Total	Cuotas en exceso	% en exceso	Cuotas	% del Total	Cuotas en exceso	% en exceso
NCF Inversiones	6,769	96.507	4,431.00	63.17	6,769	75.6481895	3,786.333	42.31486
NCF S.A.	245	3.493	0		245	2.73804202	0	
Otros partícipes	0	0	0		1,934	21.6137684	0	
Total	7,014	100			8,948	100		
Límite de participación (1/3)	2,338.00000				2,982.67			

22. No obstante lo señalado, el 25 de marzo de 2011 DIVISO GRUPO adquirió 245 cuotas de participación adicionales, con lo que luego de esta adquisición, las participaciones quedaron como se muestra en el cuadro siguiente:

25 de marzo de 2011				
Partícipe	Cuotas	% del Total	Cuotas en exceso	% en exceso
NCF Inversiones	7,014	78.386	4,031.33	45.0529
NCF S.A.	0	0	0	

² La información referida a las tenencias de cuotas de los partícipes fueron elaboradas en base al registro de partícipes remitidas por NCF SAF con fecha 19 de julio de 2012 en respuesta al Oficio N° 2750-2012-SMV/10.2.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

Otros partícipes	1,934	21.614	0	
Total	8,948	100		
Límite de participación (1/3)	2,982.66667			

23. Con relación con la adquisición mencionada en el considerando precedente, se debe tener en cuenta que las cuotas fueron adquiridas después del inicio de actividades (enero de 2011), por lo que estaríamos ante un supuesto de exceso de participación por causas imputables al partícipe ya que DIVISO GRUPO al tener una participación del 75.65% del total del fondo se encontraba en exceso y por lo tanto no podía adquirir nuevas cuotas;

24. Respecto a la referida adquisición de cuotas por parte de DIVISO GRUPO, el 28 de marzo de 2011, DIVISO SAF informó a este partícipe respecto a su exceso de participación señalándole lo siguiente:

"(...) me dirijo a usted en su calidad de partícipe fundador del fondo Mineras Junior NCF Fondo de Inversión y en virtud de lo establecido en el numeral 5.7 del Reglamento de Participación del Fondo y el artículo 45° del Reglamento de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado mediante Resolución CONASEV 0042-2003, para reiterarle que a la fecha su representada mantiene un exceso de participación en el Fondo, siendo que a pesar de nuestras comunicaciones anteriores sobre la regularización de dicho exceso, usted ha incrementado su participación con la compra de cuotas a NCF Grupo S.A., registradas el 23 de marzo de presente, por lo cual a la fecha mantiene un exceso de participación de 45.0529.

Por lo expuesto, reiteramos que deberán transferir las cuotas de participación que representen el porcentaje de participación en exceso, hasta antes de concluido el plazo estipulado en las normas indicadas precedentemente";

25. Lo antes señalado demuestra que DIVISO SAF, si bien indicó que deberían transferir las cuotas en demasía, debió tener en cuenta que el partícipe ya se encontraba con un exceso de participación y que si bien se encontraba a un mes del vencimiento del plazo en el que debía subsanar ese exceso de participación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 del Reglamento de Fondos de Inversión, debió requerir a DIVISO GRUPO la regularización inmediata del exceso por las 245 cuotas de participación y la presentación de copia de la orden de venta de las referidas cuotas en exceso;

26. En el caso de NCF VALORES, también se está ante un caso de exceso de participación por causas imputables al partícipe ya que adquirió cuotas después del inicio de actividades del Fondo sobrepasando el límite máximo de cuotas permitido, tal como se señala a continuación;

27. El 26 de diciembre de 2011 entró en vigencia la reorganización simple de DIVISO GRUPO en la que participaron además NCF Inmobiliaria S.A. y NCF VALORES. En virtud a dicho acuerdo, DIVISO GRUPO

transfirió 7 014 cuotas de participación del FONDO a NCF VALORES, tal como consta en la carta enviada por DIVISO SAF a esta última el 22 de febrero de 2012;

28. De acuerdo con la referida comunicación efectuada por DIVISO SAF, la transferencia de las 7 014 cuotas de participación le fue comunicada a dicha sociedad administradora el 17 de febrero de 2012; sin embargo, de la revisión de las actas de asamblea de partícipes se observa que NCF VALORES participó y ejerció su derecho de voto en la Asamblea Extraordinaria de Partícipes del FONDO del 27 de enero de 2012;

29. Con relación a la adquisición de cuotas por parte de NCF VALORES, es necesario indicar que, al haberse adquirido las cuotas de participación después del inicio de actividades del FONDO, esto es enero del 2011, no sería posible aplicar el trato de partícipe fundador a NCF VALORES. Por tanto, se está ante un caso de exceso de participación por causas imputables al partícipe con respecto al total de cuotas excedidas, es decir, un exceso de 4 025 cuotas, ya que debía tener como máximo 2 989 cuotas de participación, tal como se aprecia en el cuadro siguiente:

17 de febrero de 2012				
Partícipe	Cuotas	% del Total	Cuotas en exceso	% en exceso
NCF Valores	7,014	78.22014	4,025.00	44.8868
NCF Inversiones	0	0	0	
Otros partícipes	1,953	21.77986	0	
Total	8,967	100		
Límite de participación (1/3)	2,989.00000			

30. A efectos de regularizar dicha situación, el inciso (iii) del numeral 5.7 del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN del FONDO precisa que en los casos de excesos de participación por causas imputables al partícipe, la sociedad administradora, al día siguiente de detectado el hecho, debe exigir al partícipe su regularización inmediata y en aplicación del segundo párrafo del artículo 46 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN, la presentación de copia de la orden de venta de las cuotas en exceso al precio de adquisición o de mercado, el que resulte menor;

31. Respecto a ello, cabe indicar que con fecha 22 de febrero de 2012, DIVISO SAF remitió una carta a NCF VALORES en la que detalla lo siguiente:

“(…) manifestamos que en su condición de partícipe fundador y conforme lo establecido en el numeral 5.7 del Reglamento de Participación del Fondo y el artículo 45 del Reglamento de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado mediante Resolución CONASEV 0042-2003, manifestamos que su representada

continúa manteniendo un exceso de participación en el Fondo, el mismo que a la fecha es de 44,8868%.

En virtud de lo expuesto, deberán transferir las cuotas de participación que representen el porcentaje de participación en exceso, hasta antes de concluido el plazo estipulado en las normas señaladas precedentemente.”

