

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe de Expediente de Relevancia Jurídica 2089, Expediente No. 036571-2007
sobre conflicto entre accionistas de la Compañía Minera San Ignacio de
Morococha S.A. por una supuesta actuación concertada sin cumplir con la
realización de una Oferta Pública de Adquisición.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Juan Sergio Puicon Deza

Revisor:

Enrique Rosendo Bardales Mendoza

Lima, 2023



Informe de Similitud

Yo, **Enrique Rosendo Bardales Mendoza**, docente de la Facultad de **DERECHO**, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de suficiencia profesional titulado(a)

Informe de Expediente de Relevancia Jurídica 2089, Expediente No. 036571-2007 sobre conflicto entre accionistas de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. por una supuesta actuación concertada sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición.


del/de la autor(a)/de los(as) autores(as)

Juan Sergio Puicon Deza

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **18%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **11/07/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de suficiencia profesional y no se advierten indicios de plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 18 de septiembre de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Bardales Mendoza, Enrique Rosendo	
DNI: 08571041	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6986-6350	

RESUMEN

El presente informe jurídico aborda la denuncia presentada por Talingo Corporation ante Conasev en contra de Clarion Holding LTD y Ross J. Beaty por una supuesta estrategia con el objetivo de tomar el control absoluto de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha. En el informe analizaremos tres problemas jurídicos a la luz del derecho societario y el derecho administrativo. En primer lugar, analizaremos la supuesta actuación concertada entre Clarion y Ross Beaty para la toma de control relativo de SIMSA sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición. Para ello, definiremos la figura de la OPA en la regulación peruana, la figura de la actuación concertada en el marco de una OPA, y analizaremos las pruebas presentadas por Talingo. En segundo lugar, analizaremos la denuncia de Talingo sobre la adaptación de SIMSA a una Sociedad Anónima Abierta como consecuencia de las donaciones hechas por Clarion a trabajadores de la empresa. Para ello, describiremos la regulación peruana en torno a las Sociedades Anónimas Abiertas, y el rol de la Conasev como ente supervisor de estas. Por último, analizaremos la controversia entre Talingo y la Dirección de Emisores de la Conasev, por la negativa de esta última de incluir a Talingo en el procedimiento administrativo sancionador. Para ello, haremos una descripción de los participantes del procedimiento administrativo sancionador, la figura del tercero con legítimo interés, las fases de un procedimiento administrativo sancionador, la etapa de investigaciones preliminares, y el inicio del procedimiento sancionador.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	4
RELACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CONTROVERSIA DEL EXPEDIENTE.....	6
PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	22
ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	23
1. ¿Existió actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty para la toma de control relativo de SIMSA sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición?	23
2. ¿Es legítima la adaptación de SIMSA a una Sociedad Anónima Abierta como consecuencia de las donaciones de Clarion?.....	44
1. ¿Debe la Conasev incluir a Talingo como parte del procedimiento administrativo sancionador, permitirle presentar medios probatorios y acceder al expediente?	50
CONCLUSIONES	59
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62
ANEXOS	65

INTRODUCCIÓN

El presente informe jurídico aborda la denuncia presentada por Talingo Corporation (“Talingo”) ante la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (“Conasev”), en contra de Clarion Holding LTD (“Clarion”) y Ross J. Beaty (“sr. Beaty”), por una supuesta actuación concertada para la toma de control absoluto de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (“SIMSA”) sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición (“OPA”). Asimismo, aborda la controversia entre Talingo y la Dirección de Emisores de la Conasev, al no estar Talingo conforme con la decisión de la autoridad de no incluirlos dentro de las investigaciones preliminares del procedimiento administrativo sancionador, así como su negativa a aceptar medios probatorios adicionales a aquellos presentados en la denuncia y el acceso íntegro al expediente administrativo.

La elección del presente expediente se basa en la diversidad de problemáticas jurídicas que nos permite abordar el caso de análisis desde una perspectiva del Derecho Societario y Administrativo, lo cual comprende tres problemáticas jurídicas principales a analizar. En primer lugar, analizaremos la supuesta actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty para la toma de control relativo de SIMSA sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición. Para ello, haremos una descripción acerca de la figura de la OPA en la regulación peruana, la figura de la actuación concertada en el marco de una OPA, la prueba indiciaria para una actuación concertada, y un análisis de las pruebas presentadas por Talingo. En segundo lugar, analizaremos la denuncia de Talingo sobre la adaptación de SIMSA a una Sociedad Anónima Abierta (“SAA”) como consecuencia de las donaciones hechas por Clarion a trabajadores de la empresa. Para ello, haremos una descripción de la regulación peruana en torno a las Sociedades Anónimas Abiertas, y el rol de la Conasev como ente supervisor de estas. En tercer lugar, analizaremos la controversia sobre la inclusión de Talingo como parte del procedimiento administrativo de sancionador, presentación de medios probatorios y acceso al expediente. Para ello haremos una descripción de los participantes del procedimiento administrativo sancionador, la figura del tercero con legítimo interés, las fases de un procedimiento administrativo sancionador, la etapa de investigaciones preliminares, y el inicio del procedimiento sancionador.

Ahora bien, a efectos de realizar de otorgar mayor claridad en el análisis descrito debemos tener en claro ciertas precisiones. En primer lugar, el caso en cuestión se llevó a cabo entre los años 2007 y 2010, antes de la conversión de la Conasev en la Superintendencia del Mercado de Valores, y las modificaciones al Reglamento de Oferta Pública de Adquisición. En segundo lugar, el análisis se encontrará centrado en todo lo practicado por la Conasev a lo largo de la etapa de investigaciones preliminares para el procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, paralelamente al presente caso, Talingo presentó una denuncia contra los mismos denunciados por el lado civil; sin embargo, en el presente informe nos concentraremos exclusivamente en la denuncia presentada ante Conasev.



RELACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CONTROVERSI A DEL EXPEDIENTE

1. El 28 de diciembre de 2007, Talingo Corporation, accionista minoritario de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. con 22.36% de acciones comunes con derecho a voto, presentó una denuncia ante la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores solicitando el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Clarion Holding LTD y el señor Ross J. Beaty. En primer lugar, por una supuesta actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty para la toma de control relativo de SIMSA sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición. En segundo lugar, por la celebración de 852 contratos de donación, de 10 acciones comunes con derecho a voto, por parte de Clarion a favor de igual número de trabajadores de la empresa con el objetivo de forzar una conversión de una Sociedad Anónima Ordinaria a una Sociedad Anónima Abierta.
2. El pedido de Talingo para la Conasev es: (i) la aplicación de una medida correctiva referida a la obligación de efectuar una Oferta Pública de Venta (OPV) de los valores adquiridos por Clarion y el sr. Beaty; (ii) la realización de una OPA por un mínimo de hasta 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA por un precio no menor de S/ 8.20; (iii) la suspensión de los derechos políticos de la totalidad de acciones de Clarion y el sr. Beaty hasta la resolución de la controversia; y, (iv) la suspensión de la obligación de SIMSA de convertirse a una SAA.
3. La operación referida por Talingo se realizó el 11 de julio de 2007, cuando Clarion adquirió 3'300,000 acciones adicionales, consiguiendo aumentar a 48.84563% de participación en el capital social de SIMSA. Asimismo, 14 segundos después de la operación de Clarion, el sr. Beaty adquirió 1'000,000 acciones del mismo vendedor que Clarion, consiguiendo 1.224295% de participación en SIMSA. De acuerdo con lo referido por Talingo, Clarion y el sr. Beaty alcanzan, conjuntamente, el 50.069925% de participación en SIMSA.
4. Posteriormente, entre los días 21 y 23 de diciembre de 2007, Clarion dono 10 acciones a 852 trabajadores de SIMSA con el objetivo de llegar al mínimo de accionistas requeridos

por la Ley General de Sociedades (“LGS”) para transformarse en una SAA. Tal donación representa aproximadamente el 0.01% del capital social de SIMSA.

Talingo sostiene que esta donación tuvo el objetivo de conseguir el control absoluto de SIMSA, ello ya que el estatuto social de SIMSA establecía un quórum para la celebración de Juntas Generales de 80% de las acciones suscritas con derecho a voto en primera o segunda convocatoria, y de 51% en tercera convocatoria. Asimismo, se exige una mayoría calificada de 80% para la adopción de acuerdos trascendentales para la Sociedad. Por ende, al transformarse la sociedad en una SAA, dichos quórums y mayorías disminuían, por lo que Clarion y el sr. Beaty solamente necesitaban el 50% + 1 de participación para controlar SIMSA.

5. El 16 de enero de 2008, Talingo solicitó una medida cautelar consistente en (i) la suspensión provisional de los derechos políticos inherentes a la totalidad de acciones en SIMSA pertenecientes a Clarion y el sr. Beaty; y (ii) la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una SAA. Adicionalmente, Talingo solicitó que se le permita el acceso al expediente administrativo y que se admitan medios probatorios adicionales.
6. El 29 de enero de 2008, Clarion presentó un escrito de descargo con relación a la denuncia de Talingo en el cual rechazó la acusación de haber adquirido un paquete de acciones comunes de SIMSA en concertación con el sr. Beaty, sino que estas se realizaron de manera independiente del mismo comprador. Sostuvo que Isabel Arias Vargas, en su calidad de directora de SIMSA, comunicó a los presentes en la reunión para la compra de las acciones que conocía del interés del sr. Beaty en adquirir también una participación minoritaria en SIMSA, por lo que se comunicaron con él para la adquisición de un millón de acciones comunes. Asimismo, sostiene que las donaciones efectuadas a los trabajadores de SIMSA no guarda ninguna relación con alguna supuesta acción concertada, sino que tuvo como objetivo otorgar un beneficio a los trabajadores y liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento y desgobierno como consecuencia del mal uso que estaba haciendo Talingo del derecho de veto estatutario.

7. El 26 de febrero de 2008, la Dirección de Emisores de Conasev (la “Dirección”) declaró infundada la medida cautelar respecto de la primera pretensión principal, referida a la suspensión de los derechos políticos de la totalidad de acciones de titularidad de Clarion y el sr. Beaty, sosteniendo que debido a que, de la evaluación conjunta de los indicios presentados por Talingo, no se determina razonablemente un grado de verosimilitud respecto de la existencia de una supuesta actuación concertada. Asimismo, declaró improcedente respecto a la segunda pretensión principal referida a la suspensión de la conversión de SIMSA al tipo societario de una SAA, dado que ello no se encuentra dentro de los alcances de competencia de Conasev al no existir un mandato que permita la inaplicación por la vía administrativa de una cuestión societaria.
8. El 28 de febrero de 2008, la Dirección emitió el Oficio No. 987-2008-EF/94.063, rechazando la admisión de los medios probatorios adicionales presentados por Talingo señalando que, de conformidad con lo establecido en el art. 10-A del Reglamento de Sanciones, el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.
9. El 05 de marzo de 2008, Talingo interpone recurso de apelación ante Oficio No. 987-2008-EF/94.063 para que este sea declarado nulo y se ordene que se admitan los medios probatorios ofrecidos y su participación como terceros legitimados en el procedimiento. Sostiene que la decisión de la Dirección se basa en una lectura equivocada, ilegal e inconstitucional del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, dado que Talingo no tiene únicamente la condición de denunciante, sino de tercero legitimado, y debe permitirse un ejercicio pleno de su derecho a un debido procedimiento administrativo. Asimismo, Talingo presentó una ampliación del recurso de apelación, señalando que, de acuerdo con el Reglamento de Sanciones, el recurso de apelación debía ser resuelto por el Tribunal Administrativo de Conasev.
10. El 25 de junio de 2008, la Gerencia General de Conasev emitió el Oficio No. 2950-2008-EF/94.01.2, por medio de la cual declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto

por Talingo. En primer lugar, señaló que el caso se encuentra actualmente en una etapa previa cuya conducción corresponde la Dirección, por lo que la apelación de este se encuentra bajo competencia del superior jerárquico, es decir, de la Gerencia General. En segundo lugar, si bien se encuentra de acuerdo con que Talingo tiene interés legítimo, el caso se encuentra actualmente en una etapa preliminar indagatoria, por lo que al no haberse iniciado oficialmente el procedimiento no es posible reconocer a Talingo el derecho de exigir mayores prerrogativas como la presentación de medios probatorios o exigir acceso al expediente. Finalmente, con respecto a la solicitud de Talingo para la aplicación de control difuso, la Gerencia General señaló que en este caso no se aplica ya que no se ha producido una inobservancia a las disposiciones de la LPAG ni una afectación de derechos fundamentales.

11. El 21 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Conasev (el “Tribunal Administrativo”) emitió la Resolución No. 206-2008-EF/94.01.3 mediante el cual se declaró fundada en parte la solicitud cautelar de Talingo, disponiéndose: (i) la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos de las acciones adquiridas el 11 de julio de 2007 a Clarion y el sr. Beaty, hasta que Conasev resuelva de manera definitiva la denuncia que origino la interposición de la medida cautelar; (ii) declararse infundada la solicitud de medida cautelar de Talingo en el extremo referido a la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de adaptarse a una SAA; (iii) la suspensión de los derechos de disposición inherentes de las acciones adquiridas el 11 de julio de 2007 por Clarion y el sr Beaty; (iv) la supervisión por parte de Conasev de la eficacia de la medida cautelar; (v) el inicio del procedimiento administrativo sancionador por la Dirección de Emisores.
12. El 5 de agosto de 2008, el Décimo Séptimo Juzgado especializado en lo Civil resolvió conceder una medida cautelar solicitada por Talingo y dispuso la suspensión provisional de los efectos de los 852 contratos de donación celebrados entre Clarion y los Trabajadores de SIMSA, así como la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una SAA.

13. El 18 de agosto de 2008, Talingo presentó un escrito ante la Dirección de Emisores solicitando que se le reconozcan derechos como tercero con legítimo interés en el procedimiento y que se les permita tener acceso al íntegro del expediente administrativo, basándose en que el propio Tribunal Administrativo ha reconocido que Talingo no solo es denunciante, sino que además cuenta con un interés legítimo en el procedimiento sancionador. Por ende, señala que es indispensable, a fin de poder ejercer eficazmente su derecho a probar y defender sus intereses, que tenga acceso a determinada información reservada de los denunciados, que actualmente consta en el expediente y que es parte de un procedimiento administrativo sancionador ya iniciado.
14. El 20 de agosto de 2008, Clarion interpuso un recurso de apelación contra la Resolución No. 206-2008-EF/94.01.3 sosteniendo que en la medida cautelar no concurren los presupuestos de verosimilitud de lo invocado (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), así como la falta del requisito de adecuación de las medidas cautelares.

Con relación a la falta de verosimilitud de lo invocado, Clarion sostiene que ninguno de los indicios aportados por Talingo y acogidos por el Tribunal Administrativo apunta a acreditar la existencia de una unidad de control en la supuesta adquisición concertada de las acciones comunes de SIMSA. Con relación a la falta de peligro en la demora, señala que los potenciales efectos de encontrarse pruebas de una actuación concertación sería la suspensión de los derechos políticos de las acciones indebidamente adquiridas, la venta de las acciones indebidamente adquiridas a través de una OPV, o excepcionalmente la realización de una OPA por el 100% del capital social de la sociedad objetivo. La eventual ejecución de cualquiera de dichas consecuencias legales en ningún caso se ve expuesta a peligro alguno, es decir, no existe ningún peligro de inexecución o infectividad de lo que finalmente se pueda resolver.

Con relación a la falta del requisito de adecuación de las medidas cautelares Clarion considera que no es lógico que el Tribunal Administrativo disponga la suspensión de los derechos políticos inherentes a la totalidad de acciones adquiridas, si la consecuencia legal

no pasaría de una suspensión de derechos y venta en OPV de un número de acciones no mayor al 0.069% del total de acciones, es decir, aquellas que representen el exceso del umbral superado.

15. El 3 de octubre de 2008, Ross Beaty presentó un recurso de apelación contra la Resolución No. 206-2008-EF/94.01.3 sosteniendo que las medidas cautelares dictadas por el Tribunal Administrativo no cumplen con los requisitos previstos en la legislación nacional, en tanto no concurren los requisitos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación. Asimismo, que las medidas cautelares dictadas por el Tribunal no cumplen con los requisitos previstos por el Tribunal Constitucional para aquellas que son dictadas de manera previa al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, y atentan contra el principio de legalidad en materia administrativa.
16. El 17 de octubre de 2008, el Tribunal Administrativo emitió la Resolución No. 312-2008-EF/94.01.3, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de Talingo de acceso integro al expediente referido al procedimiento administrativo sancionador seguido contra Clarion y el sr. Beaty, ello dado que el expediente se encuentra aún en la etapa de instrucción por lo que dichas decisiones se encuentran bajo la competencia de la Dirección de Emisores.
17. El 13 de enero de 2009, Talingo presentó un escrito a Conasev formulando una denuncia en contra de Orange Bay Comercial Inc. (“Orange Bay”) y White Peak Resources Inc. (“White Peak”), sosteniendo que ambas personas forman parte de la estrategia armada por Clarion y el sr. Beaty para tomar el control de SIMSA.

En primer lugar, Talingo sostiene que White Peak y Orange Bay se encuentran bajo el control de las mismas personas, por lo que siempre son uniformes y destinadas a un mismo fin, el de ayudar a Clarion y el sr. Beaty en su estrategia de toma de control. En segundo lugar, Talingo sostiene que White Peak se encontró previamente coordinada con Clarion para la venta de las acciones, dado que Isabel Arias Varias (quien según Talingo es controladora de Clarion) coordinó directamente con el sr. Beaty para la adquisición de las

acciones. En tercer lugar, Talingo señala que la verdadera razón por la que White Peak se quedó con un porcentaje tan pequeño posterior a la venta es porque sabía que Clarion llegaría a tener el control absoluto de SIMSA y recibiría un beneficio económico en el futuro. En cuarto lugar, Talingo señala que la única razón por la que tanto Orange Bay como White Peak han tenido una posición favorable a Clarion ante este caso que les afecta es porque se encontraban previamente confabulados con este.

Finalmente, Talingo presenta un nuevo indicio que supuestamente ata toda la estrategia de Clarion para conseguir el control absoluto de SIMSA, el cual consiste en una oferta de adquisición de acciones que Cheliabinsk Zinc Plant (“CZP”) envió a Isabel Arias Vargas la cual tenía los siguientes términos: (i) adquirir el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA; (ii) adquisición de 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos; (iii) la posibilidad de adquirir un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA; y, (iv) el 100% de los contratos comerciales de minerales que SIMSA tenía. Talingo resalta que la precondition para que se llevase a cabo esta operación era la eliminación de las supermayorías, la cual fue la razón verdadera detrás de los contratos de donación bajo el pretexto de liberar a SIMSA del entrampamiento en que se encontraba.

18. El 30 de junio de 2009, Ross Beaty presenta un escrito solicitando la revocación de la Resolución del Tribunal Administrativo, puesto que no se ha evidenciado una actuación concertada con Clarion. Asimismo, señala que dados los nuevos indicios presentados por Talingo con respecto a la oferta no vinculante de CZP, su participación quedaría desvirtuada por calificarse de innecesaria para dicho proceso, al supuestamente tener Clarion la participación necesaria para la estrategia denunciada por Talingo con la participación de White Peak y Orange Bay.
19. El 9 de julio de 2009, Clarion presentó una ampliación del recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo que otorgaba a Talingo las medidas cautelares. Dentro de dichos alegatos se resalta el argumento de Clarion sobre el ilegal mandato del Tribunal Administrativo referido al art. 5 de la Resolución, mediante la cual este dispuso que la Dirección de Emisores inicie el procedimiento administrativo sancionador

correspondiente. Dicho artículo constituye una arrogación de las funciones atribuidas a la Dirección de Emisores por parte del Tribunal Administrativo. Por ende, sostiene que el mandato es nulo por contravenir los principios de legalidad y debido procedimiento, así como por no observar la estructura que diferencia la autoridad que realiza las investigaciones previas y conduce la fase instructora (la Dirección de Emisores), de la autoridad que decide la aplicación de la sanción (el Tribunal Administrativo).

20. El 15 de julio de 2009, Clarion remitió a Conasev un escrito absolviendo los nuevos indicios presentados por Talingo sosteniendo que este ha sido interpretado de manera sesgada y maliciosa. En primer lugar, ya que los documentos no evidencian negociaciones sostenidas por Clarion con CZP, sino que fue una oferta enviada a Isabel Arias Vargas en su condición de directora de SIMSA. En segundo lugar, la oferta constituye una muestra de interés no vinculante en lugar de una oferta en vías de ejecución tal como señala Talingo. En tercer lugar, ya que los términos de la oferta no encajan con lo denunciado por Talingo, desvirtuando los indicios presentados tanto en su denuncia original como en esta al no requerirse la participación del sr. Beaty en la supuesta actuación concertada de haber estado concertados con White Peak y Orange Bay, tal como denuncia ahora Talingo. Finalmente, Clarion resalta que en el supuesto negado que se llegase a concretar la operación, los intereses de los accionistas contrarios a la medida serían tutelados por la normativa, mediante el derecho de separación.
21. El 30 de julio de 2009, el Directorio de Conasev emite la Resolución No. 047-2009-EF/94.01.1 mediante la cual declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el sr. Beaty; y declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por Clarion en el extremo de declarar la nulidad parcial en lo estipulado en el art. 5, referido a la orden del Tribunal Administrativo a la Dirección de Emisores para iniciar un procedimiento sancionador por ser este falta de competencia.
22. El 27 de octubre de 2009, White Peak presentó un escrito a la Dirección de Emisores de Conasev, absolviendo las acusaciones de Talingo. Si bien White Peak no toma partido por ninguna de las partes involucradas, resalta que SIMSA se encuentra en una situación de

desgobierno que está sumiendo a la empresa en un perjuicio económico irreparable. Con respecto a la acusación de concertación con Clarion, Orange Bay y el sr. Beaty por la oferta de CZP, señala que esta carece de sentido ya que, de ser esta cierta, no habría tenido ningún sentido la venta de sus acciones al sr. Beaty en primer momento. Hubiese sido más inteligente y beneficioso conservar una mayor cantidad de acciones. La razón del silencio de White Peak a la controversia es que no tiene algún interés en la permanencia o eliminación de las super mayorías ya que, al tener 3.03% de participación no le afecta.

23. El 13 de noviembre de 2009, Gustavo Bedoya Camere, Gerente General de Euromin Perú SA, socio estratégico en Perú de CZP, envió una carta a la Dirección de Emisores de CONASEV para señalar que la oferta no vinculante que se envió a SIMSA fue fechada erróneamente con el año 2007, cuando se debió haber fechado con el año 2008, que es cuando se haría llegar la mencionada oferta. Dicha equivocación fue confirmada por el sr. Galovich, representante de CZP. Finalmente, dado que la oferta no vinculante no recibió respuesta alguna por parte de SIMSA se dio por terminada toda negociación.
24. El 8 de diciembre de 2009, Clarion presentó un escrito a la Dirección de Emisores solicitando que se archive la denuncia al no existir validez jurídica ni argumentativa, tomando en cuenta que la Dirección ya se ha pronunciado respecto a los argumentos presentados por Talingo, especialmente con respecto al elemento adicional referente a la propuesta no vinculante de CZP, sobre la cual ya ha sido probado que no existió sino hasta el 18 de julio de 2008, es decir, más de un año después de la supuesta adquisición concertada, lo cual demuestra que esta no pudo haber sido motivación para la compra. Asimismo, señala que mientras no se resuelva la denuncia se mantendrán los efectos dañinos generados por las medidas cautelares por lo que corresponde que Conasev archive la denuncia por carecer de méritos ya que no existe ningún indicio de actuación concertada.
25. Entre el 15 de febrero y el 07 de abril de 2010, la Dirección de Emisores llevo a cabo la toma de manifestaciones de las partes involucradas en el presente caso; las cuestiones más importantes son detalladas en el siguiente cuadro:

<p>Margaret Burns Olivares, asesora legal de White Peak</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El interés de vender la participación de White Peak era conocida en el mercado, recibiendo incluso una propuesta de Talingo en marzo de 2007. • El precio que se decidió para la venta fue el que cotizaba en bolsa en ese momento, no incorporando ninguna prima de control. • La razón por la que permanecieron como accionistas es porque ni Clarion, ni el sr. Beaty, ni otro comprador deseaba más acciones.
<p>Christian Heinrich Funcke Ciriani, apoderado de White Peak</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El interés de White Peak era y es salir de toda su inversión en SIMSA, al igual que había ocurrido en la empresa Poderosa. • No se pudo vender el remanente o saldo por falta de un precio apropiado. • Isabel Arias Vargas es una de las principales promotoras del ingreso de nuevos capitales a SIMSA. • Existe una política obstruccionista de Talingo, desde que White Peak vendió un paquete de acciones a Orange Bay.
<p>Gustavo Jorge Bedoya Camere, representante de la empresa Euromin</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En julio de 2008, se hace un non-binding proposal a SIMSA, sujeta a un due diligence. En la carta por error se registra el año 2007 y no 2008. • Dado que SIMSA no contesta la oferta CZP pierde interés en la operación. • Su participación fue apoyando la visita a la mina y sirviendo de enlace.
<p>Alfredo Mendiola Cabrera, ex-gerente Financiero de SIMSA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tuvo conocimiento de la oferta de CZP en el mes de julio de 2008, cuando recibió un correo electrónico, adjuntando la carta de propuesta de la empresa rusa CZP.

<p>Mario Abelardo Alejandro Del Rio Amezaga, ex subgerente general de SIMSA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tuvo conocimiento de la oferta de CZP mientras se desarrollaba como Gerente General ínterin en febrero de 2008, a través de la firma del acuerdo de confidencialidad.
<p>Roberto Alejandro Seminario Pizzorni, Gerente General de Seminario SAB</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce al sr. Ross Beaty desde septiembre de 2006, cuando se realizó la primera operación suya. • Antes de julio de 2007 se habían realizado varias operaciones para el sr. Beaty. • El sr. Beaty no tiene ningún patrón de compra con respecto al tipo de acciones, pero sus compras son por lo general minoritarias. En ninguna de sus operaciones en el Perú ha tomado el control o ha hecho un aporte al capital o ingresado como socio estratégico.
<p>Andrés Juan Milla Cómite, Gerente General de Credibolsa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La operación fue una usual en el mercado. La presencia física era una simple formalidad, probablemente dada la trascendencia de la operación y el interés de los clientes.
<p>Jaime de Orbegoso Rapuzzi, apoderado de Orange Bay</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Orange Bay es una empresa constituida en Panamá, controlada por inversionistas extranjeros. • No tenían conocimiento de la oferta de CZP hasta que Talingo la presentó, seguida de la denuncia a Conasev.
<p>Victoria Isabel Arias Vargas, directora de SIMSA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Niega tener relación con Clarion Holding o conocer a sus controladores. Pero fue propuesta por Clarion para participar en el Directorio y elegida por unanimidad por los accionistas.

	<ul style="list-style-type: none"> • Se comunico con el sr. Beaty porque tiene pequeñas inversiones en empresas peruanas y tiene muchos años de experiencia en el sector minero. • Su participación en Credibolsa era porque ella conocía al sr Beaty y realizo el contacto con White Peak. • Ella tuvo contacto con CZP para tener un socio estratégico, pero la propuesta no llego al directorio porque no era una buena oferta.
<p>Andrés Antonio Dasso Chopitea, vicepresidente senior de operaciones de la sociedad Pan American Silver Corporation y director de SIMSA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Es director desde el 2001, elegido por unanimidad. • No tuvo conocimiento previo a las operaciones de venta de acciones de White Peak, solamente de manera posterior. • Las inversiones de Ross Beaty no están relacionadas con Pan American Silver, sino que esta es una inversión común y corriente para maximizar su patrimonio personal.
<p>Víctor Augusto Cayetano Ostolaza Fernández Prada, apoderado de Clarion</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Clarion es una empresa constituida en Niue y domiciliada en Panamá. Sus controladores son empresas, no pertenece ningún grupo económico. • Con respecto a la donación de acciones señala que, dado que el ánimo de los trabajadores se había mellado porque se venía frustrando el quórum de las sesiones, se decido donar 10 acciones a cada uno para motivarlos. El principal objetivo no fue convertirla en SAA, sino consecuencia de la donación. • Clarion no tuvo conocimiento de la oferta de CZP antes de que Talingo la presentara en sesión de directorio.
<p>Ross James Beaty</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Su única relación con SIMSA es ser accionista minoritario.

	<ul style="list-style-type: none"> • La operación fue una transacción ordinaria de las muchas que hace en el mercado peruano. Consideramos que 1 millón era la cantidad correcta, dado que era una empresa con buen futuro, el precio del zinc era favorable y podía ganar dinero con la inversión. • Invierte en muchas empresas en el Perú, y prefiere las acciones comunes ya que al tener derecho de voto tienen mayor valor.
--	---

26. El 2 de marzo de 2010, Talingo remite un escrito a la Dirección de Emisores solicitando acceso a íntegro del expediente administrativo y a todas las actuaciones de la etapa instructiva del procedimiento administrativo sancionador, sosteniendo que el Tribunal Administrativo y el Directorio de Conasev han reconocido que Talingo cuenta con un interés legítimo en el resultado del procedimiento sancionador, lo que incluye la etapa instructiva. De acuerdo con Talingo, el Tribunal Administrativo no ha mencionado que Talingo tenga interés legítimo recién a partir del inicio del procedimiento sancionador, sino que tiene interés en el resultado de este. Ello quiere decir que su participación involucra todas las actuaciones que se relaciona, directa e indirectamente con este.

27. El 8 de marzo de 2010, Talingo presentó una queja por conducta funcional y paralización del procedimiento contra la Dirección de Emisores, señalando que el Tribunal Administrativo ha considerado que si existen indicios suficientes para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, llegando al extremo de ordenar a la Dirección que lo inicie inmediatamente; no obstante, la Dirección se ha destacado por su inacción y dilatación del proceso, al haber pasado más de 2 años desde que se presentó la denuncia, siendo de 3 años la prescripción.

28. El 19 de marzo de 2010 la Gerencia General de Conasev emitió la Resolución No. 008-2010-EF/91.01.2, respondiendo a la queja que interpuso Talingo contra la Dirección de Emisores por conducta funcional, declarándola infundada. Sostiene que la presunta dilatación en la tramitación ha sido consecuencia de la medida cautelar interpuesta por Talingo, la cual posteriormente fue apelada. Señala además que la Dirección viene

actuando en forma regular en la tramitación de la denuncia. Cabe destacar que para que la prescripción opere se requiere no solo el transcurso del tiempo, sino también la inactividad por más de 21 días útiles por causa no imputable al administrado, lo cual no sucede en el caso. Con respecto a la participación de Talingo en el proceso, si bien se reconoce su derecho a intervenir y participar en el procedimiento, este aún no se ha iniciado por lo que no resulta factible la participación de Talingo durante esta etapa previa a la formulación de cargos.

29. El 23 de abril de 2010 la Dirección de Emisores de Conasev emitió el Oficio No. 1723-2010-EF/94.06.3, basándose en el Informe Interno No. 253-2010-EF/94.06.3, mediante el cual se recomienda archivar la denuncia contenida en el expediente al no poder inferirse la existencia de concertación en base a los indicios analizados conjuntamente. Por ende, la Dirección considera que no hay suficiente fortaleza para indicar y establecer que como consecuencia de alguno de estos indicios se encuentre verosimilitud en la denuncia. Asimismo, resulta improcedente la solicitud efectuada por Talingo en el cual solicita que se actúe nuevamente las indagaciones previamente efectuadas.
30. El 3 de mayo de 2010, Talingo interpuso un recurso de apelación pidiendo que se declare nulo el Oficio No. 1723-2010-EF/94.06.3 y de todo lo actuado en las investigaciones preliminares hasta el momento en que se realizó la primera declaración testimonial, sosteniendo que la Dirección de Emisores no ha valorado correctamente el conjunto de indicios y pruebas ofrecidas por Talingo para probar la concertación entre Clarion y Ross Beaty, así como tampoco ha utilizado toda la información pública existente para crearse convicción al respecto. Por otro lado, señala que la decisión de archivar la denuncia es una abierta vulneración de principios tales como el debido procedimiento, de defensa, de imparcialidad y de igualdad. Talingo sostiene que la actuación de la Dirección de Emisores en los últimos meses corresponde propiamente a la etapa de instrucción y no a una fase de preparación o instrucción preventiva, por lo que ha venido realizando actuaciones propias de la instrucción del procedimiento, sin haber iniciado formalmente el procedimiento administrativo.

31. El 10 de mayo de 2010, Clarion presentó un escrito mediante el cual absuelve la apelación de archivamiento de la denuncia de Talingo señalando que en aplicación del art. 10-A del Reglamento de sanciones, Talingo no tiene condición de parte en el procedimiento y no puede impugnar el archivamiento de la denuncia. Asimismo, denuncia la mala fe con la que ha actuado Talingo en el procedimiento al presentar diversas contradicciones en sus argumentos e indicios, así como de presentar deliberadamente documentación inexacta.
32. El 25 de mayo de 2010, Talingo presenta un escrito contestando la absolución de apelación de archivamiento de denuncia, sosteniendo que independientemente de la fecha de la oferta de CZP, esta existía y contenía una propuesta de toma de control real de SIMSA, la cual no fue comunicada ni por Isabel Arias Vargas, ni por Clarion. Asimismo, niega haber actuado de mala fe con respecto a la documentación entregada como las traducciones referidas por Clarion.
33. El 3 de junio de 2010 Ross Beaty presentó un escrito ante CONASEV solicitando que se declare improcedente el recurso de apelación interpuesto por Talingo, sosteniendo que el procedimiento administrativo sancionador siempre es de oficio y se hace a través de la notificación de cargos al imputado, por lo que debe quedar claro que la sola interposición de una denuncia ante la Conasev no da lugar al inicio de un procedimiento. Asimismo, si bien el Tribunal Administrativo ha señalado que Talingo tendría interés dentro del procedimiento sancionador; sin embargo, dicho considerando hace únicamente mención al interés dentro, no en las etapas de investigación previas. Ese razonamiento se enmarca en el hecho que el Tribunal había resuelto poner fin a la etapa de investigación preliminar y ordenar que se iniciara el procedimiento, decisión que posteriormente fue revertida por no ser este competente.
34. El 30 de junio de 2010, la Gerencia General de Conasev emitió el Oficio No. 2650-2010-EF/94.01.2 mediante el cual declaró improcedente el recurso de apelación de Talingo, atendiendo la opinión legal contenida en el Memorándum No. 1479-2010-EF/94.04.1, en el cual señalaba que los órganos de Conasev no han inaplicado formalmente el art. 10-A del Reglamento de Sanciones por lo que Talingo no ha ostentado ningún derecho de parte.

Por ende, el denunciante no se encuentra habilitado para ser considerado sujeto del procedimiento administrativo sancionador.

35. El 14 de julio de 2010, el Tribunal Administrativo de Conasev emitió la Resolución No. 174-2010-EF/94.01.3 mediante la cual declaró la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares dictadas mediante la Resolución No. 206-2008-EF/94.01.3 dado que de acuerdo con el art. 147.3 de la LPAG, las medidas cautelares caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento.



PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

1. ¿Existió actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty para la toma de control relativo de SIMSA sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición?
 - a. ¿Se acreditan los elementos para determinar la existencia de una actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty?
 - b. ¿Cumplen los indicios presentados por Talingo con los criterios de la prueba indiciaria?
 - c. ¿Coexisten los elementos legales para que se genere la obligación de formular una OPA?
2. ¿Es legítima la adaptación de SIMSA a una Sociedad Anónima Abierta como consecuencia de las donaciones de Clarion?
 - a. ¿Tiene la Conasev potestad para suspender la adaptación de una sociedad a SAA?
 - b. ¿Es válida la adaptación de SIMSA a una SAA?
3. ¿Debe la Conasev incluir a Talingo como parte del procedimiento administrativo sancionador, permitirle presentar medios probatorios y acceder al expediente?
 - a. ¿Debe ser Talingo considerado parte del procedimiento administrativo sancionador?
 - b. ¿Debe ser incluido Talingo en la etapa de investigaciones preliminares?
 - c. ¿Podía el Tribunal Administrativo ordenar el inicio del procedimiento?