32. Respecto a esta comunicación, debe resaltarse que DIVISO SAF atribuye la calidad de partícipe fundador a NCF VALORES cuando, de acuerdo con la normativa vigente, no corresponde atribuirle dicha calidad, pues las cuotas de participación a nombre de esta última fueron adquiridas después del inicio de actividades del FONDO. Asimismo, debe indicarse que DIVISO SAF si bien indicó que deberían transferir las cuotas en demasía, debió invocar el segundo párrafo del artículo 46 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y requerir a NCF VALORES la regularización inmediata del exceso por las 4 025 cuotas de participación y la presentación de copia de la orden de venta de las referidas cuotas en exceso;

3.2.2 Del cómputo para quórum y del ejercicio del derecho a voto de las cuotas de participación

33. Como se ha mencionado anteriormente, los “partícipes fundadores” del FONDO tenían hasta el 25 de abril del 2011 para subsanar sus excesos de cuotas de participación adquiridas antes del inicio de actividades del mismo (25 de abril de 2008), por lo que no se podían computar para el quórum ni podían ejercerse respecto de ellas el derecho a voto, ello en aplicación del inciso (i) del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN;

34. De acuerdo a ello, las cuotas de participación en exceso de DIVISO GRUPO, adquiridas antes del inicio de actividades del FONDO y las adquiridas el 25 de marzo de 2011, después del inicio de actividades del FONDO (enero de 2011), no podían ser computadas para el quórum ni podrá ejercerse derecho a voto respectivo;

35. Asimismo, debe recordarse que el citado artículo 46 precisa que es de aplicación al supuesto de exceso de participación de cuotas, lo establecido en el artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN, el cual menciona que las cuotas de los partícipes que no puedan ejercer el derecho a voto, no son computables para formar el quórum para la instalación de la Asamblea General ni para establecer la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos;

36. No obstante lo señalado, DIVISO GRUPO continuó ejerciendo su derecho de voto por el total de su participación en las siguientes asambleas:

- Asamblea General Ordinaria de Partícipes del FONDO del 28 de abril de 2011. De acuerdo con el acta de dicha asamblea, se encontraban presentes el 78,42% de las cuotas de participación suscritas, las que pertenecían a dos partícipes: DIVISO GRUPO con 7 014 cuotas y la señora Luz Victoria Silva Pereyra con 3 cuotas de participación.

En dicha asamblea se computó para el quórum de apertura, las cuotas

en exceso atribuible al partícipe DIVISO GRUPO que a dicha fecha ascendían a 4 031,33 cuotas, equivalentes al 45,06%. Asimismo, debe precisarse que DIVISO GRUPO ejerció el derecho de voto por el total de sus cuotas de participación.

- Asamblea General Extraordinaria de Partícipes del FONDO del 15 de diciembre de 2011. De acuerdo con el acta de dicha asamblea, se encontraban presentes el 78,3862% de las cuotas de participación suscritas, las que pertenecían al partícipe DIVISO GRUPO con 7 014 cuotas.

En dicha asamblea se computó para el quórum de apertura las cuotas en exceso atribuibles al partícipe DIVISO GRUPO que a dicha fecha ascendían a 4 031,33 cuotas, equivalentes al 45,06%. Igualmente, debe indicarse que DIVISO GRUPO ejerció el derecho de voto por el total de sus cuotas de participación;

37. Por lo expuesto, se ha evidenciado que DIVISO SAF permitió, respecto de las cuotas de participación en exceso del partícipe DIVISO GRUPO, que estas sean computadas para el quórum en dichas asambleas o que en estas últimas el partícipe ejerciera el derecho de voto respectivo por las cuotas en exceso, incumpliendo de esta manera los requisitos establecidos en el numeral 5.7 del Capítulo V REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN para la celebración de las asambleas de partícipes del FONDO y lo dispuesto en artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN;

38. De otro lado, debe indicarse que al igual que DIVISO GRUPO, NCF VALORES, también partícipe del FONDO y no obstante también estar legalmente impedido, ya que al 26 de diciembre de 2011³ adquirió las cuotas de participación en exceso, ejerció su derecho de voto por el total de su participación en las siguientes asambleas:

- Con fecha 27 de enero de 2012, se llevó a cabo la Asamblea Extraordinaria de Partícipes del FONDO. De acuerdo con el acta de dicha asamblea, se encontraban presentes el 78,3862% de las cuotas de participación suscritas provenientes del partícipe NCF VALORES con 7 014 cuotas.

En dicha asamblea se computó para el quórum de apertura las cuotas en exceso atribuibles al partícipe NCF VALORES, que a dicha fecha ascendían a 4 031,33 cuotas equivalentes al 45,06%. Asimismo, debe indicarse que NCF VALORES ejerció el derecho de voto por el total de sus cuotas de participación.

- Con fecha 23 de abril de 2012 se llevó a cabo la Asamblea General Ordinaria de Partícipes del FONDO. De acuerdo con el acta de dicha asamblea, se encontraban presentes el 78,22% de las cuotas de participación suscritas provenientes del partícipe NCF VALORES con 7 014 cuotas.

En dicha asamblea se computó para el quórum de apertura las cuotas en exceso atribuibles al partícipe NCF VALORES, que a dicha fecha

³ Se toma en cuenta como fecha de transferencia la de entrada en vigencia de la reorganización societaria, aún cuando en el registro de partícipes de Diviso SAF figura el 17 de febrero de 2012 como fecha de transferencia.

ascendían a 4 025 cuotas equivalentes al 44,89%. Asimismo, debe indicarse que NCF VALORES ejerció el derecho de voto por el total de sus cuotas de participación.

- Con fecha 28 de junio de 2012 se llevó a cabo la Asamblea General Extraordinaria de Partícipes del FONDO. De acuerdo con el acta de dicha asamblea, se encontraban presentes el 78,22% de las cuotas de participación suscritas provenientes del partícipe NCF VALORES con 7 014 cuotas.

En dicha asamblea se computó para el quórum de apertura las cuotas en exceso atribuibles al partícipe NCF VALORES, que a dicha fecha ascendían a 4 025 cuotas equivalentes al 44,89%. Asimismo, debe indicarse que NCF VALORES ejerció el derecho de voto por el total de sus cuotas de participación.

39. En consecuencia, se ha acreditado que DIVISO SAF permitió, respecto de las cuotas de participación en exceso del partícipe NCF VALORES, que estas sean computadas para el quórum en dichas asambleas o que en estas últimas el partícipe ejerciera el derecho de voto respectivo por las cuotas en exceso, incumpliendo de esta manera los requisitos establecidos en el numeral 5.7 del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN para la celebración de las asambleas de partícipes del FONDO y lo dispuesto en artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN.