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

1. ¿Existió actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty para la toma de control relativo de SIMSA sin cumplir con la realización de una Oferta Pública de Adquisición?

- a. Marco teórico-normativo

La Oferta Pública de Adquisición en la regulación peruana.

Para poder determinar si en el presente caso existe verosimilitud para determinar si existió actuación concertada para la toma de control de SIMSA sin cumplir con la realización de una OPA, es necesario entender el concepto de esta y los objetivos que se buscan proteger a través de su regulación. Tal como señala Antonio Rodríguez, “tanto para precisar el concepto de la OPA como para su acertado encuadramiento y disciplina jurídica, lo primero que se necesita determinar es la finalidad u objetivo que se persigue con su mecanismo” (1975). En el Perú, una OPA es una oferta realizada por una empresa o persona para adquirir el control de otra empresa cotizada en bolsa; es una transacción mediante la cual la empresa oferente busca obtener una participación mayoritaria en la empresa objeto de la oferta. El objetivo último de una OPA es aumentar o tomar el control de una compañía, el cual solo se puede conseguir a través de las acciones con derecho a voto o algún valor que tenga vocación de convertirse en ellas (Rebaza, 2005).

El concepto clave para entender una OPA, es que esta es “un mecanismo de adquisición de valores que otorgan derecho a voto de sociedades que cotizan sus acciones en una bolsa de valores” (Lazo, 2015). Ello es representado en el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (“Reglamento de OPA” o “ROPA”), cuyo artículo 2 señala que “la OPA tiene como propósito garantizar que, cuando se produzca una adquisición o incremento de participación significativa, todos los accionistas puedan participar en la prima que con tal motivo se pueda ofrecer”.

Ahora bien, con respecto a la finalidad que persigue un sistema de OPAs en la regulación, esta es la de crear un sistema de protección de los socios o accionistas de una empresa, especialmente

aquellos minoritarios, ante situaciones efectivas de cambio de control. Asimismo, se busca una paridad de trato a través de la participación de los mencionados accionistas minoritarios en la “prima de control”, para que con ello se vean beneficiados de la situación generada en el mercado (Rojas & Oviedo, 2000).

Con miras a cumplir dicha finalidad, la regulación sigue dos principios básicos. En primer lugar, el principio de transparencia en el Mercado de Valores busca reducir la asimetría respecto de la información disponible sobre la empresa objetivo entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, así como sobre las negociaciones de una eventual venta y los términos en los que esta se realice. En segundo lugar, el principio de tratamiento igualitario busca “que los términos y condiciones ofrecidos en una OPA sean similares tanto para los accionistas mayoritarios como para los accionistas minoritarios” (Rebaza, 2005).

Con respecto a los tipos de OPAs que existen, se pueden diferenciar de acuerdo con su forma de adquisición, a la forma en la que la legislación adopta el mecanismo, y al momento en el que la OPA se realiza. En primer lugar, de acuerdo con la forma de adquisición se encuentran la OPA amigable y la hostil. La OPA amigable es aquella en la que “existe un acuerdo entre el potencial comprador y los accionistas que representan la mayoría de las acciones con derecho a voto emitidas por la empresa objetivo”; mientras que, la OPA hostil “es aquella que se lanza sin el consentimiento, muchas veces incluso en contra de la voluntad, de los accionistas que detentan el control efectivo de la sociedad” (Rebaza, 2005). En segundo lugar, de acuerdo con la forma en la que se adopta en la ley se encuentran la OPA obligatoria y la voluntaria. La OPA obligatoria es aquella “que supone la adquisición de acciones o el aumento de la participación significativa”; mientras que, la OPA voluntaria es aquella que “supone la posibilidad de emplear voluntariamente las disposiciones contenidas en el Reglamento de OPA para adquirir acciones con derecho a voto, así como otros valores que se encuentren inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores” (Rojas & Oviedo, 2000). Por último, de acuerdo con el momento en el que la OPA se realiza se encuentran la OPA previa y la posterior. La OPA previa a la adquisición o al incremento de participación significativa, es aquella que se formula “sobre el número de valores que se pretende adquirir y el precio que determine el futuro adquirente”; mientras que la OPA posterior a la adquisición o al incremento de participación significativa es aquella que se determina una vez se

ha concluido con la transferencia y se verifican los requisitos para que califique como tal. En la práctica el segundo supuesto se da con mayor frecuencia (Noya & Farah, 2008).

Tomando lo anterior en consideración podemos señalar, que la legislación peruana establece un modelo de OPA obligatoria formulada previamente. No obstante, se presentan también casos en los que el adquirente de las acciones haya omitido efectuar la OPA, lo cual puede acarrear ciertas sanciones determinadas por la entidad supervisora tales como quedar suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a tales acciones y la obligación de efectuar su venta mediante oferta pública dentro de un plazo de dos meses (Rojas & Oviedo, 2000). Asimismo, hay que tener presente que el hecho que desencadena una OPA es la adquisición o incremento de participación y el alcance de esta serán todos los titulares de acciones con derecho a voto del emisor (Sánchez Calero, 2002).

Con respecto al proceso de la OPA, este inicia con la comprobación de la obligación de efectuarla, tomando como base de identificación la participación significativa. De acuerdo con lo indicado en el artículo 5 del ROPA, se entiende por participación significativa toda tenencia directa o indirecta de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al 25% del capital social de la empresa inscrita en bolsa. Para el caso de un incremento de participación significativa por un accionista que ya tiene dicha condición en la empresa, el ROPA señala que se genera la obligación de efectuar OPA cuando se pretende alcanzar una participación igual o superior al 50% o 60% por ciento, respectivamente. En dicho caso, la OPA se debe realizar sobre el número de valores que pretende adquirir, teniendo como porcentaje mínimo el 10% del capital social del emisor. Posteriormente, se produce la oferta mediante un prospecto informativo, el cual debe contener información veraz y suficiente sobre el porcentaje de acciones y el precio a pagar por ellas. Dicha oferta puede ser mejorada por el oferente dentro de los 20 primeros días de rueda, siempre que no se hubiese presentado alguna oferta competidora. Finalmente, la oferta podrá ser aceptada o rechazada por los destinatarios, es decir, todos aquellos titulares de acciones con derecho a voto (Rojas & Oviedo, 2000).

Actuación concertada en el marco de una OPA

El Reglamento OPA mantiene la obligación de realizar una OPA en los supuestos de adquisición de participación significativa no solamente cuando lo realice un solo individuo, sino que también contempla los casos de toma de control a través de actuación concertada de los adquirentes. Esto incluye cuando una o más personas actúan concertadamente. Específicamente, el inciso 16 del art. 1 señala a la participación significativa como el escenario en el que una persona o grupo de personas pueden ejercer el derecho a voto de acciones que permita tener el control de la compañía. Asimismo, el mismo artículo define al adquirente como la persona o grupo de personas que han adquirido participación significativa, no necesariamente implicando una vinculación directa. Dicha vinculación no solo alude a la actuación concertada de dos actores de un mismo grupo económico, sino también a la actuación concertada de dos o más personas que, en principio, no se encuentran relacionadas por vinculadas. Para la consideración de actuación concertada lo más importante es determinar que los adquirentes se hayan puesto de acuerdo para adquirir las acciones de la sociedad con el objetivo de tomar el control e implementar una política común (Sánchez Calero, 2002).

Tal como señala García de Enterría (2002), para poder sancionar válidamente la existencia de una actuación concertada debe acreditarse tres elementos. En primer lugar, debe verificarse la existencia de un pacto o convenio entre las partes supuestamente concertadas, la cual tiene que explicarse en realidad por la existencia de un previo acuerdo de voluntades. Dicho pacto o convenio impide vincular la actuación a la existencia de un simple comportamiento paralelo y coincidente, el cual no debe ser forzosamente probado, sino que podrá ser presumido cuando la conducta no encuentre justificación desde una perspectiva de autonomía empresarial y económica. En segundo lugar, que dicho pacto o convenio tenga como objeto la adquisición de una participación significativa en la sociedad. Es preciso para ello que la relación vaya referida a la adquisición misma de los valores, que el supuesto concierto sea causa de la adquisición y no simplemente un efecto de ella. En tercer lugar, que la finalidad de dicho pacto o convenio sea establecer una unidad de propósito a través del ejercicio coordinado de derechos de voto. Sobre dicho último punto, enfatiza que la figura de actuación concertada presupone necesariamente una unidad de acción y de objetivos para así poder implementar, con sus respectivas participaciones, una política común susceptible de alterar o de incidir de cualquier situación de control existente. En definitiva, “[e]l elemento que define a la acción concertada es la existencia de un acuerdo

(expreso o tácito) cuyo objeto es la adquisición o cesión de las acciones de la sociedad afectada” (García de Enterría, 1999).

De igual manera, Zurita distingue tres supuestos de hecho distintos para la verificación de una actuación concertada: la concertación en la adquisición y en el ejercicio de los derechos de voto encaminados en una política común duradera, una política común duradera, pero sin adquisición de nuevas acciones, y la concertación en la adquisición, pero sin ejercicio de derechos de voto. Para la actuación concertada en el marco de una OPA la que es relevante es aquella que obliga a las partes concertadas a adoptar una política común (Zurita, 2002).

Con respecto a las formas de obtención del control en un ordenamiento con OPA obligatoria como el de Perú existen principalmente dos. Por un lado, el acuerdo tácito es aquel que se refiere a supuestos de adquisición de una participación de control entre varios sujetos cuando compran acciones conjuntamente superando el umbral determinado por ley de los derechos de voto. Ello con el propósito común y compartido de hacerse con el control de la sociedad en cuestión. Por otro lado, el acuerdo formal es aquel que se aplica cuando varios accionistas que hayan adquirido sus acciones de manera independiente acuerdan posteriormente utilizar en conjunto sus derechos de voto por encima del correspondiente umbral con el fin de un control sobre la sociedad (García de Enterría, 2022).

Los elementos explicados anteriormente nos ayudan a especificar dos momentos para la determinación de la existencia de una actuación concertada. El primero de ellos es en el momento mismo de las operaciones de adquisición, para investigar si ha habido algún pago de primas de control sustancialmente comunes entre los sujetos supuestamente concertados. El segundo de ellos es tras las adquisiciones, para verificar si existe una política común duradera entre los sujetos.

Prueba indiciaria para actuación concertada

Si bien se requiere comprobar la existencia de un acuerdo o pacto entre los sujetos supuestamente concertados, el carácter informal de estos y la ausencia de pruebas directas de su celebración hace necesario que las autoridades supervisoras tengan que basarse en indicios para confirmar la

concertación cuando la adquisición de las acciones y la conducta paralela no encuentren otra explicación plausible y racional (García de Enterría, 2022).

En el derecho administrativo, la actividad probatoria no se limita a los medios probatorios en el expediente o que hayan sido aportado por los administrados (la verdad formal), sino que también se exige la constatación de la veracidad de los hechos (la verdad material). Este principio de verdad material “demanda a la Administración agotar todos los medios probatorios que se encuentren a su alcance e incorporarlos al expediente, a fin de acreditar si el administrado efectivamente realizó la conducta tipificada como infracción” (Magide & González Prada, 2020).

Si bien la LPAG no contiene una definición de prueba indiciaria, aplicando supletoriamente el art. 276 del Código Procesal Civil define a los indicios como “los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia” (Magide & González Prada, 2020).

La prueba indiciaria es la existencia de una serie de hechos ciertos que apuntan todos en la misma dirección, indicando que es cada vez más probable que un hecho en principio incierto haya ocurrido, hasta llegar a un punto en que la probabilidad contraria se torna absurda. Son dos los elementos que conforman un indicio: por un lado, la existencia del hecho indicador, el cual debe estar probado de manera fehaciente; y, por otro, la inferencia razonable del hecho indicado.

A nivel judicial, existen cuatro criterios aprobados por la Corte Suprema requeridos para validar la prueba indiciaria. En primer lugar, que el hecho base o indiciario se encuentre plenamente probado. Para ello, la administración podrá utilizar todos los medios de prueba previstos en la norma que le permitan adquirir certeza sobre el indicio. En segundo lugar, debe haber pluralidad de indicios, a menos que tengan una singular fuerza acreditativa. En tercer lugar, las inferencias deben ser racionales, sin tener que ser forzadas para la interpretación. En cuarto lugar, los indicios deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí y no excluyan el hecho consecuencia, lo cual exige su evaluación conjunta (Magide & González Prada, 2020).

El criterio determinante para la utilización de la prueba indiciaria en materia de actuación concertada es que la conducta de los sujetos no pueda ser explicada racionalmente en atención a consideraciones estratégicas o empresariales libremente apreciadas por cada uno de ellos. Hay que ceñir la aplicación a aquellas hipótesis en las que las pruebas o indicios resulten absolutamente concluyentes. Por ende, hechos como la simple coincidencia temporal no serán relevantes a menos que no pueda acreditarse que no existe ninguna explicación económica alternativa (García de Enterría, 2002).

Es preciso destacar que entre los hechos o indicios que ofrecen una particular trascendencia para probar la actuación concertada, se encuentran las conductas posteriores a las adquisiciones de las acciones. Dichas conductas suelen estar típicamente relacionadas con promover y apoyar propuestas destinadas a obtener el control de la sociedad y sus órganos de gobierno, lo que permite presumir lógicamente que dichas adquisiciones se realizaron de manera concertada con el objetivo último de tomar control de la sociedad (García de Enterría, 2022). Dicho de otra forma, hay que evaluar el desarrollo de una política común, a través de un ejercicio coordinado de los derechos de voto.

Con el concepto de prueba indiciaria explicado, lo que se debe determinar en el presente caso es si los indicios y pruebas permiten inferir como la explicación posible la existencia de una concertación entre Clarion y el sr. Beaty en la adquisición de participación significativa en SIMSA.

b. Análisis de las pruebas e indicios presentados por Talingo

Talingo ha denunciado una evidente actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty en la adquisición de participación significativa en SIMSA. Según Talingo, esta estrategia fue dividida en dos etapas: la adquisición conjunta de acciones para superar el umbral de 50%, y la transformación de SIMSA a una SAA para reducir los quórums y mayorías. Posteriormente, agregó una parte adicional a dicha estrategia a través de la oferta no vinculante de CZP, incluyendo en su denuncia a White Peak y Orange Bay. En esta parte analizaremos los indicios presentados por Talingo, así como como los contraindicios de los denunciados, para determinar si existe verosimilitud sobre la supuesta actuación concertada.

Simultaneidad de las compras – 14 segundos

Talingo presenta como indicio que las operaciones de compra se realizaron de manera simultánea, con una diferencia de 14 segundos entre ellas. Consideran que no es posible entender las compras simultaneas, alcanzando 50.6% de participación, como una simple coincidencia.

Clarion argumenta que la razón de la simultaneidad de las compras es que la parte vendedora en ambas operaciones era la misma (White Peak), por lo que fue netamente un tema de eficiencia hacer una sola venta. Asimismo, sostiene que el factor temporal resulta en realidad un contraindicio, ya que, si dos inversionistas sofisticados se hubiesen puesto de acuerdo en adquirir acciones, lo lógico hubiese sido evitar cualquier elemento común en sus respectivas transacciones. Por ende, sostienen que las mismas características de la operación demuestran buena fe, legalidad e independencia.

En su Informe Final, la Dirección de Emisores concluyó con respecto a la oportunidad de la adquisición, la sola presencia de un grupo de adquisiciones en forma simultánea no configura un indicio fehaciente de una actuación concertada.

Consideramos acertado el fallo de la Dirección sobre la oportunidad de la compra, ya que una mera coincidencia temporal, cuestión común en el mercado de adquisición de acciones, no puede ser evidencia de concertación, especialmente dado que en este caso solamente existía un vendedor. Tal como señala Javier García de Enterría, “[l]a simple coincidencia temporal de varias personas en sus negocios de adquisición de acciones resulta por ello irrelevante, mientras no pueda acreditarse al tiempo que no existe ninguna explicación económica alternativa” (2002).

Proximidad de los porcentajes, justo por encima del 50%

Talingo presenta como indicio que Clarion solo haya adquirido 3’300,000 acciones adicionales, mientras que el sr. Beaty adquirió 1’000,000 acciones, teniendo conjuntamente el 50.069925% de participación en SIMSA, lo cual sospechosamente era ligeramente superior al umbral requerido

para realizar una OPA (50%) y lo necesario para tener control absoluto de la sociedad de transformarse en una SAA. Asimismo, señaló que la razón por la que Clarion decidiría unirse con Ross Beaty en vez de coludirse con otro accionista de SIMSA se debe a que no existe consenso con los otros accionistas mayoritarios.

Clarion argumenta que la razón por la que no adquirieron más acciones es que no se encontraba en capacidad de adquirir más acciones de SIMSA por lo que White Peak era libre de realizar más operaciones. Por su parte, el sr. Beaty argumenta que adquirir dicha cantidad de acciones es común en sus estrategias de inversiones, lo cual puede ser comprobado al revisar su portafolio personal y verificar cantidades similares en otras empresas mineras en el Perú.

En su Informe Final, la Dirección de Emisores concluyó con respecto a la proximidad de los porcentajes adquiridos a efectos de alcanzar participación significativa que cualquier persona (incluidos otros accionistas de la sociedad) que hubiese adquirido el remanente de la orden de venta de White Peak podría ser acusado de concertar con Clarion para la adquisición de participación significativa.

Consideramos que el razonamiento de la Dirección de Emisores es correcto ya que existía una gran variedad de posibles combinaciones que se podrían realizar en la adquisición de acciones. Asimismo, Consideramos que Talingo cae en una contradicción al señalar que Clarion solamente podía concertar con el sr. Beaty al no existir consenso con otros accionistas mayoritarios, ya que posteriormente Talingo interpone una denuncia contra White Peak y Orange Bay por estar coludidos también con Clarion, siendo White Peak quien en principio accedió a vender sus acciones a Clarion y el sr. Beaty, y el segundo un accionista mayoritario de la sociedad.

Declaraciones del sr. Beaty que es siempre controlador

Talingo presenta como indicio una entrevista en la que el sr. Beaty habría afirmado que siempre que interviene en una compañía lo hace como accionista controlador, lo cual confirmaría que su intención al adquirir acciones en SIMSA es tomar el control de esta sociedad.

Tanto el sr. Beaty como Clarion argumentan que esta declaración ha sido maliciosamente editada y sacada de contexto, ya que en dicha entrevista no se estaba haciendo referencia a su portafolio de inversión personal, sino a las empresas que él funda. Asimismo, posteriormente, el sr. Beaty presentó una lista de empresas peruanas en las que tiene acciones tanto comunes como de inversión en dichos porcentajes menores.

Dado que Talingo dejó de utilizar este indicio en posteriores escritos, la Dirección de Emisores no comentó sobre este en su Informe Final. Sin embargo, consideramos que este indicio ha quedado correctamente desvirtuado por las pruebas entregadas por el sr. Beaty y Clarion.

Andrés Dasso

Talingo presenta como indicio que el sr. Andrés Dasso Chopitea fue propuesto en marzo del 2007 por Clarion como director de SIMSA, ocupando dicho cargo al momento de las transacciones. El sr. Dasso es representante de Panamerican Silver Perú SA, subsidiaria de la empresa fundada y presidida por el sr. Beaty. Con ello, Talingo busca demostrar que existía una relación previa entre Clarion y el sr. Beaty.

Clarion argumenta que el Sr. Dasso forma parte del Directorio de SIMSA desde el año 2001, incluso antes de que Clarion fuera constituida. Asimismo, la designación del sr. Dasso se realizó a propuesta de la propia Talingo en la Junta General de Accionistas del 23 de marzo de 2004. También Talingo propuso al sr. Dasso el 30 de marzo de 2007 como director alterno y Clarion preguntó si lo podían tener como director titular, lo cual todos aceptaron. Finalmente, señala que todos los años desde el 2001 ha sido elegido por unanimidad por los accionistas, e inclusive varios años fue propuesto por la propia Talingo. Para ello, Clarion presentó válidamente las copias de las Juntas Generales de Accionistas, en las que se puede verificar lo mencionado.

Dado que Talingo dejó de utilizar este indicio en posteriores escritos, la Dirección de Emisores no comentó sobre este en su Informe Final. Sin embargo, consideramos que este indicio ha quedado correctamente desvirtuado por las pruebas entregadas por Clarion.

El precio pagado, prima de control

Talingo presenta como indicio que el precio pagado por el sr. Beaty no se corresponde con su valor real, por lo que tenía incluido en este una prima de control a favor del vendedor. Sostiene ello en un informe de valorización de parte, en el cual se concluía que el precio real, tomando en consideración las finanzas de la empresa y el estado del mercado en dicho momento, era de S/ 6.17 en lugar de los S/ 8,20 que se pagó. Asimismo, sostiene que las acciones comunes de SIMSA no son liquidas y que las operaciones casi siempre son hechas entre los propios accionistas, por lo que un tercero no pagaría el mismo precio por ellas, razón por la que tendría más sentido que el sr. Beaty haya optado por compra acciones de inversión, en lugar de acciones comunes.

El sr. Beaty argumenta que es un inversionista experimentado y con muchos años de trayectoria en inversiones mineras, por lo que ha construido un vasto portafolio que contienen diversas acciones, tanto comunes como de inversión. Sin embargo, prefiere las acciones comunes ya que al tener derecho de voto tiene un mayor valor. La operación fue una transacción ordinaria de las muchas que hace en el mercado peruano. Consideró que 1 millón era la cantidad correcta, dado que era una empresa con buen futuro, el precio del zinc era favorable y podía ganar dinero con la inversión.

Por su lado, Clarion argumenta que el precio que se pagó por las acciones era correcto y era al precio por el que oscilaba en las fechas de la transacción. Asimismo, recuerda que Talingo había vendido pocos meses antes de esta transacción acciones por un precio de S/ 8.80 sin acusar ninguna prima de control en dicha operación.

En su Informe Final, la Dirección de Emisores concluyó con respecto al precio pagado por las acciones, este se encontraba dentro de los rangos de precios negociados aquellos días, anteriormente Talingo había vendido también un porcentaje a un precio similar, la valorización presentada por Talingo no toma en cuenta necesariamente las expectativas y la experiencia que puede tener el inversionista en esos momentos. Contrario a lo que señaló Talingo, el sr Beaty tiene participación minoritaria en otras empresas peruanas que listan en bolsa, tanto en acciones comunes como en acciones de inversión.

Antes de expresar mi opinión con respecto a este indicio, es necesario definir lo que se entiende como prima de control y su importancia. Tal como señala Antonio Guarniz, existe un elemento importante en la adquisición de una participación significativa además de las acciones, el cual no le pertenece solamente al titular de las acciones materia de la operación, sino también al resto de los accionistas, dicho elemento es el control de la sociedad. Dado que se asume que dicho control les pertenece a todos también es lo más justo que todos se beneficien de la transferencia y de los cambios de control. Dicho control es muy relativo y depende de la estructura accionarial de la empresa. Va a diferir si en una empresa el accionariado es disperso y quien busca adquirir participación significativa debe comprar a la masa de accionistas, o si una empresa tiene un claro controlador (o una serie de propietarios) y las negociaciones van a ser radicalmente distintas (Guarniz, 2010).

Al existir dicha divergencia de estructuras accionariales, las regulaciones determinan cuales van a ser los umbrales en los cuales se puede determinar que existe un cambio de control. En la regulación peruana dichos umbrales han sido establecidos en 25%, 50% y 60%. Ello es importante para determinar en qué punto va a ser necesario hablar acerca de una prima de control como un factor importante. Ahora bien, tal como señala Antonio Guarniz, dicha prima de control es indemostrable, sino todos los países en los que se contempla el sistema de OPA obligatoria tendrían simplemente que establecer una excepción para los casos en los que no se ha pagado una prima de control (Guarniz, 2010).

Consideramos, que dicha prima de control se debe verificar tomando una serie de factores como el precio al que las acciones se han transferido en los meses anteriores (o posteriores) a la transferencia, o valorizaciones en base a las finanzas de la empresa y la situación en particular de cada mercado. En el presente caso, un informe de valorización puede constituir un buen inicio para determinar si existió una prima de control; sin embargo, dicha valorización puede variar en base a los factores y proyecciones que se valoran. Por ende, me encuentro de acuerdo con lo señalado por la Dirección de Emisores al sostener que un indicador importante en este caso son los precios a los que previamente se habían transferido las acciones.

Participación de Isabel Arias

Talingo presenta como indicio que tanto el sr. Víctor Ostolaza como la sra. Isabel Arias Vargas instruyeron a Credibolsa para que se comunique con el sr. Beaty para coordinar la venta de acciones de White Peak. De acuerdo con lo señalado por Talingo, el sr. Víctor Ostolaza es representante legal de Clarion y la sra. Isabel Arias Vargas es la controladora de Clarion. Sostiene que es de conocimiento público que SIMSA es una empresa netamente familiar la cual es controlada, a través de vehículos legales, por la familia Arias Vargas, quienes también se encuentran en su mayoría en el directorio. En el caso de Clarion, esta es controlada por Isabel Arias Vargas y Luz Arias Vargas.

Clarion argumenta que el sr. Víctor Ostolaza no tenía conocimiento respecto a si habría uno o más compradores adicionales hasta el desarrollo de la reunión, y que fue únicamente la sra. Isabel Arias Vargas, en su calidad de directora de SIMSA, quien se había comunicado con el sr. Beaty para comunicarle que White Peak estaba interesada en vender sus acciones comunes en SIMSA. Asimismo, señala que Clarion es una empresa constituida en Niue y domiciliada en Panamá, cuyos controladores son empresas extranjeras y que no pertenece a ningún grupo económico ni es controlada por Isabel Arias Vargas o Luz Arias Vargas.

En su Informe Final, la Dirección de Emisores concluyó con respecto a la participación de Isabel Arias Vargas, que no se había encontrado evidencia de una relación de ella con Clarion, por lo que no existía una relación de Clarion con el sr. Beaty a través de ella.

Consideramos que este indicio no puede ser verificado ya que Talingo no ha presentado pruebas de que la sra. Isabel Arias Vargas sea controladora de Clarion; sin embargo, La Dirección de Emisores si pudiese haber hecho un mejor trabajo verificando lo señalado por Talingo, más allá de solamente basar su decisión en lo señalado por los implicados.

Defensa de parte de Clarion a Ross Beaty

Talingo presenta como indicio, posterior a la adquisición de las acciones, que Clarion ha venido defendiendo al sr. Ross Beaty en sus escritos y contestaciones, lo cual demuestra que estuvieron concertados desde un inicio.

En su Informe Final, la Dirección de Emisores concluyó con respecto a la defensa de Ross Beaty por parte de Clarion, se manifiesta con posterioridad a la denuncia presentada y no se observa nada fuera de lo ordinario, además de ser una actitud consistente con el objetivo de defensa ante una acusación de actuación concertada.

Consideramos que es correcta la valoración de la Dirección de Emisores, ya que, al ser una denuncia por actuación concertada, necesariamente se está tratando más de un sujeto, por lo que para poder defenderse a sí mismos, Clarion también debía negar que el sr. Beaty haya cometido alguna infracción al adquirir las acciones de White Peak.

La oferta de CZP

Como pieza final, Talingo presenta como indicio una supuesta concertación entre White Peak, Orange Bay, Clarion y el sr. Beaty, a raíz de una oferta de la empresa rusa CZP para venderle el control de SIMSA a espaldas de Talingo.

En primer lugar, sostiene que las accionistas principales tanto de White Peak como Orange Bay son Mónica Patricia y Rocío Arias Vargas, por lo que cuando se realizó en el pasado una venta de acciones de White Peak hacia Orange Bay no fue una simple transferencia entre dos empresas independientes, sino dos empresas casi gemelas. Posteriormente, White Peak habría coordinado previamente con Clarion para vender parte de sus acciones al sr. Beaty, operación que supuestamente ya había sido planeada y diseñada por más de un año. Talingo cuestiona el accionar de White Peak por vender el número exacto para que Clarion incremente su porcentaje sin pasar el umbral para realizar una OPA y posteriormente vende al sr. Beaty el número de acciones necesarias para que consiga la mayoría absoluta con Clarion.

En segundo lugar, Talingo cuestiona que White Peak se haya mantenido como accionista posterior a la transferencia de acciones a Clarion y el sr. Beaty, tomando en consideración que al ser SIMSA una sociedad de consensos, se requieren quórum y mayorías de 80% para la adopción de acuerdos. Sostiene que la razón por la que White Peak se quedó con un porcentaje tan pequeño es porque sabía que Clarion llegaría a tener el control absoluto de SIMSA y recibir un beneficio económico en el futuro.

En tercer lugar, Talingo cuestiona la actuación de White Peak y Orange Bay a lo largo del proceso, manteniéndose neutrales a pesar de encontrarse en la misma situación que Talingo, perdiendo el derecho a veto estatutario. Sostiene que a dichos accionistas no les afecta la situación porque se encuentran participando de la estrategia y recibirán un beneficio económico por ello. Dicha actuación se manifiesta en momentos como la votación en la Junta Obligatoria Anual del 2008, habiendo votado en conjunto lo cual demuestra que se encuentran concertados.

Finalmente, Talingo sostiene que todo lo anterior cobra un sentido al tomar en cuenta la oferta de compra de acciones por parte de CZP, una empresa minera de nacionalidad rusa que envió a la sra. Isabel Arias Vargas una oferta de adquisición de acciones el 17 de julio de 2007. En base a los términos explicados anteriormente, Talingo explica que esa es la verdadera razón por la que Clarion realizó los contratos de donación bajo el pretexto de liberar a SIMSA del entrapamiento que se encontraba. Según Talingo CZP adquiriría 27% del accionariado de White Peak y Orange Bay, revelando las verdaderas razones por la que White Peak permaneció con un porcentaje tan pequeño; y, posteriormente, aumentaría la participación al 50% + 1 de las acciones comprando las acciones a Clarion y el sr. Beaty.

Clarion argumenta que el nuevo indicio aportado por Talingo ha sido interpretado de manera sesgada y maliciosa dado que los documentos no evidencian negociaciones sostenidas por Clarion, sino con la sra. Isabel Arias Vargas en su condición de directora de SIMSA. Asimismo, la oferta constituye una muestra de interés no vinculante (traducido de su nombre original “non-binding offer”), contrario a la traducción maliciosa de Talingo que señala que es una oferta indicativa en vías de ejecución. Con respecto al análisis de los términos de la oferta este demuestra que no se conecta con la realidad ya que la venta del 27% de acciones de SIMSA no se llegarían a completar

ya que entre Orange Bay y White Peak tienen 27% de acciones. Por otro lado, Talingo presenta una traducción errónea y maliciosa al señalar que CZP “recibirá una opción para incrementar su capital en 50%+1 de acciones con derecho a voto de SIMSA”, cuando en realidad, el documento señala que la opción es para incrementar su participación a 50%+1. Esta diferencia es sustancial ya que la inexactitud de la traducción es necesaria para justificar la participación del sr. Beaty en la supuesta concertación, ello ya que de adoptarse la oferta real Claro tendría las acciones suficientes para concretarla, sin necesitar la intervención en ningún momento del sr. Beaty.

Por su parte, White Peak argumentó con respecto a la venta de sus acciones que era conocido en el mercado dicho intereses de efectuar una desinversión en Perú. Inclusive, Talingo realizó una primera oferta de compra de sus acciones, la cual no aceptaron pues el precio ofertado era mucho menor al de cotización en bolsa. White Peak decidió vender sus acciones a Clarion y el sr. Beaty porque estaban dispuestos a pagar la cotización mínima del mes de junio de las acciones (S/ 8.20). Ese precio comprueba que White Peak no se vio beneficiado con el pago de una prima de control. La razón por la que White Peak sigue siendo accionista de SIMSA es porque ni Clarion ni el sr. Beaty, ni otro potencial comprador deseaba adquirir más acciones. El cuestionamiento de Talingo de que siga siendo accionista es absurdo ya que existen muchos accionistas minoritarios en SIMSA con 300, 100 o 50 acciones comunes. Asimismo, la alegación de concertación con Clarion, Orange Bay y el sr. Beaty por la oferta de CZP carece de sentido ya que, de ser esta cierta, no habría tenido ningún sentido la venta de sus acciones al sr. Beaty en primer momento. Hubiese sido más inteligente y beneficioso conservar una mayor cantidad de acciones. Finalmente, la razón de la posición neutral de White Peak a la controversia es que no tiene algún interés en la permanencia o eliminación de las super mayorías.

Finalmente, gracias a declaraciones de Euromin y CZP, se confirmó que la oferta no existió sino hasta el 18 de julio de 2008, es decir, más de un año después de la supuesta adquisición concertada, lo cual demuestra que esta no pudo haber sido motivación para la compra. Inclusive los primeros contactos entre CZP y SIMSA se iniciaron en octubre de 2007, meses después de la adquisición de acciones y de los contratos de donación.

En su Informe Final, la Dirección de Emisores concluyó con respecto a la oferta efectuada por la empresa rusa CZP, se ha comprobado que la fecha de la recepción de la oferta no se realizó el 17 de julio de 2007, sino en 2008, por lo que es imposible que las adquisiciones hayan sido motivadas por esta oferta.

Consideramos que la conclusión de la Dirección de Emisores con respecto a este indicio es correcta; sin embargo, se puede ir más allá de la fecha de la oferta para desestimar este indicio y el comportamiento en general de Talingo a lo largo del caso. Con respecto al primer punto señalado por Talingo consideramos que la situación de los accionistas White Peak y Orange Bay carece de relevancia con el tema actual de actuación concertada. Además, queda claro que si White Peak y Orange Bay estaban concertados con no hubiese sido necesario vender acciones al sr. Beaty para lograr mayoría absoluta si se modificaba la estructura a SAA. Con respecto a la neutralidad de White Peak y Orange Bay, resulta verosímil que estos hayan adoptado dicha posición dado que no creían que existía una situación de concertación. Finalmente, los mismos términos económicos de la oferta hacen irracional que hubiese podido motivar la adquisición de acciones. Ello ya que el precio ofrecido por CZP era de aproximadamente S/ 2.8 - 3.6 por acción, lo cual es sustancialmente más bajo al precio pagado de S/ 8.2.

Contraindicios de Clarion

Clarion sostiene que cuando se verifica una actuación concertada se aprecian dos patrones usuales. Por un lado, dos personas que realizan aportes relativamente equivalentes, lo cual en este caso no se condice ya que Clarion tiene 48.85% de SIMSA y el sr. Beaty alrededor de 1%, por lo que no existe simetría en las prestaciones y no hay incentivo. Por otro lado, dos personas concertadas donde una de ellas, de apariencia independiente, responde a las instrucciones de la otra. El sr. Beaty es una personalidad reconocida en el ámbito de minería mundial. Resulta ilógico pensar que este se preste como testafarro de Clarion.

Asimismo, Clarion sostiene que a lo largo del procedimiento Talingo ha presentado diversas contradicciones en sus argumentos e indicios.

En primer lugar, ha presentado diferentes sujetos concertados a lo largo del proceso, ya que al inicio solamente señala que los concertados son Clarion y el sr. Beaty, para luego cambiar su versión e incluir a White Peak y Orange Bay.

En segundo lugar, inicialmente Talingo ofreció el nombramiento de Andrés Dasso como director como un inicio de concertación dado que supuestamente habría sido Clarion quien lo designo como director y que era nexo con Ross Beaty; sin embargo, posteriormente Talingo sostiene que fue Carolina Arias Vargas (controladora de Talingo según su propia declaración) la que se comunicó con Andrés Dasso para que sea director.