3.3. Cargos

40. Mediante Oficio N° 4161-2013-SMV/10.3 notificado el 20 de septiembre de 2013, se formuló cargos a DIVISO SAF por la inobservancia de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 46 y artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y el numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN del FONDO, conforme a lo señalado en los literales a) y b) del considerando siete de la presente resolución;

3.4. Descargos del Administrado y evaluación de los mismos

41. Sobre el particular, DIVISO SAF señaló como sus descargos lo siguiente:

EL OFICIO QUE DARÍA INICIO AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LPAG PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.-

42. DIVISO SAF argumentó que el oficio que daría inicio al procedimiento administrativo sancionador no cumple con el numeral 3) del artículo 234 de la LPAG, en la medida que omite señalar expresamente que con dicho acto se está dando inicio a un procedimiento administrativo sancionador en su contra;

43. Igualmente, refiere que en el OFICIO DE CARGOS se citaron artículos que le generó confusión ya que, según afirma, los

artículos 10 y 12 del REGLAMENTO DE SANCIONES, vigentes al momento de la supuesta comisión de las infracciones, hacen referencia en un caso, a la facultad del Directorio para resolver en segunda instancia, mientras que en el caso del artículo 12, se hace referencia a la facultad sancionadora del Tribunal Administrativo, por lo que, con el fin de evitar afectaciones al debido procedimiento, consideran necesario que el inicio del procedimiento administrativo sancionador cumpla con los requisitos exigidos por la LPAG y el REGLAMENTO DE SANCIONES y por lo tanto, se emita un nuevo oficio de imputación de cargos, o en su defecto, no sé de inicio al procedimiento sancionador por los argumentos de fondo que se exponen;

EVALUACIÓN DEL DESCARGO FORMULADO

44. Respecto a la falta del cumplimiento de los requisitos establecidos por la LPAG en la emisión del OFICIO DE CARGOS, corresponde resaltar que este ha cumplido con todo lo requerido por el artículo 234, numeral 3, de la citada LPAG, como son el notificar a DIVISO SAF los hechos imputados a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos constituyen y las sanciones que podría recaer sobre ella así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia;

45. En cuanto a la afectación del debido procedimiento que según NCF SAF se habría cometido al citar en el OFICIO DE CARGOS los artículos 10 y 12 del REGLAMENTO DE SANCIONES que estaban vigentes al momento de ocurridos los hechos, debe indicarse que el OFICIO DE CARGOS señala de manera expresa la normativa que es aplicable a la fecha de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, no evidenciándose citas de artículos derogados o que no son aplicables jurídicamente tal como pretende sostener DIVISO SAF. En ese sentido, no se ha evidenciado la supuesta afectación del principio del debido procedimiento ni la inobservancia de los requisitos establecidos en la LPAG para el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que no corresponde emitir un nuevo oficio de cargos como lo ha solicitado DIVISO SAF;

EL REGULADOR NO CUENTA CON LAS ATRIBUCIONES PARA SANCIONAR A DIVISO SAF CON RELACIÓN A UN FONDO QUE NO ES PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD.-

46. DIVISO SAF señaló que mediante la Resolución de Intendencia General de Supervisión de Entidades N° 038-2013-SMV/10.2 de fecha 15 de febrero de 2013, la Intendencia General de Supervisión de Entidades de la SMV (IGSE), atendiendo a su solicitud, dispuso la exclusión de los certificados de participación del FONDO del RPMV; con lo cual a partir de entonces el FONDO pasó a ser uno de carácter privado y por lo tanto, exento de la supervisión de la SMV;

47. Señala además DIVISO SAF que la Intendencia General de Cumplimiento Prudencial de la SMV (IGCP) no ha fundamentado en el OFICIO DE CARGOS la base legal que la habilitaría a iniciar un procedimiento sancionador contra sociedades administradoras por acciones u omisiones relacionadas a la administración de un fondo que si bien fue público, a la fecha es privado;

EVALUACIÓN DEL DESCARGO FORMULADO

48. Sobre el particular, debe indicarse que las conductas materia de infracción que son evaluadas en el presente procedimiento administrativo sancionador son con relación a la actuación de DIVISO SAF en cumplimiento de sus obligaciones legales como sociedad administradora del FONDO cuando este estaba inscrito en el RPMV y había iniciado actividades;

49. Asimismo, es oportuno recordar que el artículo 342 de la LMV⁴ señala que son sujetos pasibles de sanción las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la LMV que incurran en infracciones a las disposiciones de la misma y a las disposiciones de carácter general dictadas por la SMV⁵;

50. En ese sentido, la responsabilidad recaída sobre la persona comprendida dentro del alcance de la LMV y sus normas reglamentarias, se determina en función al momento en que se realizó la conducta que se imputa como presunta infracción, lo cual implica que, por ejemplo, aún cuando DIVISO SAF ya no contara con la autorización de funcionamiento respectiva, sería igualmente sancionado por aquellas infracciones que hubiere cometido cuando contaba con su autorización de funcionamiento vigente;

51. Igualmente, se debe agregar que el hecho que un fondo de inversión se convierta en privado no releva a la sociedad administradora de las obligaciones legales que tuvo cuando era un fondo objeto de oferta pública;

52. De otro lado, al haberse cumplido con todos los requisitos legales establecidos en la LPAG para que el OFICIO DE CARGOS sea considerado como un acto administrativo válido y teniendo en cuenta además lo señalado en los párrafos anteriores, no resulta sostenible el argumento referido a que en dicho Oficio se debió haber fundamentado la facultad de supervisión de la SMV respecto del FONDO;

53. Por lo expuesto anteriormente, se desestima el argumento invocado por DIVISO SAF;

RESPECTO A LOS EXCESOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS PARTÍCIPE DIVISO GRUPO S.A. Y NCF VALORES S.A.-

54. Con relación al incremento de participación de DIVISO GRUPO en 245 cuotas adicionales ocurrida el 25 de marzo de 2011, DIVISO SAF señaló que la misma se produjo como consecuencia de una reorganización de su grupo económico, donde producto de la fusión por absorción entre NCF S.A. y NCF INVERSIONES S.A. (hoy DIVISO GRUPO), esta última adquirió todos los activos de NCF S.A. en bloque y a título universal;

⁴ Norma que es de aplicación supletoria según lo dispone la Primera Disposición Final de la Ley de Fondos de Inversión y sus sociedades administradoras.

⁵ Cabe indicar que esta disposición legal ha sido también recogida en la modificación del artículo 342 dispuesta por Ley N° 29782.

En lo que se refiere a NCF VALORES, señala que tal como lo indicado en el OFICIO DE CARGOS, las mismas fueron adquiridas de DIVISO GRUPO, producto de la reorganización simple llevada a cabo el 26 de diciembre de 2011.

55. En ese sentido, DIVISO SAF señaló que se debe considerar lo siguiente:

- (i) Si bien el artículo 28 de la Ley de Fondos de Inversión no hace distingo alguno, vale la pena considerar que las transferencias de cuotas se produjeron como consecuencia de reorganizaciones dentro del mismo grupo económico, no habiéndose incrementado la participación bajo un interés particular de los partícipes de alcanzar nuevos umbrales de participación; por el contrario, era de interés de la sociedad administradora y de los partícipes fundadores que la participación de éstos se redujese a los niveles permitidos por la norma, conforme está acreditado con los acuerdos de Asamblea de Partícipes sobre la ampliación de capital que tenían por objetivo expreso que ingresen nuevos partícipes al FONDO.
- (ii) Si se toma en cuenta las reglas sobre propiedad indirecta, vinculación y grupos económicos, no queda duda que aún cuando se trata de personas jurídicas distintas, tanto DIVISO GRUPO como NCF VALORES pertenecen al mismo grupo económico, por tanto bajo dichas reglas es como las transferencias de las participaciones no hubiesen tenido efecto alguno, prueba de lo anterior es que en el caso de NCF VALORES, el accionista controlador de éste en el 99.99% es DIVISO GRUPO, según información pública difundida al mercado;

EVALUACIÓN DEL DESCARGO FORMULADO

56. Al respecto, el artículo 28 la Ley de Fondos de Inversión, en adelante LEY, señala que *“ninguna persona natural o jurídica podrá ser partícipe, **directa o indirectamente**, de más de un tercio del patrimonio neto de un Fondo de Inversión, salvo que se trate de fundadores y de inversionistas institucionales, según lo establecido en la Ley del Mercado de Valores, cuyo límite será el establecido en el respectivo Reglamento de Participación.”* (Resaltado nuestro);

57. En cumplimiento de la LEY y el segundo párrafo del artículo 45 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN, el numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN señala que *“ninguna persona natural o jurídica podrá ser Partícipe, **directa o indirectamente**, de más de un tercio del patrimonio neto del Fondo, salvo que se trate de Partícipes fundadores, durante los tres (3) primeros años de operaciones (...).”* (Resaltado nuestro);

58. De acuerdo al marco legal antes indicado, si NCF INVERSIONES (hoy DIVISO GRUPO) y NCF S.A. eran parte de un mismo grupo económico, al 24 de marzo de 2011 las cuotas que poseía NCF INVERSIONES de manera directa y las que poseía indirectamente a través de NCF S.A., o viceversa, originaba que ambos partícipes tengan, **indirectamente**, un exceso al límite de participación establecido en la LEY. Asimismo, en el caso de NCF INVERSIONES este partícipe tenía una participación **directa** en el FONDO que excedía el límite de un tercio del patrimonio del FONDO que establece el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN;

59. Asimismo, debe indicarse que para los casos en que el partícipe está en exceso, el último párrafo del artículo 46 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y el último párrafo del numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, señalan que en tanto subsista el exceso de participación, el partícipe no podrá adquirir nuevas cuotas;

60. Cabe precisar que tanto la LEY como las disposiciones legales mencionadas en el considerando precedente, no establecen excepciones para que el partícipe del FONDO pueda adquirir nuevas cuotas de personas naturales y jurídicas integrantes de su grupo económico, por más que el umbral de participación del grupo económico no se altere luego de estas adquisiciones como señala DIVISO SAF;

61. Como indica DIVISO SAF, la adquisición de 245 cuotas de participación efectuada el 25 de marzo de 2011 por parte de DIVISO GRUPO a NCF S.A. se realizó como parte de una reorganización dentro del mismo grupo económico, no habiéndose alterado la participación del grupo económico en el patrimonio neto del FONDO, es decir, la participación **indirecta** de ambos partícipes; sin embargo, la LEY y el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN también establecen un límite de participación **directa**, el cual ya había superado DIVISO GRUPO en 45,05% al 25 de marzo de 2011;

62. En este caso, debido a que no hay excepciones en la normativa, la mencionada adquisición realizada por NCF INVERSIONES incrementó su participación **directa**, independientemente que su participación indirecta no se haya alterado porque la adquisición fue realizada a una persona jurídica del mismo grupo económico. Debido a que la adquisición se realizó después del inicio de actividades del FONDO, se considera que el incremento del exceso de participación fue por causas imputables al partícipe;

63. En el mismo orden de ideas, la adquisición de NCF VALORES de las cuotas de participación de DIVISO GRUPO como parte de una reorganización del grupo económico al que pertenecían ambas personas jurídicas, fue también un caso de exceso de participación por causas imputables al partícipe debido a que no existen excepciones en la normativa para que se alcance o incremente el exceso de participación de un partícipe por transferencias de cuotas entre personas de un mismo grupo económico;

64. Cabe precisar que la imputación está relacionada con la actuación de la sociedad administradora respecto al cumplimiento de las disposiciones legales referidas a los límites de participación, no a la actuación de los partícipes. Por ello, independientemente de que los partícipes integrantes del mismo grupo económico no hayan tenido la intención de incrementar el umbral de participación de manera conjunta que les permita tomar ventaja en los acuerdos que se adopten en las asambleas, DIVISO SAF debió actuar en estricto cumplimiento de la normatividad la cual la obliga a requerir a los partícipes la regularización inmediata de los excesos de participación por causas imputables al partícipe;

65. Además, cabe considerar que al solicitar al partícipe la orden de venta a terceros de las participaciones en exceso, la sociedad administradora habría actuado de manera consistente a su objetivo de reducir las participaciones de los partícipes fundadores; asimismo, cabe añadir que al ser los partícipes involucrados en los excesos de participación

también parte del grupo económico al que pertenece DIVISO SAF, esta debió ser más exhaustiva en el cumplimiento de las normas sobre límites de participación, mostrando en todo momento una actuación imparcial de acuerdo a sus normas generales de conducta;