En tercer lugar, sobre la oferta no vinculante de CZP Talingo se refería inicialmente a este como el indicio que “ata, ordena y da sentido” a todos los demás indicios; sin embargo, posteriormente deja de mencionar este indicio y señala que el verdadero hilo conductor es el supuesto control que la directora Isabel Arias Vargas ejercería sobre Clarion, a pesar de que la propia Dirección ha señalado que no ha encontrado evidencia que sostenga dicha manifestación.

Finalmente, Clarion acusa presentación deliberada de documentación inexacto como la traducción de la oferta no vinculante de CZP, la cual tenía un error en la sección referida a la opción de compra de acciones. Talingo no solo presentó dicha traducción errónea, sino que apoyo parte de su argumentación en ella. Sin embargo, una vez que la Licenciada encargada de la traducción reconoció el error de la traducción, Talingo rechazo la rectificación preparada por la licenciada y nunca la presentó a Conasev.

- c. ¿Se acreditan los elementos para determinar la existencia de una actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty?

Con respecto a los tres elementos para determinar la existencia de una actuación concertada señalados anteriormente (citando a Javier García de Enterría), consideramos que ninguno de estos se puede verificar en la realidad.

En primer lugar, con respecto a la existencia de un pacto o convenio entre las partes supuestamente concertadas, consideramos que Talingo no ha logrado demostrar que haya existido un pacto entre Clarion y el sr. Beaty en el momento de las operaciones de adquisición ya que las operaciones tienen una explicación alternativa con relación a todos los indicios presentados. Asimismo, no se ha comprobado que haya existido pago alguno de primas de control sustancialmente comunes entre los sujetos supuestamente concertados, siendo S/ 8.20 un precio razonable tomando en consideración los precios a los que oscilaba la acción de SIMSA en dichos meses, así como la valorización y razones del sr. Beaty para adquirir las acciones. Tampoco se ha logrado verificar la segunda denuncia de Talingo sobre la concertación con White Peak y Orange Bay en relación con la oferta de CZP.

En segundo lugar, con respecto a que el pacto o convenio tenga como objeto la adquisición de una participación significativa en la sociedad, si bien las adquisiciones se dieron en simultaneidad, esto ha sido explicado por ser el vendedor el mismo. Asimismo, al no haber comprobado Talingo que ni el sr. Andrés Dasso, ni la sra. Isabel Arias Vargas hayan sido un nexo entre Clarion y el sr. Beaty, cabe concluir que las negociaciones y decisiones de los sujetos se dieron de manera independiente.

En tercer lugar, con respecto a que la finalidad de dicho pacto o convenio sea establecer una unidad de propósito a través del ejercicio coordinado de derechos de voto, no se ha verificado en la práctica una política común duradera ni un ejercicio conjunto y coordinado de sus respectivos derechos políticos dado que ninguno ya que las decisiones en SIMSA se siguieron tomando de igual manera a como venían siendo antes de las adquisiciones, sin indicios claros que haya habido un alineamiento en las políticas de cada uno.

- d. ¿Cumplen los indicios presentados por Talingo con los criterios de la prueba indiciaria?

Como señalamos anteriormente, existen cuatro criterios aprobados por la Corte Suprema requeridos para validar la prueba indiciaria: que el hecho base o indiciario se encuentre plenamente probado; que haya existencia de pluralidad de indicios; que las inferencias sean ser racionales, sin

tener que ser forzadas para la interpretación; y, que los indicios estén interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí y no excluyan el hecho consecuencia, lo cual exige su evaluación conjunta. Consideramos que los indicios presentados por Talingo no cumplen con lo requerido y, por ende, no hay verosimilitud en lo indicado.

En primer lugar, consideramos que los indicios presentados por Talingo no se encuentran debidamente probados, sino que han sido presentados como meras especulaciones o como acusaciones sin presentar documentación que compruebe los hechos base señalados. Ejemplo de esto último es el señalamiento de Isabel Arias Vargas como controladora de Clarion sin presentar pruebas que lo comprueben, o haber presentado la oferta de CZP como una oferta firme y en vías de desarrollo sin haber probado ello. Asimismo, el problema no es solo que los hechos no se encuentren plenamente probado, sino que en diversas ocasiones Talingo ha presentado información falsa, incompleta o malinterpretada a su favor.

En segundo lugar, en este caso Talingo ha presentado pluralidad de indicios; sin embargo, varios de ellos han sido desacreditados por la contraparte o por la Dirección de Emisores. Por un lado, la parte denunciada ha desacreditado indicios como las declaraciones sobre control mayoritario del sr. Beaty en sus inversiones, la relación de Clarion con el director Andrés Dasso, o la fecha y las condiciones de la oferta no vinculante de CZP. Por otro lado, la Dirección ha desacreditado ciertos indicios presentados por Talingo como la defensa de Clarion al sr. Beaty, la participación de la sra. Isabel Arias Vargas, o la existencia de una prima de control en la adquisición de las acciones.

En tercer lugar, consideramos que las conexiones lógicas entre los indicios y las conclusiones de Talingo no han sido racionales y en diversas ocasiones han tenido que ser forzadas para la interpretación. Ejemplo de ello es la supuesta participación y concertación con White Peak y Orange Bay, por haber votado en sentido contrario que Talingo en las Juntas Generales o por tener una actitud neutral con respecto a la controversia.

En cuarto lugar, si bien los hechos están interrelacionados, existen varios indicios que desacreditan y contradicen indicios anteriormente expuestos por Talingo. Ejemplo de ello es la inclusión de la

oferta de CZP, en la que incluían en la concertación a White Peak y Orange Bay, supuesto en el cual la participación del sr. Beaty sería innecesaria e ilógica.

- e. ¿Coexisten los elementos legales para que se genere la obligación de formular una OPA?

Las OPAs en el Perú son reguladas por el art. 68 de la Ley de Mercado de Valores, así como el Reglamento de OPA, cuyo art. 4 establece cuatro requisitos que deben coexistir para que se genere la obligación de formular una OPA.

En primer lugar, que la transferencia de valores o derechos políticos sea a título oneroso, ello dado que solamente en dichos supuestos se puede comprobar la existencia de una prima de control. Este primer requisito se cumple en el caso ya que tanto las acciones adquiridas por Clarion, como las acciones adquiridas por el sr. Beaty fueron adquiridas a título oneroso a favor de White Peak, por las que se pagaron S/ 8.20 por acción.

En segundo lugar, que la sociedad objetivo cuente con una clase de valores con derecho a voto y que se encuentren inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Este requisito también se cumple ya que, por un lado, SIMSA cuenta tanto con acciones comunes con derecho a voto y acciones de inversión y, por otro lado, SIMSA cuenta con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores y acciones listadas en la Bolsa de Valores de Lima.

En tercer lugar, la existencia de una situación que conlleve a un cambio o toma de control de la sociedad. El Reglamento establece ciertos supuestos en los que ello puede suceder: que el adquirente alcance o supere ciertos porcentajes en el capital social (25%, 50% o 60%), que el adquirente consiga una cantidad de acciones que le permita remover o designar la mayoría de los directores, y que el adquirente consiga una cantidad de acciones que le permita modificar los estatutos de la sociedad. Este requisito no se cumple si observamos independientemente las transacciones de Clarion y el sr. Beaty, al tener tan solo 48.85% y 1.22% de la participación de SIMSA, respectivamente, por lo que Talingo ha buscado comprobar mediante su denuncia que dichos accionistas han adquirido concertadamente de las acciones, superando el umbral del 50%

determinado por ley. Consideramos que en el presente caso no se ha comprobado la existencia de una actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty, por lo que no se ha cumplido el requisito de superar el umbral del 50% para realizar una OPA.

Por último, y relacionado al primer punto, se requiere la existencia del pago de una prima de control ya que la sola adquisición de participación no determina que el adquirente deba formular una OPA Lazo (2015). Si bien Talingo ha sostenido que el sr. Beaty habría pagado una prima de control a White Peak al no estar el pago de S/ 8.20 relacionado con un valor real de la acción en SIMSA, tal como señalamos anteriormente, consideramos que existen diversos factores a tomar en cuenta una valorización y que para este caso también ha sido importante tomar en cuenta los precios a los cuales se han comprado acciones en dicha época, lo cual desestima la existencia de una prima de control.

2. ¿Es legítima la adaptación de SIMSA a una Sociedad Anónima Abierta como consecuencia de las donaciones de Clarion?
 - a. Marco teórico-normativo

La Sociedad Anónima Abierta en el Perú

La figura de la Sociedad Anónima Abierta encarna al tipo de sociedad que recurre a grandes capitales para invertirlos a cambio de acciones de la emisora. Dado el gran número de accionistas y/o la gran cantidad de capital es necesario someter a estas sociedades a controles de la administración pública para la protección de las inversiones, exigiendo mayor información y transparencia (Salas, 2019). Asimismo, “la regulación sustantiva contenida en la LGS que es aplicable a esta forma societaria se concentra en cuatro aspectos relevantes: la transparencia y la información; la negociabilidad de las acciones; el gobierno corporativo; y, el régimen de supervisión y control” (Payet, 2017).

Existen; sin embargo, ciertos supuestos básicos para que una sociedad pueda desarrollarse como una SAA. La calificación de la SAA se aplica en cualquiera de los supuestos legales o voluntarios

previstos por el art. 249 de la LGS: (i) haber hecho una oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; (ii) tener más de 750 accionistas; (iii) que más del 35% de su capital pertenece a 175 o más accionistas; (iv) que se constituya como tal; o, (v) que todos los accionistas con derecho a voto aprueben por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

De acuerdo con José Antonio Payet, la segunda categoría de circunstancias está basada en el grado de dispersión del accionariado, el cual se mide de dos formas: el número total de accionistas y la dispersión del accionariado (2017). La normatividad no exige que dichas formas sean concurrentes, sino basta que se presente alguna para que la Sociedad se adapte a abierta. De acuerdo con el art. 263, la adaptación de ordinaria a abierta tendrá carácter obligatorio cuando al término de un ejercicio anual la sociedad alcance alguna de las condiciones previstas en el art. 249. La ley impide cualquier limitación a la adaptación al retirar los requisitos de quórum o mayorías, así como que cualquier socio o tercero interesado puede solicitar la adaptación (Salas, 2019).

La ley determina ciertas estipulaciones como invalidas en el pacto social o el estatuto. Entre dichas estipulaciones se encuentran cualquiera que limite la libre transmisibilidad de acciones, restrinjan negociaciones de acciones o establezcan derechos de preferencia. Por otro lado, con respecto a la organización de las juntas generales se modifica con relación a las sociedades ordinarias, específicamente reduciendo el número de acciones para solicitar la convocatoria a junta (de 20% a 5%) y prohibiendo que se puedan exigir quóruns y mayorías mayores a las estipuladas por ley (Salas, 2019).

El rol de Conasev como ente supervisor de las SAA

Como señalamos anteriormente, dada su importancia de cara a la transparencia pública uno de los aspectos más importantes de las SAA es su régimen de supervisión y control. El Reglamento de Organización y Funciones de la Conasev establece en su art. 3 que “Conasev tiene competencia respecto de los valores mobiliarios o instrumentos financieros que se oferten o negocien en el territorio nacional, las sociedades anónimas abiertas en lo que corresponda y toda persona natural o jurídica que directa o indirectamente participe en el mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos”. Asimismo, los arts. 35 y 36 establecen como facultades de la

Dirección de Emisores, ejecutar las competencias que las leyes y reglamentos le otorguen en materia de Sociedades Anónimas Abiertas.

Para el caso en cuestión es de relevancia el art. 253 de la LGS, el cual estableció originalmente que dentro de las obligaciones de la Conasev se encontraba el de supervisar y controlar a la SAA. De dicha obligación emanan ciertas facultades como exigir la adaptación de la sociedad anónima ordinaria a abierta, exigir la entrega de información cuando sea solicitada por accionistas que representen al menos 5% del capital, y convocar a Junta General cuando sea solicitado por los accionistas (Payet, 2017).

b. Acusación de Talingo sobre la adaptación de SIMSA a una SAA.

Talingo denuncia como segunda etapa de la estrategia de toma de control de SIMSA por parte de Clarion y el sr. Beaty, la adaptación de la sociedad a una SAA a través del mecanismo de contratos de donación a favor de trabajadores de la empresa, con el objetivo de conseguir el mínimo de accionistas requerido por ley. A raíz de ello, Talingo solicita a Conasev la suspensión de la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, al menos hasta que se decida sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador sobre la supuesta actuación concertada.

El estatuto de SIMA al momento de la donación de acciones establecía un quórum para la celebración de Juntas Generales de 80% de las acciones suscritas con derecho a voto en primera o segunda convocatoria, y de 51% en tercera convocatoria. Asimismo, se exigía una mayoría calificada de 80% para la adopción de acuerdos trascendentales para la Sociedad. Por otro lado, el estatuto establece que el quórum del Directorio es siempre siete de ocho directores y para los acuerdos más importantes se requiere el voto favorable de siete directores. Estas disposiciones especiales habían sido instituidas para que SIMSA se convirtiera en una sociedad de consensos al requerir que todos los accionistas con más de 20% estén de acuerdo para votar favorablemente a decisiones trascendentales que requerían una mayoría calificada.

Según Talingo, las donaciones hechas a los trabajadores por parte de Clarion era forzar una adaptación de la sociedad a una SAA. Ello ya que, como vimos anteriormente, según los arts. 249.

y 263 de la LGS, las sociedades que tengan más de 750 accionistas con derecho a voto se convierten obligatoriamente en SAA. El beneficio para Clarion era que el art. 256 de la LGS establece que el quórum en primera convocatoria para una SAA es de 50%, por lo que las disposiciones del estatuto de SIMSA sobre quóruns y mayorías calificadas de 80% debían ser modificadas y disminuidas para encontrarse acorde a la ley. Para Talingo, la verdadera intención de Clarion y el sr. Beaty era conseguir el control absoluto de la compañía ya que, al verse reducidos los porcentajes requeridos para quóruns y mayorías, solo necesitaban del 50% de las acciones comunes con derecho a voto para lograr el control de SIMSA.

En respuesta a lo señalado por Talingo, Clarion sostiene que las donaciones de acciones comunes de SIMSA no han tenido el objetivo de conseguir el control absoluto de SIMSA en coordinación con el sr. Beaty, sino busca un doble objetivo: otorgar un beneficio a los trabajadores como incentivo y muestra de aprecio por los resultados, y liberar a SIMSA de la situación de entrampamiento y desgobierno como consecuencia del mal uso que estaba haciendo Talingo del derecho de veto estatutario.

Señala, además, que Talingo ha venido frustrando sistemáticamente la posibilidad de que el Directorio de SIMSA se reúna válidamente, lo cual fue puesto de manifiesto por el resto de los directores el mes de noviembre de 2007 a través de una carta al presidente del Directorio. Otras manifestaciones de dicho abuso es que ha venido frustrando la celebración de Juntas Generales de Accionistas, evitando que se celebre por muchos meses la Junta Obligatoria Anual de Accionistas, la designación de Gerente General por más de 15 meses, entre otros.

Clarion defiende que no existe ninguna prohibición legal que impida a una persona promover o causar que una determinada sociedad se convierta en una SAA. Para evitar ello, existe la posibilidad de establecer restricciones a la transferencia de acciones o pactos de preferencia a nivel estatutario. El estatuto de SIMSA contemplada ello, pero a solicitud de la propia Talingo ello se eliminó el 2 de febrero de 2007.

Ante el supuesto perjuicio que el desgobierno ocasionado por Talingo causaba a la sociedad, Clarion decidió producir la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, mediante el

ejercicio de su derecho de disposición de acciones. Clarion niega que dicha adaptación pueda ser considerado perjudicial por los demás accionistas, siendo prueba de ello la buena recepción por parte de Orange Bay y White Peak a la decisión. Inclusive, en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA del 2008 se pone en evidencia que Talingo es el accionista que siempre se opone a los acuerdos tomados por los principales accionistas: Clarion, Orange Bay y White Peak.

c. ¿Tiene la Conasev potestad para suspender la adaptación de una sociedad a SAA?

Conforme a lo señalado por el Reglamento de Organización y Funciones de la Conasev, así como el art. 253 de la LGS, consideramos que es claro que las facultades de Conasev se limitan a supervisar la adaptación de una sociedad a SAA, una vez que se hayan presentado alguno de los supuestos señalados en el art. 249. Sin embargo, dichas facultades se restringen a exigir la adaptación, por lo que Conasev no tendría las facultades de ordenar la pausa o suspender la adecuación, lo cual tendría como consecuencia que el pedido de Talingo en dicho aspecto no podría ser llevado a cabo por la entidad.

d. ¿Es valida la adaptación de SIMSA a una SAA?

Si bien la mayoría calificada de SIMSA había sido introducida como un mecanismo de consenso y protección a los accionistas minoritarios, en la práctica, se manifestaba como un derecho de veto estatutario para todo aquel accionista con más de 20% de acciones comunes con derecho a voto. El derecho a veto trae ciertas ventajas para sociedades en las que existen fuertes conflictos de poder al momento de tomar decisiones como las de favorecer una protección de la voluntad de las minorías, promover una conducción más equilibrada de la sociedad, evitar situaciones de arbitrariedad. Sin embargo, también traen una serie de desventajas como el aprovechamiento para la obtención de beneficios indebidos, la posibilidad de generar situaciones de parálisis corporativa, el entorpecimiento de la marcha de la sociedad, y el desaliento de la inversión en la empresa (Cardenas, 2018).

Esa precisamente fue la razón que esgrimió Clarion para hacer uso del mecanismo de donaciones para adaptar a la sociedad. Inclusive, en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA del 2008 se pone

en evidencia que Talingo es el accionista que siempre se opone a los acuerdos tomados por los principales accionistas: Clarion, Orange Bay y White Peak. Dentro de las decisiones que se tomaron con voto favorable de dichos accionistas se encuentra la de distribuir la utilidad comercial entre los directores titulares de acuerdo a su asistencia las reuniones convocadas. Esta decisión fue tomada por todos los accionistas a excepción de Talingo, lo cual denota que los demás accionistas se encuentran disconformes con la actitud de los directores designados por Talingo y sus constantes faltas a las sesiones.

Consideramos que la LGS es clara al señalar que para la adaptación de una sociedad a SAA bastará con que se cumpla uno de los supuestos del art. 249. En el presente caso, al cumplirse el supuesto de contar con más de 750 accionistas SIMSA debe adaptarse a una sociedad anónima abierta ya ajustar los estatutos de acuerdo con ello. Contrario a lo señalado por Talingo, opinamos que basta con la configuración fáctica de alguno de los supuestos para que una sociedad deba adaptarse.

Por otro lado, consideramos que, si bien el mecanismo de donación de acciones comunes a los trabajadores es discutible, este no es un mecanismo ilegal ya que en la práctica se ha dado un beneficio a ellos, a pesar de ser uno bastante limitado. Asimismo, consideramos que es cierto que las actuaciones de Talingo habían estado llevando a la empresa a un desgobierno. Ejemplo de ello es la carta que los directores de Talingo presentaron al presidente del Directorio el 26 de febrero de 2008, en el que explicaban las razones por las que dejaban de asistir a las sesiones, en el cual se denota que su intención es que no se sesiones poniendo excusas como una incorrecta citación, cuando dichos errores eran fácilmente enmendables.

Finalmente, es necesario destacar que la LGS establece una serie de estipulaciones que buscan proteger a los accionistas de una SAA, entre las cuales se encuentran la obligación de publicar información relevante para los accionistas y para el mercado en general, incluyendo el número total de títulos representativos de acciones no reclamados o el monto de los dividendos no cobrados; el establecimiento de una serie de procedimientos para solicitar la entrega de los títulos representativos de acciones y/o dividendos; y el acceso libre a la información requerida de la sociedad (Adrianzén, 2000).

1. ¿Debe la Conasev incluir a Talingo como parte del procedimiento administrativo sancionador, permitirle presentar medios probatorios y acceder al expediente?

- a. Marco teórico-normativo

Participantes de un procedimiento administrativo sancionador

El procedimiento administrativo sancionador (“PAS”) es el conjunto de actos llevados a cabo por la Administración Pública que tienen como objetivo determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa, es decir, comprobar la comisión de una infracción y, de ser así, aplicar la consecuente sanción. El PAS busca garantizar que la actuación de la Administración se lleve a cabo de manera ordenada y respetando una base de garantías para el administrado. (MINJUS, 2017).

La LPAG contempla dos tipos de participantes en el procedimiento: la autoridad administrativa y el administrado. Por un lado, la autoridad administrativa es aquella a quien se le atribuye la potestad sancionadora, la cual debe realizarse dentro del marco de los parámetros jurídicos (MINJUS, 2017). Esta es definida por la LPAG como “el agente de las entidades que, con cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas, conduce el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participa en la gestión de los procedimientos administrativos” (Melgarejo, 2009).

Por otro lado, el administrado puede ser una persona natural o jurídica, siempre que goce de capacidad jurídica conforme a las leyes, que sea titular de derechos o intereses legítimos, ya sean individuales o colectivos. Tal como señala David Melgarejo, “el ejercicio de la función administrativa del poder supone siempre el surgimiento de consecuencias que afectan, de una manera u otra, la esfera jurídica de los administrados”. El derecho subjetivo de los administrados supone la imposición de un deber genérico de la AP de reconocer dicho derecho en el marco de las normas del Derecho Administrativo. Ello conduce que para que exista una relación no solo baste que el sujeto se encuentre en capacidad de ejercer la función administrativa, sino que tal ejercicio se realice con base en una competencia o interés efectivamente asignado. Asimismo,

participación del administrado no supone una relación de subordinación frente a la autoridad, sino que es sujeto tanto de situaciones jurídicas pasivas como activas frente a la AP (Melgarejo, 2009).

Dentro del procedimiento, el administrado goza de una serie de garantías y derechos, las cuales se derivan del principio del debido procedimiento y de la naturaleza del procedimiento sancionador (MINJUS, 2017). Dentro de los derechos de los administrados se encuentran la precedencia en la atención del servicio público requerido, ser tratados en condiciones de igualdad con los demás administrados, y acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes en que sean partes y obtener copias de los documentos. Asimismo, “inspirado en el principio de participación, el administrado está facultado a acceder a la información de la autoridad administrativa que le permita el ejercicio oportuno de sus derechos al interior de dicho procedimiento”, ello salvo que dicha información se encuentre restringida por ley o protegida por la reserva (Melgarejo, 2009).

La figura del tercero con interés legítimo

Como mínimo, el procedimiento va a tener como participantes a la autoridad administrativa y al administrado a quien se ha atribuido la infracción, es decir, el denunciado (MINJUS, 2017). Adicionalmente, la LPAG también considera como administrado a quienes ostenten intereses legítimos en el procedimiento administrativo, es decir, cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por la decisión administrativa a adoptarse (Danós Ordóñez, 2003).

Dichos terceros con interés legítimo pueden adherirse una vez iniciado el procedimiento; sin embargo, “[u]sualmente, la intervención del administrado en el procedimiento se da al inicio del mismo (procedimientos a instancia de parte), a través del uso y/o ejercicio de su derecho de petición”, promoviendo el inicio del procedimiento como titulares de derechos. Ahora bien, el procedimiento administrativo contempla al tercero como administrado siempre que se acredite que la decisión a tomarse incide en su esfera jurídica, ya sea de manera positiva como negativa. Una vez incorporado al procedimiento, adquiere carácter de parte para todos los efectos y la Administración Pública tendrá la obligación de atender o absolver la solicitud, resolver respecto de ella, y satisfacer o no dicha solicitud a su entera discrecionalidad (Melgarejo, 2009).

Si bien el denunciante tiene interés legítimo en el procedimiento, su rol como tercero interesado es más la de un colaborador de la administración para la tutela del ordenamiento. Va a corresponder a la administración determinar los casos en los que existe dicho interés y es necesario que se le asigne la calidad de parte al denunciante perjudicado y que este reciba los derechos reconocidos en el marco del procedimiento administrativo sancionador (Danós Ordóñez, 2019).

Fases de un procedimiento administrativo sancionador

Si bien el procedimiento administrativo sancionador incluye diversos pasos a seguir por la autoridad y el administrado, existen dos grandes fases que engloban todos estos: la fase de instrucción y la fase sancionadora. Por un lado, la fase de instrucción es aquella en donde la autoridad realiza “la obtención y la práctica de las pruebas destinadas a comprobar adecuadamente los hechos como la aportación de datos jurídicos que sirvan de fundamento para la resolución”. Por otro lado, en la fase sancionadora se evalúa la acusación final y se decide sobre la aplicación de la sanción a imponerse (Danós Ordóñez, 2003).

La LPAG hace especial énfasis en garantizar la imparcialidad en el procedimiento sancionador, “a fin de evitar que la autoridad decisoria emita una sanción basada en juicios de valor previamente elaborados y, a su vez, procurar que el instructor desarrolle un alto grado de especialización en la investigación de los hechos materia del procedimiento” (MINJUS, 2017). Por ello, ambas fases siempre son conducidas por órganos distintos de la Administración Pública. En el caso de Conasev, mientras que el órgano encargado de la fase instructora es la Dirección de Emisores, el órgano encargado de la fase sancionadora es el Tribunal Administrativo.

Con respecto a la fase de instrucción, esta es una fase “integrada por actos cuya finalidad es dar a conocer al órgano decisorio, los elementos necesarios para dictar su resolución”. Las actividades de instrucción pueden clasificarse en dos partes principales. Por un lado, aquellas actividades que tienen como objetivo la aportación de datos, a través de los cuales se introducen datos fácticos o jurídicos. Por otro lado, aquellas actividades que tienen como objetivo la comprobación de datos, a través de las cuales se busca convencer al órgano decisorio sobre la realidad o certeza de los

datos aportados (Shimabukuro, 2003). Dicha actividad se enmarca en el principio de impulso de oficio, en virtud del cual la autoridad tiene el deber de dirigir e impulsar el procedimiento, así como ordenar la realización de los actos para el esclarecimiento de las pruebas (Magide & González Prada, 2020).

Sin embargo, este principio de impulso tiene ciertos matices, ya que para el caso de los procedimientos que surgen a raíz de una denuncia de parte, la regla general es que sea el administrado quien aporte los medios probatorios. Ello no significa que a la administración no le corresponda carga alguna en materia probatoria, pero es el actor el que debe probar los hechos constitutivos del derecho que reclama. Con respecto a la oportunidad de ofrecimiento para el administrado, las pruebas deberán ser ofrecidas en el momento en que se presente la solicitud con la que se busca el inicio del proceso, por medio de la presentación de anexos de aquellas de las que disponga. Sin embargo, una vez haya iniciado el procedimiento, de acuerdo con el art. 161, los administrados pueden aportar pruebas adicionales en cualquier momento del procedimiento, siempre que sea antes de la emisión de la resolución definitiva (Shimabukuro, 2003).

Por otro lado, el art. 159. establece tres supuestos en que corresponde a la administración la carga de la prueba durante la evaluación previa: cuando la prueba obra en poder de la administración, cuando la administración se encuentre en mejores condiciones para probar que el interesado, y cuando el objeto del procedimiento trascienda del interés del peticionario. Para el caso de los procedimientos iniciados de oficio, el instructor tiene la obligación de desplegar toda la actividad probatoria para acreditar la existencia de los hechos (Shimabukuro, 2003).

Las investigaciones preliminares en el procedimiento administrativo sancionador

Como hemos señalado anteriormente, el procedimiento administrativo sancionador se divide en dos grandes fases; sin embargo, la LPAG faculta a la autoridad instructora competente puede realizar investigaciones antes de iniciado el procedimiento con el objetivo de obtener información que le permita obtener convicción acerca de la pertinencia de iniciarlo (Danós Ordóñez, 2019).

Dicha potestad se utiliza principalmente cuando se recibe una denuncia de parte y tienen como finalidad revisar la evidencia que resulte necesaria sobre los hechos imputados. En caso de que no se determine la necesidad de iniciar un procedimiento o no se logre determinar la materia investigable “corresponde que la autoridad competente comunique (motivadamente) dicha circunstancia a quien haya promovido la apertura del procedimiento”. En el caso que un denunciante que pueda potencialmente ser parte en el procedimiento administrativo sancionador por tener interés en la resolución final corresponde que la autoridad le notifique de su decisión de no iniciar el procedimiento para que este pueda hacer valer sus derechos a través del recurso administrativo correspondiente (MINJUS, 2017).

Ahora bien, dichas investigaciones previas no deben ser utilizadas por la autoridad como un mecanismo para adelantar la actividad probatoria que corresponde realizar durante la fase de instrucción propiamente dicha del procedimiento administrativo sancionador, ya que de otra manera no se estaría respetando los derechos al debido procedimiento, defensa y presunción de inocencia del imputado (Danós Ordóñez, 2019).

El inicio del procedimiento administrativo sancionador

A pesar de representar una pieza fundamental al momento de determinar si existe verosimilitud de lo denunciado, que se realicen investigaciones previas no quiere decir que el procedimiento haya iniciado. Tal como señala el MINJUS, citando a Juan Alfonso Santamaría, “en estricto, las actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador, toda vez que se trata de un trámite puramente facultativo que tiene por objeto determinar si concurren o no las circunstancias que ameriten el inicio del procedimiento”. Ello ya que corresponde únicamente a la autoridad de instrucción iniciar de oficio el procedimiento administrativo, materializándolo mediante la resolución de imputación de cargos al administrado (MINJUS, 2017).

Asimismo, si bien otras entidades administrativas o un tercero, por medio de una denuncia, pueden solicitar el inicio de un procedimiento administrativo a la autoridad de instrucción, esta es la única que puede decidir sobre el inicio de este como consecuencia del ejercicio de su potestad exclusiva

de supervisión a potenciales sanciones al ordenamiento jurídico y promoción del cumplimiento del marco legal para desalentar la comisión de ilícitos (Danós Ordóñez, 2019).

- b. ¿Debe ser Talingo considerado parte del procedimiento administrativo sancionador?

Talingo solicitó acceso al expediente y la inclusión de medios probatorios adicionales presentados, lo cual fue negado por la Dirección de Emisores, basando su decisión en el art. 10-A del Reglamento de Sanciones, el cual señala que el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.

Ante dicha negativa, Talingo interpuso un recurso de apelación fundamentando su petitorio en tres razones principales.

En primer lugar, Talingo señala que los derechos e intereses legítimos de la empresa están directamente afectados en el procedimiento, dado que la decisión que se emita afectará a Talingo ya que tendrá como posibles consecuencias la obligación de Clarion y el sr. Beaty de efectuar una OPV. Por ende, con el oficio que niega acceso al expediente y a la presentación de medios probatorios, se ha negado arbitrariamente la posibilidad de efectuar la defensa de sus derechos.

En segundo lugar, señala que no son meros denunciante, sino que tienen la condición de terceros administrados, es decir, terceros cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución, y que ostentan los mismos derechos y obligaciones que los participantes del procedimiento (arts. 51 y 60 de la LPAG). El art. 10-A del Reglamento de Sanciones al que ha hecho referencia la Dirección de Emisores se refiere a los denunciante que no poseen legítimo interés en el resultado del procedimiento. Talingo sostiene que, dado que en el presente caso no son simples denunciante, sino que tienen calidad de terceros legitimados, el art. mencionado por la Dirección no resulta aplicable.

Finalmente, Talingo señala que para este caso en particular no solamente tienen un interés legítimo que los habilita para participar en las etapas del procedimiento, sino que Talingo tiene el deber de

participar, al tener la carga de la prueba de demostrar lo alegado en su denuncia, por lo que su participación es fundamental.

Como señalamos anteriormente, los participantes del procedimiento administrativo sancionador son la autoridad administrativa y el administrado (o administrados). El art. 51 de la LPAG considera como administrado a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, y aquellos que sin haber iniciado el procedimiento posean derechos o intereses legítimos. Nos encontramos de acuerdo con lo señalado por Talingo, en el sentido que este tiene interés legítimo en el procedimiento administrativo ya que, según lo alegado por ellos, no han podido participar de la prima de control que habría surgido de una potencial OPA, lo cual tendría influencia en su esfera jurídica, por lo que consideramos que debe ser parte del procedimiento como tercero con interés legítimo.

c. ¿Debe ser incluido Talingo en la etapa de investigaciones preliminares?

En la Resolución 206-2008-EF/94.01.3, el Tribunal Administrativo reconoció que Talingo tiene interés en el resultado del procedimiento, por lo que puede intervenir y participar en este. En base a ello, Talingo sostiene que tiene legitimidad para tener acceso íntegro al expediente y a efectuar los descargos correspondientes. Asimismo, sostiene que resulta indispensable conocer toda la información en el expediente para poder ofrecer contradicción de las pruebas, de lo contrario habría una apreciación sesgada de los documentos y pruebas.

La Gerencia General de Conasev respondió al escrito de Talingo señalando que si bien este está reconocido como denunciante con legítimo interés, la presentación de esta denuncia obliga a la administración a practicar las diligencias preliminares necesarias para comprobar la verosimilitud y dar inicio al procedimiento administrativo sancionador. La Gerencia señala que para que se considere a Talingo como administrado debe existir el requisito indispensable que exista en trámite un procedimiento administrativo, lo cual no ocurre en este caso ya que se encuentran en diligencias preliminares y dicha etapa no constituye parte oficial del procedimiento. Por ende, señala que no es posible reconocer a Talingo el derecho de exigir mayores prerrogativas en la etapa de actuaciones indagatorias.

Nos encontramos de acuerdo en parte con lo señalado por la Gerencia General ya que es cierto que es potestad de la autoridad administrativa realizar diligencias preliminares y que, al no ser estas parte oficial del procedimiento administrativo, Talingo aún no puede ejercer derechos de parte. Sin embargo, el hecho que no pueda exigir dichos derechos de parte, no quiere decir que la autoridad no deba considerarlo al momento de realizar las investigaciones, revisar los medios probatorios y realizar la toma de testimonios. Tal como señalan Magide y González Prada, el hecho de que una prueba sea oficial no implica que un particular no pueda presentar pruebas para defender sus intereses en un procedimiento administrativo. Si bien la LPAG asigna la carga probatoria a la administración, también permite que los administrados presenten pruebas y testimonios. Por ello, consideramos que, en ciertos momentos de las investigaciones preliminares, la participación de Talingo hubiese sido beneficiosa para la determinación de la verosimilitud de lo alegado, especialmente porque fueron quienes presentaron la denuncia y los medios probatorios originalmente (Magide & González Prada, 2020).

d. ¿Podía el Tribunal Administrativo ordenar el inicio del procedimiento?

Adicionalmente, en la Resolución 206-2008-EF/94.01.3 el Tribunal Administrativo ordenó a la Dirección de Emisores que de inicio al procedimiento administrativo sancionador. Ante ello, Clarion presentó un recurso de apelación sosteniendo que dicho mandato es nulo por contravenir los principios de legalidad y debido procedimiento, así como por no observar la estructura que diferencia la autoridad que realiza las investigaciones previas y conduce la fase instructora (la Dirección de Emisores), de la autoridad que decide la aplicación de la sanción (el Tribunal Administrativo). El Directorio de Conasev declaró fundada esa parte del recurso de apelación de Clarion.

La Dirección de Emisores de Conasev emitió el Oficio No. 1723-2010-EF/94.06.3, mediante el cual se recomienda archivar la denuncia contenida en el expediente al no poder inferirse la existencia de concertación en base a los indicios analizados conjuntamente. Ante ello, Talingo respondió que la Dirección de Emisores ha venido realizando actuaciones que corresponden propiamente a la etapa de instrucción del procedimiento, por lo que este ya ha iniciado y no se les

ha permitido participar a pesar de ser un tercero legitimado. Asimismo, señala que el Tribunal Administrativo dispuso que la Dirección inicie el procedimiento administrativo y que se les incorpore como parte de este por lo que, si bien se dispuso posteriormente que el Tribunal no puede disponer que el órgano instructor realice actuaciones que son propias de su competencia, es esencial recoger el razonamiento del Tribunal. Por ende, Talingo sostiene que la decisión de la Dirección es manifiestamente contraria a los principios del ordenamiento y al verse vulnerado su derecho al debido procedimiento el procedimiento devengará en nulo.