66. Por lo expuesto, el argumento de DIVISO SAF no desvirtúa los cargos imputados;

RESPECTO DEL CÓMPUTO DEL QUÓRUM Y DEL EJERCICIO DEL DERECHO A VOTO DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN EN EXCESO.-

67. DIVISO SAF señala que en el OFICIO DE CARGOS, respecto de DIVISO GRUPO, se indica que la sociedad administradora permitió el cómputo del quórum y el ejercicio del derecho a voto de las cuotas de participación en exceso en las asambleas de partícipes del 28 de abril de 2011 y 15 de diciembre de 2011, mientras que respecto a NCF VALORES las mismas conductas se materializaron en las asambleas de fechas 27 de enero de 2012, 23 de abril de 2012 y 28 de junio de 2012;

68. Sobre el particular, DIVISO SAF indica que previo a lo señalado por el OFICIO DE CARGOS, la SMV hizo de su conocimiento lo observado, por lo cual trató de regularizar la situación presentada, en cumplimiento de lo solicitado por el mismo regulador. Así, precisa que mediante Oficio N° 2768-2012-SMV/10.2 de fecha 13 de julio de 2012 dirigido por la IGSE a DIVISO SAF, entre otros aspectos, señaló lo siguiente:

*“Adicionalmente, debo informarle que, de la revisión de las actas de asamblea presentadas, así como de la información proporcionada por NCF Fondos SAF S.A. a esta Superintendencia, se ha identificado que, pese a encontrarse en un supuesto de exceso de participación, tanto NCF Inversiones S.A. como NCF Valores S.A. han ejercido su derecho de voto en las asambleas de partícipes por el total de su participación, cuando, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.7 del reglamento de participación del FONDO y el artículo 97 segundo párrafo del REGLAMENTO, las cuotas de participación que tuviese un partícipe en exceso no se computan para el quórum ni es posible ejercer respecto de ellas el derecho de voto. **En consecuencia, deberá regularizar esta situación y tomar los acuerdos correspondientes, respetando lo establecido en la regulación aplicable.**”*
(El subrayado es agregado).

69. Ante el pedido de la SMV de regularizar la situación presentada, DIVISO SAF realizó los siguientes actos, los cuales fueron puestos en conocimiento del mercado en calidad de hechos de importancia:

- (i) El 30 de julio de 2012 presentó a la SMV escrito de desistimiento del procedimiento de aprobación de las modificaciones al REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN; en la medida que las modificaciones habían sido aprobadas con un quórum y una mayoría cuestionada. Señala que tal desistimiento fue aprobado por la SMV mediante Oficio N° 3101-2012-SMV/10.2 de fecha 06 de agosto de 2012.
- (ii) Se llevó a cabo la asamblea de partícipes del FONDO el 15 de noviembre de 2012, con la participación de NCF VALORES con el número de cuotas



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

permitida por la normativa para el quórum y los acuerdos, se revocó los acuerdos adoptados en las asambleas de partícipes celebradas el 15 de diciembre de 2011, 27 de enero de 2012 y 28 de junio de 2012; haciéndose de conocimiento de los partícipes asistentes que dicha revocación debería de ser aprobada a fin de dar cumplimiento al Oficio N° 2768-2012-SMV/10.2;

70. Asimismo, DIVISO SAF considera que el Oficio N° 2768-2012-SMV/10.2 fue una medida correctiva, pues permitió regularizar la situación presentada, cumpliéndose así con subsanar los hechos cuestionados por la IGSE;

EVALUACIÓN DEL DESCARGO FORMULADO

71. Respecto a lo señalado por DIVISO SAF, cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 y 32 del REGLAMENTO DE SANCIONES, una de las condiciones que debe acreditarse para proceder con la aplicación de medidas correctivas es que la infracción debe ser tipificada como leve en los anexos del REGLAMENTO DE SANCIONES;

72. Por tanto, considerando que la infracción que habría cometido DIVISO SAF está calificada como grave en el inciso 2.8, numeral 2 del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES: *“No convocar o no celebrar las asambleas generales de partícipes en la forma y oportunidades que señala la normativa o no observar los requisitos para su convocatoria o celebración.”*, no era procedente, en este caso, que la IGSE aplique medidas correctivas;

73. De acuerdo a ello, corresponde precisar que el Oficio N° 2768-2012-SMV/10.2 de la IGSE fue un acto administrativo que formuló observaciones al procedimiento de solicitud de aprobación de modificaciones al REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN iniciado por DIVISO SAF ante la SMV. A consecuencia de este oficio de observaciones, DIVISO SAF presentó a la SMV un escrito de desistimiento del procedimiento, por lo que la SMV le mencionó que en aplicación de lo dispuesto en los numerales 4 y 6 del artículo 189 de la LPAG, se aceptó el desistimiento formulado y, en consecuencia, se dio por concluido el procedimiento;

74. En ese sentido, al no haberse emitido una medida correctiva al amparo de lo dispuesto por el REGLAMENTO DE SANCIONES, y dado que DIVISO SAF incumplió la normativa al permitir el ejercicio del derecho a voto de cuotas de participación en exceso, no la exime de responsabilidad aún cuando dichos acuerdos hayan sido posteriormente dejados sin efecto, máxime aún si tales acuerdos se tomaron como consecuencia de las observaciones planteadas por el regulador y no a iniciativa propia de DIVISO SAF, por lo que lo argumentado por dicha sociedad administradora no desvirtúa los cargos imputados;

EL CÓMPUTO DEL QUÓRUM Y DEL EJERCICIO DEL DERECHO A VOTO DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN SIN EXCESO HUBIESE PERMITIDO ADOPTAR ACUERDOS IGUALMENTE VÁLIDOS:

75. Señala DIVISO SAF que aún sin considerar las cuotas de participación en exceso de los partícipes DIVISO GRUPO y NCF



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV

Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

VALORES para el cómputo del quórum y para el ejercicio del derecho de voto en las asambleas mencionadas en el OFICIO DE CARGOS, se habrían adoptado igualmente algunos de los acuerdos debido al porcentaje de votos necesario para la adopción de estos;

76. Indica que los acuerdos referidos a las modificaciones del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN requerían una mayoría de dos terceras partes de cuotas de participación (66%), en primera convocatoria, y de tres quintos de las cuotas (60%), en segunda convocatoria. No obstante, como mencionó anteriormente, los acuerdos referidos a las modificaciones del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN se revocaron en asamblea de partícipes, luego de la observación realizada por la IGSE; y que, en todo caso, el error en el que ha incurrido fue no considerar correctamente el quórum y mayoría con el que se adoptó cada acuerdo;