Nos encontramos en desacuerdo con lo señalado por Talingo ya que el procedimiento no ha iniciado hasta que así lo determine la autoridad instructora. Consideramos que la autonomía que le confiere la normativa a la Dirección de Emisores para decidir sobre el inicio del procedimiento prevalece sobre la opinión del Tribunal, además de que el razonamiento de este último se dio en relación a medidas cautelares y no tenía suficiente información como para generar un razonamiento final, a diferencia de la Dirección. Asimismo, consideramos acertado el fallo de Directorio de Conasev sobre el mandato de inicio del procedimiento ya que, tal como señala Danós Ordóñez “[u]na de las principales garantías del debido procedimiento administrativo en el ámbito sancionador es la obligación de que las fases instructora y resolutive se encuentren a cargo de diferentes autoridades, con el objetivo de generar condiciones que promuevan la objetividad e imparcialidad” (Danós Ordóñez, 2019). Por ende, la única autoridad facultada para decidir sobre el inicio del procedimiento, notificar al imputado y realizar las actuaciones probatorias que considere necesarias es la autoridad instructora, es decir, la Dirección de Emisores.

CONCLUSIONES

1. Consideramos que no se ha acreditado la existencia de los elementos para determinar una actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty. En primer lugar, Talingo no ha logrado demostrar que haya existido un pacto entre los denunciados al momento de la adquisición de las acciones de SIMSA. En segundo lugar, la simultaneidad de las compras se ha podido explicar por ser el vendedor de estas el mismo para las dos operaciones. En tercer lugar, no se ha verificado una política común duradera a través de las actuaciones o el ejercicio de los derechos políticos de los denunciados.
2. Consideramos que con respecto a los criterios de la Corte Suprema para validar la prueba indiciaria no se han cumplido con lo requerido, fallando en probar la verosimilitud de lo indicado. En primer lugar, los indicios presentados por Talingo no se encuentran debidamente probados, sino que han presentado meras especulaciones. En segundo lugar, si bien se han presentado pluralidad de indicios, estos han sido desacreditados por la contraparte o la autoridad administrativa. En tercer lugar, las conexiones lógicas entre los indicios y las conclusiones expuestas por Talingo no han sido racionales. En cuarto lugar, si bien los hechos presentados están interrelacionados, existen varios indicios que desacreditan y contradicen indicios anteriormente expuestos por Talingo.
3. Consideramos que solamente se han cumplido con dos de los cuatro requisitos que estipula el art. 4 del Reglamento de OPA para que se genere la obligación de formular una OPA. Se ha cumplido con que la transferencia de valores o derechos políticos sean a título oneroso, y que la sociedad objetivo cuente con una clase de valores con derecho a voto y que se encuentren inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Sin embargo, al no haberse comprobado que haya existido una actuación concertada entre Clarion y el sr. Beaty no se ha cumplido con el requisito de sobrepasar el umbral del 50% de participación que desencadena la obligación de realizar una OPA. De igual manera, no se ha comprobado la existencia del pago de una prima de control en la adquisición de las acciones comunes de SIMSA.

4. Consideramos que, en el marco de lo señalado en el art. 253 de la LGS y el Reglamento de Organización y Funciones de Conasev, las facultades de Conasev se limitan a supervisar la adaptación de una sociedad a SAA, una vez que se haya presentado uno de los supuestos en el art. 249; sin embargo, no tiene la potestad de pausar o suspender la adaptación.
5. Consideramos que la adaptación de SIMSA a una SAA no solo es válida, sino obligatoria de acuerdo con el art. 249 de la LGS, al contar esta con más de 750 accionistas. Consideramos que el mecanismo de donaciones aplicado por Clarion es válido y, por ende, la adaptación se debe realizar.
6. Consideramos que la Dirección de Emisores ha interpretado erróneamente el art. 10-A del Reglamento de Sanciones en primera instancia, al considerar que Talingo no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho de parte. Talingo sí se encuentra reconocido como administrado una vez que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, al tener interés legítimo en el resultado del procedimiento por verse su esfera jurídica afectada por lo que decida la autoridad administrativa.
7. Consideramos que la Dirección de Emisores no tiene la obligación de incluir a Talingo en la etapa de investigaciones preliminares, al no ser esta parte de la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, el hecho que Talingo no pueda exigir derechos de parte en esta etapa, no quiere decir que la autoridad y las investigaciones no vayan a verse beneficiadas de la participación del denunciante al momento de revisar los medios probatorios.
8. Consideramos que, en virtud de la separación de las responsabilidades entre la entidad encargada de la instrucción del procedimiento y la entidad encargada de aplicar la sanción, el Tribunal Administrativo no tenía la potestad de ordenar el inicio del procedimiento administrativo sancionador, siendo siempre la Dirección de Emisores

la que tiene la determinación para decidir si este se inicia, en base a las investigaciones preliminares que haya realizado.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adrianzén, A. (2000). Protección de los Accionistas Minoritarios en las Sociedades Anónimas Abiertas. *Themis* 41, 271-277.

Cardenas, A. (2018). Algunas Consideraciones con respecto a las Acciones con Derecho a Veto. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, 15-23.

Danós Ordóñez, J. (2003). Comentarios a la Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General. En A. Varios, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Primera Parte* (págs. 35-74). Lima: Ara Editores.

Danós Ordóñez, J. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo*, 26-50.

García de Enterría, J. (1999). *Mercado de Control, Medidas Defensivas y Ofertas Competidoras. Estudios Sobre OPAs*. Civitas Ediciones, S.L., Madrid.

García de Enterría, J. (2002). *Dictamen sobre la valoración realizada por CONASEV de ciertos indicios o presunciones en relación con una posible "actuación concertada" para la adquisición de acciones de BACKUS*. Clifford Chance, Madrid.

García de Enterría, J. (2002). *Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)*. Civitas Ediciones.

García de Enterría, J. (2022). A vueltas con el concierto en materia de OPA obligatoria: los pactos parasociales y el ejercicio concertado de los derechos de voto. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*.

Guarniz, A. (2010). Tres versiones de la Oferta Pública de Adquisición. *Ius et Veritas* 41, 170-184.

Lazo, W. (2015). Una aproximación a la teoría general de la oferta pública de adquisición (OPA) y crítica a la regulación obligatoria de la OPA en el Perú: evidencia empírica en el mercado de valores peruano . *Facultad de Derecho PUCP*, 161-211.

Magide, M., & González Prada, C. (2020). La prueba en el Derecho administrativo sancionador en el Perú y en España. *Derecho y Sociedad* 54, 323-336.

Melgarejo, D. (2009). Los sujetos del procedimiento administrativo. En UPC, *Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General* (págs. 221-294). Lima: UPC.

MINJUS. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Morón Urbina, J. (2005). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Cuarta Edición ed.). Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú.

Noya, I., & Farah, Y. (2008). Las interrogantes que nos deja el Reglamento de Oferta Pública de Adquisiciones y Compra de Valores por Exclusión en un escenario de adquisición directa de participación significativa. *Advocatus* 19, 219-222.

Payet, J. A. (2017). La Sociedad Anónima Abierta: algunas ideas para la reforma de su tratamiento legislativo. *Ius et Veritas* 54, 16-48.

Rebaza, A. (2005). ¿Para qué te quiero OPA? Sus principios y sus malentendidos. *Themis* 50, 97-107.

Rebollo Puig, M. (Marzo de 1993). Interesados y denunciadores en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista del Poder Judicial*(29).

Rodriguez, A. (1975). La Oferta Pública de Adquisición de Valores (OPA). *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 19-95.

Rojas, J. A., & Oviedo, G. (2000). Régimen jurídico de la oferta pública de adquisición de empresas. *Ius et Veritas*, 170-180.

Sánchez Calero, F. (2002). *Dictamen emitido por el Dr. Fernando Sanchez Calero a petición de Lince Netherlands, B.V.* Estudio Jurídico Sanchez Calero, Madrid.

Salas, J. (2019). *Sociedades Reguladas por la Ley General de Sociedades*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Shimabukuro, R. (2003). La instrucción del Procedimiento Administrativo. En A. Varios, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Segunda Parte* (págs. 269-340). Lima: Ara Editores.

Zurita, J. (2002). *La existencia de actuación concertada en las adquisiciones de acciones de Backus & Johnston realizadas por los Grupos Bavaria y Cisneros en los meses de julio y agosto del presente año*. Madrid.

ANEXOS



Sumilla: Denuncia de toma de control absoluto de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. sin cumplir con efectuar una Oferta Pública de Adquisición.

A LA PRESIDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES - CONASEV:

TALINGO CORPORATION, accionista minoritario de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "SIMSA"), propietario del 22.36% de acciones comunes con derecho a voto, debidamente representado por su apoderado Eduardo José Ferrero Costa, identificado con No. 07854653, según poder que se adjunta a la presente, con domicilio para estos efectos en Av. De la Floresta 497, Piso 5, San Borja, a usted atentamente decimos:

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, la "LMV"), solicitamos a CONASEV que inicie una investigación por la actuación concertada de CLARION HOLDING LTD y el señor Ross J. Beaty, en la adquisición de participación significativa en SIMSA, tomando el control relativo de la misma e incumpliendo con la realización de una Oferta Pública de Adquisición ("OPA"), de acuerdo con lo establecido en la regulación del mercado de valores. A este primer acto de toma de control relativo lo denominaremos "la primera etapa de la OPA".

Asimismo, solicitamos a CONASEV que inicie una investigación sobre la celebración de aproximadamente 870 contratos de donación, cada uno de 10 acciones comunes con derecho a voto de SIMSA, por parte de CLARION HOLDING LTD a favor de igual número de trabajadores de SIMSA con el objeto de convertir a SIMSA de una Sociedad Anónima Ordinaria, con quórum y mayorías especiales bastante mayores a los mínimos legales, a una Sociedad Anónima Abierta, para forzar la modificación de su Estatuto Social a uno con quórum y mayorías sustancialmente menores, y así tomar el control absoluto de la compañía sin respetar - nuevamente - el derecho de los accionistas minoritarios de participar en la prima de control que con motivo de estos actos sucesivos les corresponde de acuerdo a ley. A estos contratos de donación o segundo acto de toma de control absoluto lo denominaremos "la segunda etapa de la OPA".

De conformidad con los argumentos de hecho y de derecho que pasaremos a detallar en el presente escrito y, al haber transcurrido más de ciento veinte (120) días desde la adquisición de participación significativa (primera etapa de la OPA) por parte de los accionistas mencionados en el párrafo precedente, sin haber cumplido con la obligación de efectuar una OPA en el plazo debido, se debe ordenar la aplicación de la medida correctiva referida a la obligación de efectuar una Oferta Pública de Venta ("OPV") de los valores indebidamente e ilegalmente adquiridos.

En el caso de la segunda etapa de la OPA se deberá obligar a CLARION HOLDING LTD a la realización de una OPA por un mínimo de hasta 24.999951% de las acciones comunes con derecho a voto de SIMSA por un precio no menor de S/ 8.20, según explicaremos mas adelante.

CONASEV 000000001

Asimismo, solicitamos se sirva ordenar la suspensión de los derechos políticos de la totalidad de las acciones comunes con derecho a voto de propiedad de CLARION HOLDING LTD y Ross J. Beaty; la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto de SIMSA y la suspensión de la obligación de SIMSA de convertirse a una Sociedad Anónima Abierta, sin perjuicio de las demás sanciones y medidas correctivas que CONASEV considere pertinentes como resultado de la violación de la LMV y la Resolución CONASEV No. 009-2006-EF/94.10 -Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión- (en adelante, "Reglamento de OPA"),

La presente denuncia se sustenta en lo siguiente:

1. ANTECEDENTES:

SIMSA es una sociedad constituida en el Perú el 6 de agosto de 1942 e inscrita en el Asiento 1 de la Ficha 2415 del Registro Público de Minería, correlacionada con la Partida Electrónica No. 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao. Asimismo, al ser una empresa que cuenta con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores y acciones listadas en la Bolsa de Valores de Lima, se encuentra sujeta al total cumplimiento de la regulación del mercado de valores.

CLARION HOLDING LTD es una empresa no domiciliada, propietaria a la fecha de una cantidad de acciones representativas del capital social de SIMSA equivalente al 48.84563% del mismo.

Ross J. Beaty, de nacionalidad canadiense, es fundador y presidente del directorio de Pan American Silver Corp, una de las empresas líder del mundo en la producción de plata.

2. SOBRE LOS HECHOS

Con fecha 11 de julio de 2007 - siendo las 13:04:12 horas - , a través de la Sociedad Agente de Bolsa Credibolsa, y con presencia de los señores Isabel Arias de Millership y Víctor Ostolaza Fernandez Prada, ante el señor Gerente de dicha sociedad señor Andrés Milla Comiere; el accionista de SIMSA, CLARION HOLDING LTD, incrementó su participación en el capital social de SIMSA, adquiriendo la cantidad de 3'300,000 acciones adicionales, llegando de esta manera a tener el 48.84563% de participación en el capital social de SIMSA.

El mismo 11 de julio de 2007 - siendo las 13:04:26 horas, es decir 14 segundos después de la operación de compra de CLARION HOLDING LTD, el mismo vendedor le vende al señor Ross J. Beaty, Presidente del Directorio de la empresa Pan American Perú S.A., la cantidad de 1'000,000 acciones representativas del capital social de SIMSA, alcanzando éste el 1.224295% de participación en la compañía, el que sumado al porcentaje adquirido por CLARION HOLDING LTD los lleva a alcanzar el 50.069925% de participación en la compañía.

En estas transacciones, los señores Isabel Arias y Víctor Ostolaza, directores de SIMSA, instruyen al señor Andrés Milla a que se comunique telefónicamente con el señor Ross J. Beaty, Presidente del Directorio de la empresa Pan American Perú S.A., designando éste último a Seminario & Cía como su sociedad agente de bolsa interviniente.

fe

Asimismo, anteriormente, con fecha 30 de marzo de 2007 se llevó a cabo la Junta Obligatoria Anual de Accionistas de SIMSA, donde entre otros acuerdos, se eligió al directorio de la compañía. Sobre el particular, cabe mencionar que CLARION HOLDING LTD propuso justamente como director titular para tales efectos al señor Andrés Dasso Chopitea, quien, a su vez, es gerente general, director y representante legal de Pan American Silver Perú S.A., empresa subsidiaria de Pan American Silver Corp. de la cual el señor Ross J. Beaty es fundador y donde además ocupa el cargo de Presidente del directorio. La vinculación del señor Dasso con el señor Beaty es conocida y de larga data, habiendo laborado el señor Dasso por muchos años bajo la dirección del señor Beaty, y se refuerza al constatar que ambos son directores en empresas de propiedad de Pan American Silver Perú S.A., como es Compañía Minera Argentum S.A.

Por otro lado, de acuerdo a los testimonios de trabajadores de SIMSA, los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2007, en instalaciones cercanas a las unidades y campamentos mineros de SIMSA, los directores de SIMSA señores Isabel Arias Vargas de Millership, Victor Ostolaza Fernandez Prada y Michael Millership Harder, cónyuge de doña Isabel Arias Vargas, convocaron a trabajadores de SIMSA a quienes supuestamente, con un fin altruista les han donado, es decir obsequiado a cada uno, 10 acciones con derecho a voto. Se presume que a los donatarios no se les ha advertido que su participación en la empresa, en conjunto, tan sólo será aproximadamente del 0,01% del capital social, la cual no tiene mayor relevancia para la adopción de acuerdos en la Junta General de Accionistas de SIMSA, aun siendo ésta una S.A.A. en la cual se requiere de quórum y mayorías calificadas menos elevadas y exigentes que las actualmente establecidas en el estatuto social.

3. LA EVIDENTE ACTUACIÓN CONCERTADA ENTRE CLARION Y BEATY EN LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA EN SIMSA -PRIMERA ETAPA DE LA OPA-

Esta primera adquisición del control relativo de SIMSA la hemos denominado como la "primera etapa de la OPA". Esto debido a que, como desarrollaremos a lo largo de la presente denuncia, lo que evidentemente han perseguido desde un inicio (pretensión de adquisición) y en todo momento los accionistas CLARION HOLDING LTD y Ross J. Beaty es tomar el control absoluto de la sociedad mediante la realización de actos sucesivos, vulnerando la LMV y el Reglamento de OPA, afectando de esta manera el derecho de los accionistas minoritarios de SIMSA de participar en la prima de control.

Lo primero que debemos tener en cuenta a efectos de probar la toma de control absoluto en actos fraccionados es qué se entiende por actuación concertada. Al respecto, cabe mencionar que una actuación concertada no comprende únicamente situaciones evidentes en que las partes actúan de consuno a todo nivel, incluyendo iguales votaciones en los órganos de gobierno de la sociedad, sino que además implica otras situaciones menos evidentes pero que trasuntan la voluntad de las partes de actuar de una manera determinada.

Al respecto, no podemos dejar de citar al doctor García de Enterría cuando sostiene lo siguiente: "(...) ha podido destacarse que el elemento que define a la acción concertada es la existencia de un acuerdo (expreso o tácito) cuyo objeto es la adquisición o cesión de acciones de la sociedad afectada. Tal adquisición se realiza de tal forma (forma paralela) que pretende evitar que se imputen a un solo oferente las adquisiciones realizadas por dos o más entidades formalmente independientes pero que actúan con un

PC

*mismo objetivo, que es el de obtener o reforzar su control sobre una sociedad cotizada rebasando los umbrales de participación significativa sin formular una OPA*¹

Por su parte, el doctor Sánchez Calero afirma que: *"para la consideración de actuación concertada, es irrelevante la pertenencia de los adquirentes a un mismo Grupo Económico, con el fin de subrayar, sin duda, que lo importante es que los adquirentes se hayan puesto de acuerdo (cualquiera sea su forma) para adquirir las acciones de la sociedad afectada. Actuación concertada que pretende enmascarar, mediante el fraccionamiento de la compra de las acciones, la adquisición de una participación significativa, eludiendo la obligación de formular una OPA"² (Subrayado agregado).*

En el caso particular, si bien ninguno de los referidos accionistas de manera independiente ha logrado alcanzar un porcentaje igual o superior a alguno de los umbrales previstos en el Reglamento de OPA como hitos para la realización de una OPA ante la adquisición de participación significativa de una compañía, no es posible entender las compras simultáneas de acciones de SIMSA efectuadas por el señor Ross J. Beaty, Presidente del Directorio de la empresa Pan American Perú S.A., y por CLARION HOLDING LTD, alcanzando precisamente el 50.06% de participación en el capital social de SIMSA, como una simple coincidencia, ajena a la previa existencia de algún tipo de acuerdo entre las partes adquirentes.