EVALUACIÓN DEL DESCARGO FORMULADO

77. Con el fin de analizar lo argumentado por DIVISO SAF, resulta conveniente citar los acuerdos adoptados, así como los quóruns y porcentajes de votaciones de las asambleas señaladas en el OFICIO DE CARGOS:

ASAMBLEA DE PARTÍCIPIES ORDINARIA CELEBRADA EL 28 DE ABRIL DE 2011

78. En dicha asamblea se acordó aprobar los estados financieros auditados anuales y memoria anual del FONDO correspondiente al ejercicio 2010, modificar el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, aprobar el informe de actividades del FONDO a marzo de 2011, aprobar el informe anual del Comité de Vigilancia por el ejercicio 2010 y designar a los auditores externos para el ejercicio 2011;

79. En esta asamblea asistió DIVISO GRUPO y una persona natural. Para el quórum se computó la totalidad de las cuotas de DIVISO GRUPO, incluyendo sus cuotas en exceso: 7 014, que representa el 78,3862% del total de 8 948 cuotas. Si no se hubiera computado las cuotas en exceso y DIVISO GRUPO hubiera votado sin sus cuotas en exceso, el porcentaje de votación habría sido de 60,725%;

ASAMBLEA DE PARTÍCIPIES EXTRAORDINARIA CELEBRADA EL 15 DE DICIEMBRE DE 2011

80. En dicha asamblea se acordó aumentar el capital por nuevos aportes, modificar el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN y delegar al Comité de Vigilancia facultades respecto a acuerdos de aumento de capital y modificación del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN;

81. En esta asamblea solo asistió DIVISO GRUPO y se computó para el quórum la totalidad de sus cuotas, incluyendo sus cuotas en exceso: 7 014, que representa el 78,3862% del total de 8 948 cuotas. Si no se hubiera computado las cuotas en exceso y DIVISO GRUPO hubiera votado sin sus cuotas en exceso, el porcentaje de votación habría sido de 60,66%.

ASAMBLEA DE PARTÍCIPIES EXTRAORDINARIA CELEBRADA EL 27 DE ENERO DE 2012

82. Se acordó modificar el Reglamento de Participación y delegar al Comité de Vigilancia facultades respecto a la modificación del Reglamento de Participación;

83. En esta asamblea solo asistió NCF VALORES y se computó para el quórum la totalidad de sus cuotas, incluyendo sus cuotas en exceso: 7 014, que representa el 78,3862% del total de 8 948 cuotas. Si no se hubiera computado las cuotas en exceso y NCF VALORES hubiera votado sin sus cuotas en exceso, el porcentaje de votación habría sido de 60,66%;

ASAMBLEA DE PARTÍCIPIES ORDINARIA CELEBRADA EL 23 DE ABRIL DE 2012

84. En dicha asamblea se acordó aprobar los estados financieros auditados y memoria anual del FONDO correspondiente al ejercicio 2011, aprobar el informe de gestión del Comité de Vigilancia, designar a los miembros del Comité de Vigilancia y fijar su retribución y delegar facultades al Comité de Vigilancia para la designación de auditores externos para el ejercicio 2012;

85. En esta asamblea solo asistió NCF VALORES y se computó para el quórum la totalidad de sus cuotas, incluyendo sus cuotas en exceso: 7 014, que representa el 78,22% del total de 8 967 cuotas. Si no se hubiera computado las cuotas en exceso y NCF VALORES hubiera votado sin sus cuotas en exceso, el porcentaje de votación habría sido de 60,48%;

ASAMBLEA DE PARTÍCIPIES EXTRAORDINARIA CELEBRADA EL 28 DE JUNIO DE 2012

86. En dicha asamblea se acordó modificar la retribución de los miembros del Comité de Vigilancia, se tomó conocimiento del Oficio N° 2232-2012-SMV/10.2 y se aprobó modificar el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN a fin de subsanar las observaciones planteadas por la SMV en el mencionado Oficio. Asimismo, se ratificaron los acuerdos tomados en asambleas anteriores referidos a la modificación del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN.

87. En esta asamblea solo asistió NCF VALORES y se computó para el quórum la totalidad de sus cuotas, incluyendo sus cuotas en exceso: 7 014, que representa el 78,22% del total de 8 967 cuotas. Si no se hubiera computado las cuotas en exceso y NCF VALORES hubiera votado sin sus cuotas en exceso el porcentaje de votación habría sido de 60,48%;

88. Al respecto, cabe señalar que no se puede considerar un error de DIVISO SAF haber computado el quórum de las asambleas de partícipes considerando las cuotas en exceso de propiedad de DIVISO GRUPO y NCF VALORES, por cuanto está obligada a cumplir con la debida diligencia en su función de sociedad administradora, observando lo dispuesto en el REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y en el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN;

89. Como se mencionó anteriormente, los partícipes a quienes se les contabilizaron sus cuotas en exceso en las asambleas de partícipes y que prácticamente fueron los únicos partícipes que asistieron a las asambleas en cuestión, son personas jurídicas integrantes del mismo grupo económico al que pertenece DIVISO SAF, por lo que la actuación

de la sociedad administradora debió estar ajustada a la normativa antes mencionada;

90. En ese sentido, y sin perjuicio que algunos acuerdos igualmente se habrían adoptado si no se contabilizaban las cuotas en exceso, el hecho concreto materia de observación fue que las citadas Asambleas de Partícipes se celebraron desconociendo lo dispuesto en el REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y en el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, debiendo precisarse que en casi la totalidad de las asambleas de partícipes en cuestión se adoptaron acuerdos referidos a la modificación del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, trámite que DIVISO SAF seguía ante la SMV para su aprobación, debiendo resaltarse que respecto de estos, la IGSE observó que no se habían cumplido los requisitos para la celebración de las asambleas y señaló que los acuerdos no eran válidos y que, por tanto, no se podía continuar con el trámite de aprobación, situación que obligó a DIVISO SAF a dejar sin efecto todos los acuerdos que fueron adoptados contabilizando el voto de las participaciones en exceso;

FALTA DE MATERIALIDAD EN LAS CONDUCTAS ATRIBUIDAS A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA E INEXISTENCIA DEL PERJUICIO CAUSADO

91. Señala DIVISO SAF que los hechos imputados no revisten materialidad que justifique el inicio de un procedimiento sancionador, siendo que por el contrario, dichos eventos han sido corregidos por ella cuando fue requerida para dicho fin por la SMV, ya que, en su opinión, el OFICIO DE CARGOS fue como una medida correctiva, pues permitió regularizar la situación presentada, cumpliéndose así con subsanar los hechos cuestionados por la IGCP. Añade finalmente que no ha recibido queja o denuncia alguna de algún partícipe o tercero que se considere afectado producto de las conductas imputadas como infracción;

EVALUACIÓN DEL DESCARGO FORMULADO

92. Sobre lo señalado por DIVISO SAF, debe indicarse que ello será tomado en consideración al momento de evaluar la sanción a imponer;

93. En tal sentido, se ha evidenciado que DIVISO SAF incumplió lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 46 y el artículo 97 del REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y por el numeral 5.7 del Capítulo V del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN del FONDO, por lo que ha quedado acreditado que DIVISO SAF ha cometido dos (02) infracciones: una de naturaleza grave contenida en el inciso 2.8, numeral 2, del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES y otra de naturaleza leve, tipificada en el inciso 3.2, numeral 3, del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES, vigente al momento de ocurridos los hechos;

94. Finalmente, con respecto al escrito mediante el cual DIVISO SAF, manifiesta allanarse respecto a las infracciones imputadas en el presente expediente, debe señalarse lo siguiente:

- El instituto del allanamiento no se encuentra contemplado en la LPAG. Sin embargo, dicha figura sí se encuentra regulada en el Código Procesal Civil, cuerpo normativo que es de aplicación supletoria al

presente caso, en virtud de lo dispuesto por el Título Preliminar de la LPAG en su Artículo V, numeral 2.3.

- El artículo 330° del Código Procesal Civil establece que el demandado puede expresamente allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el Auxiliar jurisdiccional. En el primer caso acepta la pretensión dirigida contra él; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta.
- Asimismo, el artículo 331° de dicho Código establece que el demandado puede allanarse a la demanda en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia. Finalmente, el artículo 333° del citado código adjetivo establece que, declarado el allanamiento, el Juez debe expedir sentencia inmediata, salvo que éste no se refiera a todas las pretensiones demandadas;

95. De lo anterior, tenemos que la manifestación de allanamiento de DIVISO SAF, debe ser considerada como un elemento adicional que abona sobre los indicios en los que se sustenta la investigación en el presente procedimiento administrativo y como parte del proceso de evaluación de la sanción;

IV. Evaluación de la sanción

96. De lo expuesto precedentemente, se ha determinado que DIVISO SAF incurrió en la infracción tipificada en el inciso 2.8, numeral 2, del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES, que describe como infracción de naturaleza grave: *“No convocar o no celebrar las asambleas generales de partícipes en la forma y oportunidades que señala la normativa o no observar los requisitos para su convocatoria o celebración”*; Asimismo, se ha determinado que DIVISO SAF incurrió en la infracción tipificada en el inciso 3.2, numeral 3, del Anexo VI del REGLAMENTO DE SANCIONES que describe como infracción de naturaleza leve: *“No cumplir con la normativa relativa a los límites de participación en el fondo”*;

97. Con respecto a los criterios a tener en cuenta para imponer la sanción, debemos señalar que el artículo 6 del REGLAMENTO DE SANCIONES establece que las sanciones administrativas que se impongan deberán tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 348° de la LMV y el numeral 3° del artículo 230° de la LPAG, así como la declaración voluntaria de la comisión de la infracción, la contribución del infractor para su esclarecimiento y los atenuantes de responsabilidad establecidos en el artículo 236°-A de la LPAG;

98. Dentro de este marco, la evaluación de la sanción debe considerar: a) Antecedentes de los infractores; b) 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 y del perjuicio causado; c) El perjuicio económico causado; d) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; e) Las circunstancias de la comisión de la infracción; f) El beneficio ilegalmente obtenido; g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor; h) La declaración voluntaria de la comisión de la infracción y la contribución del infractor para su esclarecimiento; i) La subsanación voluntaria del acto u omisión constitutivo de infracción con anterioridad a la notificación de los

cargos correspondientes; y j) El error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal;

99. Con relación a los antecedentes del infractor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 del REGLAMENTO DE SANCIONES, vigente al momento de la comisión de la infracción, constituyen antecedentes las sanciones impuestas y que hayan quedado firmes durante los tres (03) años anteriores a la fecha en la que se detectó la infracción;

100. De otro lado, según el artículo 17 del REGLAMENTO DE SANCIONES, vigente, modificado mediante la Resolución SMV N° 006-2012-SMV.10.1, constituyen antecedentes las sanciones firmes impuestas dentro de los cuatro (04) años anteriores a la comisión de la infracción;

101. Habiéndose realizado la evaluación de antecedentes, se determinó que aplicando cualquiera de los supuestos señalados previamente, DIVISO SAF no presenta antecedentes de infracción;

102. Respecto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, que incluye el perjuicio causado y la repercusión en el mercado, no se ha podido acreditar que la actuación de DIVISO SAF haya causado daño al interés público, sin embargo, hay una afectación a un bien jurídico protegido, consistente en la protección del inversionista, dado que DIVISO SAF al no haber cumplido con las obligaciones que señala la LEY y el REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN para resguardar el cumplimiento de los límites de participación y las formalidades para la celebración de las asambleas, ha vulnerado el interés público, afectando a la protección que la normativa proporciona al inversionista;

103. En efecto, la obligación de las sociedades administradoras de fondos, de exigir la regularización inmediata de los excesos de participación producidos por causas imputables a los partícipes, así como no tomar en cuenta para el quórum de las asambleas de partícipes y para el ejercicio del derecho de voto, las cuotas que tienen en exceso los partícipes incluyendo los fundadores cuando ha vencido el plazo para regularizar los excesos, es una garantía para los partícipes porque brinda la seguridad que la administradora está resguardando que ningún partícipe tome participación fuera de los umbrales permitidos en el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, y más aún que estos partícipes no ejerzan el voto en las asambleas con la participación en exceso que tuvieran, que les podría permitir tomar ventaja en la adopción de acuerdos;

104. Con relación al perjuicio económico causado, si bien se ha evidenciado que DIVISO SAF incumplió lo dispuesto por la LEY, el REGLAMENTO DE FONDOS DE INVERSIÓN y el REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN, no se ha acreditado que la infracción en la que ha incurrido DIVISO SAF haya causado un perjuicio económico concreto a los participantes del mercado;

105. Respecto a la repetición y/o continuidad en la comisión de las infracciones materia de la presente resolución, de conformidad con lo determinado en el numeral 7 del artículo 230 de la LPAG no se observa que en el presente caso se presenten los supuestos que podrían configurar una repetición y/o continuidad de las infracciones materia del presente procedimiento administrativo sancionador;

106. En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, debe mencionarse que DIVISO SAF en su condición de

administrador de fondos, conoce de las normas que regula el mercado de valores y de su obligatorio cumplimiento, que incluye el cumplimiento del deber de observancia de resguardar el cumplimiento de los límites de participación y las formalidades para la celebración de las asambleas;

107. Respecto del beneficio ilegalmente obtenido, no se ha acreditado en el presente procedimiento que DIVISO SAF haya obtenido algún beneficio al incurrir en la infracción imputada;

108. Con relación a existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, se debe precisar que DIVISO SAF no cumplió con requerir la regularización inmediata de los excesos de participación de los partícipes DIVISO GRUPO y NCF VALORES por causas imputables a estos. Asimismo, no impidió que se contabilicen en el quórum y que estos partícipes ejerzan su derecho de voto en las asambleas respecto a las cuotas en exceso que tenían. Debe considerarse que DIVISO SAF conocía la referida obligación y en este caso, sin que medien eximentes para su cumplimiento, no observó tal obligación. No obstante lo antes señalado, debe indicarse que no se ha podido evidenciar la intencionalidad en la conducta incurrida por DIVISO SAF;

109. Asimismo, en cuanto a la declaración voluntaria de la comisión de las infracciones y la contribución de los infractores para su esclarecimiento, DIVISO SAF, a pesar de las evidencias, no reconoció la comisión de la infracción materia del presente procedimiento hasta fecha posterior al Informe N° 029-2014-SMV/10.3 del 17 de enero de 2014, informe en el que se evalúan los cargos formulados a DIVISO SAF y sus descargos respectivos y que fue sometido a conocimiento de esta Superintendencia Adjunta en dicha fecha, y a la presentación de su informe oral del 09 de abril de 2014, que en uso de su derecho de defensa, expuso sus alegatos respectivos. La manifestación de allanamiento de DIVISO SAF a las infracciones imputadas en el presente procedimiento administrativo sancionador se efectuó el 10 de abril de 2014;

110. Adicionalmente, con relación a la evaluación de las atenuantes de responsabilidad establecidos en el artículo 236-A de la LPAG, es de señalar que DIVISO SAF no ha subsanado voluntariamente los actos u omisiones constitutivos de infracción contenidos en el oficio de cargos respectivo antes de la notificación de este último, salvo el acto de convocar a asamblea de partícipes para que se acuerde dejar sin efecto los acuerdos adoptados irregularmente en anteriores asambleas, ante la acción de supervisión de la SMV en el trámite de aprobación de la modificación del REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN. Asimismo, en el presente caso no se ha evidenciado que la conducta infractora por parte de DIVISO SAF se haya generado por un error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa e ilegal;

111. De otro lado, debe señalarse que debido a que son dos (02) las infracciones cometidas por DIVISO SAF corresponde imponer la sanción por la infracción de mayor gravedad, conforme lo señala el 15⁶ del REGLAMENTO DE SANCIONES;

112. Sin embargo, teniendo en cuenta los criterios

⁶ **Artículo 15°.- Concurso de Infracciones.-** En el caso de concurso de infracciones, se aplica lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento. Asimismo, cuando varias conductas califiquen como más de una infracción se impone la sanción que corresponde a la infracción más grave.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV

Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

de sanción analizados, y en aplicación del principio de razonabilidad contemplado en el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG que señala que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, así como de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 6 del REGLAMENTO DE SANCIONES, corresponde imponer a DIVISO SAF una sanción aplicable a las infracciones leves de acuerdo con el artículo 22 del REGLAMENTO DE SANCIONES;

Estando a lo dispuesto en el artículo 32, numeral 16, del Reglamento de Organización y Funciones de la SMV, aprobado por Decreto Supremo N° 216-2011-EF.

RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar que Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A. ha incurrido en una infracción de naturaleza grave tipificada en el Anexo VI, numeral 2, inciso 2.8, del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 y sus normas modificatorias, al permitir que respecto de las cuotas de participación en exceso de los partícipes Diviso Grupo Financiero S.A. y NCF Valores S.A. del fondo de inversión denominado “Mineras Junior NCF Fondos de Inversión”, estas sean computadas para el quórum en las asambleas mencionadas en la presente resolución y que en estas últimas tales partícipes ejercieran el derecho de voto respectivo por las cuotas en exceso;

Artículo 2º.- Declarar que Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A. ha incurrido en una infracción de naturaleza leve tipificada en el Anexo VI, numeral 3, inciso 3.2, del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 y sus normas modificatorias, al no exigir a los partícipes Diviso Grupo Financiero S.A. y NCF Valores S.A. del fondo de inversión denominado “Mineras Junior NCF Fondos de Inversión”, la regularización inmediata del exceso por las 245 y 4 025 cuotas de participación, respectivamente, y requerir copia de la orden de venta de las referidas cuotas en exceso;

Artículo 3º.- Sancionar a Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A. con una multa de cuatro (04) UIT ascendente a S/. 14 400,00 (Catorce Mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) por la comisión de las infracciones mencionadas en los artículos precedentes.

Artículo 4º.- La presente resolución no agota la vía administrativa, salvo que sea consentida, pudiendo ser impugnada ante la Superintendencia Adjunta de Supervisión Prudencial mediante la interposición del recurso de reconsideración o apelación, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.

Artículo 5º.- En el caso que la presente resolución no sea objeto de impugnación mediante recurso de reconsideración o apelación en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada y quede consentida, deberá ser publicada en el Portal de la Superintendencia del Mercado de Valores, en observancia de lo dispuesto por el artículo 3º, numeral 1, de las Normas relativas a la publicación y difusión de las resoluciones emitidas por los órganos decisorios de la SMV, aprobadas



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV

Superintendencia del Mercado
de Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

por Resolución CONASEV N° 073-2004-EF/94.10. y por lo dispuesto en el artículo 10°A del Reglamento de Sanciones.

Artículo 6°.- Transcribir la presente resolución a Diviso Fondos Sociedad Administradora de Fondos S.A.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Omar Gutiérrez Ochoa
Superintendente Adjunto
Superintendencia Adjunta de Supervisión Prudencial