A este respecto ya hemos mencionado como entre una compra y otra, al mismo vendedor, existe sólo una diferencia temporal de 14 segundos. También hemos indicado que los representantes de CLARION HOLDING LTD, los señores Isabel Arias y Víctor Ostolaza, que habían utilizado como agente en la transacción a la Sociedad Agente de Bolsa Credibolsa, instruyen al Gerente de esa casa de bolsa, el señor Andrés Milla, para que se comunique telefónicamente con el señor Ross J. Beaty, en relación a la segunda transacción de compra. En este sentido, no puede dejar de soslayarse el hecho de las vinculaciones que existen entre las partes que han intervenido en la operación, dado que esto también constituye un indicio sobre la concertación que es materia de esta denuncia.

Cabe destacar, finalmente, que resulta sumamente extraño que el señor Ross J. Beaty, un empresario con una amplia experiencia en el sector minero y que ha constituido diversas empresas mineras, haya adquirido únicamente acciones representativas del 1.224295% del capital de SIMSA, participación que por sí sola no le otorga ningún tipo de control sobre el manejo de la referida empresa. ¿Acaso el señor Beaty habrá decidido participar como un simple accionista especulador en SIMSA, contraviniendo así lo expresamente afirmado por él en una entrevista otorgada a Kitco Casey, donde señala que *"...siempre soy el principal accionista de mis empresas..."*³? Teniendo en cuenta los antecedentes del señor Beaty como inversionista principal en las empresas mineras en las que participa, tal actitud resulta sumamente extraña y constituye un claro indicio de la existencia de una actuación concertada con CLARION HOLDING LTD.

Por todo esto, se puede afirmar que las partes están tomando el control de SIMSA, de manera concertada, sin cumplir con la obligación legal de formular una OPA, lo cual queda evidenciado con la segunda etapa de la OPA.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. Mercado de Control, Medidas Defensivas y Ofertas Competidoras. Estudios Sobre OPAs. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, p. 104.

² SANCHEZ CALERO, Fernando. Dictamen emitido por el Dr. Fernando Sanchez Calero a petición de Lince Netherlands, B.V. Madrid, p. 29.

³ Traducción simple a entrevista publicada en:

<http://www.kitcocasey.com/xleague/viewExplorer1.php?id=2&t=interview#interview>

4. LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR UNA OPA EN LOS SUPUESTOS DE ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA MEDIANTE ACTUACIONES CONCERTADAS.

El Reglamento de OPA mantiene la obligación de efectuar una OPA en los casos de la toma de control a través de actuación concertada de los adquirentes.

Al respecto, la exposición de motivos del mismo Reglamento de OPA establece expresamente que la obligación de efectuar una Oferta Pública de Adquisición ("OPA") también se genera cuando una o más personas actúan concertadamente.

Por su parte, el inciso 1 del artículo 1 del Reglamento de OPA, al definir qué se entiende por adquirente, establece que se trata de una "Persona o grupo de personas que han adquirido participación significativa". Cabe señalar, que el Reglamento al hacer referencia a grupo de personas sin letras mayúsculas, consagra la actuación concertada entre dos o más personas como una pluralidad que no necesariamente implica una vinculación en los términos referidos en el Reglamento sobre propiedad indirecta, vinculación y grupos económicos. Asimismo, en el mismo inciso se consagra expresamente la obligación de formular una OPA cuando el referido grupo de personas adquiera participación significativa, siendo esta obligación solidaria entre los adquirentes.

Además, el inciso 16 del artículo 1 del Reglamento de OPA, al definir qué se debe entender por participación significativa, contempla el escenario donde una persona o grupo de personas que, sin tener propiedad directa o indirecta, pueden ejercer el derecho a voto de acciones con derecho a voto que le permita tener control en la compañía.

Por último, el inciso c) del anexo II del Reglamento de OPA, al establecer la información sobre el ofertante a ser incluida en el prospecto, consagra el supuesto de valores de personas que actúen en concierto con el ofertante, quedando probado, una vez más, que el Reglamento vigente obliga a los adquirentes de participación significativa a lanzar una OPA cuando actúen concertadamente entre ellos.

Consecuentemente, se ha dejado de manera abierta a la interpretación del mercado, todas las posibles formas de toma de control de una compañía.

Somos de la opinión de que el Reglamento de OPA también debe ser leído teniendo presente la finalidad de la regulación de la OPA. En este sentido, se debe considerar la realidad sustancial de los hechos de los que pueda deducirse un resultado. Bajo esta premisa, en el supuesto que se llegase a considerar que la actuación concertada en el incremento o adquisición de participación significativa en una sociedad no genera la obligación de efectuar una OPA, se estaría expresamente eludiendo la referida obligación ya que la actuación de dos o más personas puestas de acuerdo para la adquisición o incremento de participación significativa, mediante el fraccionamiento de la referida adquisición, conlleva al mismo resultado de la obtención o cambio de control sobre la sociedad. Por esta razón, junto al criterio puramente formal para determinar la adquisición de una participación significativa, se debe incluir un criterio sustancial basado en determinados actos que demuestren que por medio de ellos se había perseguido y conseguido el resultado de obtener tal participación.

En este sentido, partiendo de la premisa de que el propósito de la OPA es garantizar a todos los accionistas el poder participar de la prima que con motivo de una adquisición o

PL

TALINGO CORPORATION

incremento de participación significativa se pueda ofrecer, se debe interpretar que si mediante una actuación concertada se cumple con adquirir o incrementar la participación significativa alcanzando los umbrales establecidos en el Reglamento, la obligación de efectuar una OPA se genera igual.

Asimismo, se debe tener siempre presente el principio de la buena fe, que es uno de los principios esenciales dentro del derecho, y cuya aplicación es una obligación legal que debe ser cumplida siempre. En este sentido, no se puede adquirir o incrementar la participación significativa de manera concertada, mediante la adquisición fraccionada de acciones, burlando así todas las finalidades que persigue nuestra regulación sobre las OPA.

Igualmente, en este caso particular no entendemos una posibilidad diferente a la formulación de la OPA, ya que sería contradictorio que adquiriendo o incrementando la participación significativa en una sociedad y por ende adquiriendo el control de la misma, sea tan fácil burlar la regulación existente.

También es importante mencionar que el no considerar a la actuación concertada como un supuesto que genera la obligación de formular una OPA, sería abrir paso a un eventual supuesto de fraude a la ley o de omisión abusiva de un derecho. Esto debido a que se estaría atentando contra el principio de tutela de todos los accionistas, al permitir que mediante el acuerdo oculto de los adquirentes, se burle la obligación de hacer pública la adquisición de participación significativa, contraviniendo así el principio de transparencia consagrado en nuestra regulación de mercado de valores. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la actuación concertada se puede deducir de determinados actos o hechos que concurren en la adquisición o luego de la adquisición de las acciones, los que han sido detallados en la presente denuncia y que deberán ser materia de investigación por CONASEV.

Por todo lo dicho precedentemente, consideramos que la adquisición de acciones por parte de CLARION HOLDING LTD. y del señor Ross J. Beaty, Presidente del Directorio de la empresa Pan American Perú S.A., en la misma fecha y casi simultáneamente - primera etapa de la OPA - alcanzando de manera conjunta entre ambos precisamente el 50.06% de participación en el capital social de SIMSA, merece una especial atención por parte de la autoridad, ya que los hechos relatados son pruebas suficientes para afirmar que ha existido concertación en la toma de control por parte de estos dos accionistas y que, en este sentido, se ha burlado la obligación legal de efectuar una OPA, mediante un acto de simulación concertada.

5. LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR UNA OPV COMO CONSECUENCIA DE NO HABER EFECTUADO UNA OPA

En cuanto a las consecuencias de la omisión a la realización de la OPA, el artículo 72 de la LMV concordado con el artículo 54 del Reglamento, establece que, quien adquiera o incremente su participación significativa sin observar el procedimiento respectivo, queda suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas y obligado a su venta mediante oferta pública, en un plazo no mayor de dos (2) meses.

Asimismo, las mencionadas disposiciones también establecen que CONASEV podrá determinar los casos de excepción a la obligación de venta por oferta pública de las acciones, siempre que esto sea más beneficioso al mercado y el obligado realice una oferta pública de adquisición por el 100% del capital social.

En el caso particular, dado que el señor Ross J. Beaty, Presidente del Directorio de Pan American Perú S.A., no tenía participación previa a la operación descrita, todas las acciones de SIMSA que han sido adquiridas por este señor, se encuentran comprendidas en esta obligación.

Por su parte, CLARION HOLDING LTD sí tenía un número de acciones previamente a la operación descrita, por lo que se encuentran comprendidas en la obligación de OPV tan sólo las 3'300,000 acciones adquiridas en forma concertada con el señor Beaty sin haber cumplido con la obligación de formular la OPA.

En cuanto a lo establecido en el Reglamento de Sanciones, es relevante mencionar que el no efectuar una OPA en el plazo debido, es contemplado en el numeral 1.1 del Anexo IV del referido reglamento como una infracción muy grave a la normativa del mercado de valores, lo cual es sancionable con una multa que oscila entre cincuenta (50) y trescientos (300) UITs.

6. LA TOMA DE CONTROL ABSOLUTA DE SIMSA POR PARTE DE CLARION HOLDING LTD. Y ROSS J. BEATY A TRAVÉS DEL BURDO MECANISMO DE CONTRATOS DE DONACIÓN A FAVOR DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA - SEGUNDA ETAPA DE LA OPA-

Posteriormente a la compra concertada del 50.06% de acciones de SIMSA por parte de CLARION HOLDING LTD. y Ross J. Beaty a la que hemos venido haciendo referencia, con fechas 22 y 23 de diciembre del presente año, el primero de los nombrados, es decir, CLARION HOLDING LTD., titular del 48.8% del capital social de SIMSA, a través de su apoderado y director de SIMSA, señor Víctor Ostolaza Fernandez Prada, ha suscrito aproximadamente 870 contratos de donación con igual número de trabajadores de SIMSA por medio de los cuales se les han transferido 10 acciones con derecho a voto a cada uno de ellos. Estas transacciones -conjuntamente- las hemos denominado como la "segunda etapa de la OPA" en la cual -sin adquirir más acciones con derecho a voto⁴- se toma el control absoluto de SIMSA, vulnerándose, una vez más, los principios elementales de la LMV y el Reglamento de OPA sobre la protección de los derechos de los accionistas minoritarios de una manera tan burda como ilegal, según explicaremos más adelante.

Las donaciones antes mencionadas no tienen una finalidad altruista sino el evidente propósito de consumir la toma del control absoluto de SIMSA forzando -ilegalmente- la conversión de SIMSA de un régimen de Sociedad Anónima Ordinaria al de una Sociedad Anónima Abierta (en adelante, "S.A.A."), y por lo tanto, forzando también la adecuación y

⁴ Cabe señalar, que si bien en la primera etapa de la OPA sí se adquirieron acciones concertadamente cruzando el umbral del 50%, en esta segunda etapa estamos bajo el supuesto en que sin que exista una adquisición de acciones (todo lo contrario, se transfirieron acciones vía donación), se ha adquirido el control absoluto de la compañía, pues CLARION HOLDING LTD y Ross J. Beaty. en esta segunda etapa de la OPA, han adquirido la facultad de designar o remover a los miembros del directorio, así como la facultad de modificar los estatutos de la sociedad, entre otras facultades importantes para la sociedad. En otras palabras, en esta segunda etapa estamos ante un caso similar a aquel en que una empresa listada tiene acciones comunes con derecho a voto en tesorería donde no importa la cantidad de acciones que tenga un accionista determinado ni el porcentaje que las mismas representen, sino la facultad de ejercer el derecho de voto que importe cruzar uno de los umbrales - participación significativa - a que se refiere el Reglamento de OPA ejerciendo así el control relativo o absoluto de la sociedad objetivo.

TALINGO CORPORATION

modificación del estatuto social de SIMSA a los quórum y mayorías propios de una S.A.A, con lo cual, ahora sí, como culminación de un plan urdido en dos etapas, permitirán a CLARION HOLDING LTD. y a Ross J. Beaty tomar el control absoluto de sus órganos de administración, sin reconocer a los accionistas minoritarios de SIMSA, en clara violación de la LMV y el Reglamento de OPA, participar en la respectiva prima de control propia de estos casos.

En efecto, a través de la segunda etapa de la OPA también se está violando el derecho estatutario de las minorías. Téngase presente que el actual estatuto social de SIMSA contiene disposiciones que establecen mayorías y quórum calificados elevados y más exigentes respecto de aquellos establecidos en la ley para adoptar los acuerdos más importantes de la Sociedad, tanto en la Junta de Accionistas como en el Directorio, los cuales dejarían automáticamente de aplicarse si es que SIMSA se convierte en una S.A.A.

Tal como consta del actual estatuto social de SIMSA, cuya copia estamos adjuntando al presente escrito, el quórum para la celebración de Juntas Generales es de 80% de las acciones suscritas con derecho a voto en primera o segunda convocatoria, y de 51% de las acciones suscritas con derecho a voto, en tercera convocatoria. Asimismo, se exige una mayoría calificada del 80% de las acciones suscritas con derecho a voto para la adopción de acuerdos trascendentales para la sociedad, tales como la modificación del Estatuto, la emisión de obligaciones, la distribución de dividendos y la aprobación del presupuesto y plan anual de la sociedad (Artículo Vigésimo Quinto del Estatuto).

A su vez, de acuerdo al referido Estatuto vigente, el quórum del Directorio es siempre de siete directores sobre un total de ocho miembros y los acuerdos más importantes de este órgano requieren el voto favorable de al menos siete directores, para acuerdos tales como la adquisición o disposición de cualquier activo de la sociedad cuyo valor sea superior a US\$1,000,000, la constitución de líneas de crédito o de gravámenes igualmente por un monto que supere a US\$1,000,000 y el nombramiento o remoción del gerente general, entre otros acuerdos (Artículos Trigésimo Séptimo y Trigésimo Noveno del Estatuto).

Como se puede apreciar de los hechos expuestos, entonces, la única y verdadera intención de CLARION HOLDING LTD. y Ross J. Beaty en esta segunda etapa de su plan es lograr que SIMSA, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 249 y segundo párrafo del artículo 263 de la Ley General de Sociedades, y al tener más de 750 accionistas con derecho a voto, se convierta obligatoriamente en una S.A.A., antes del 31 de diciembre de 2007 tomando el control absoluto de SIMSA, burlándose de esta manera de lo establecido en el estatuto social vigente de SIMSA, el cual establece mayorías calificadas y más exigentes para la modificación del estatuto social y otros actos ya mencionados. Ello, sin perjuicio de la realización de una OPA conforme a ley.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 257 de la Ley General de Sociedades, para que en una S.A.A la Junta General de Accionistas adopte válidamente acuerdos relacionados con los asuntos mencionados en el artículo 126⁵ de la referida

⁵ Artículo 126 Ley General de Sociedades: "Para que la Junta General adopte válidamente acuerdos relacionados con los asuntos mencionados en los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 115, es necesaria en primera convocatoria, cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto".

PC

norma, es necesario cuando menos la concurrencia, en primera convocatoria, del 50% de las acciones suscritas con derecho a voto. Los acuerdos se adoptan, en cualquier caso por la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la Junta. En otras palabras, para asegurar el control absoluto de la sociedad es necesario tener más del 50% de las acciones comunes con derecho a voto.

Ya hemos visto que durante la primera etapa de su plan (actuación concertada entre CLARION HOLDING LTD Y Ross J. Beaty), estos últimos inicialmente tomaron concertadamente el control relativo (participación significativa) de SIMSA, adquiriendo una cantidad de acciones con derecho a voto que les ha permitido alcanzar el 50.069925% de participación en la compañía. Dicho porcentaje, sin embargo, les resultaba insuficiente para tener el control absoluto de SIMSA, toda vez que -como hemos explicado- el estatuto social vigente exige mayores quórums y mayorías calificadas.

Por ello, CLARION HOLDING LTD. y Ross J. Beaty se han visto en la necesidad de recurrir burdamente a la figura jurídica de la donación -a más de 750 personas- para forzar la conversión de SIMSA a una S.A.A., que requiere de quórums y mayorías menores a los establecidos en el estatuto social vigente de la compañía, consumando de esta manera, la ilegal toma de control absoluto de la sociedad. Es decir, se consuma la segunda etapa de la OPA.

7. LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR UNA OPA COMO CONSECUENCIA DE LA TOMA DE CONTROL ABSOLUTO DE SIMSA

De conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 4 de Reglamento de OPA existe la obligación de efectuar una OPA cuando el adquirente (CLARION HOLDING LTD. y Ross J. Beaty) adquiera una cantidad de acciones en una proporción tal que le permita **remover o designar a la mayoría de los directores o modificar los estatutos de la sociedad.** Como resulta evidente, al convertirse SIMSA en una S.A.A., CLARION HOLDING LTD. y Ross J. Beaty al tener en conjunto el 50.069924% de participación en la compañía, tienen la facultad de remover o designar a la mayoría de los directores así como de modificar los estatutos de la sociedad, con lo cual en aplicación de dicha norma están obligados a efectuar una Oferta Pública de Adquisición por el 24.999951% de las acciones comunes con derecho a voto de SIMSA. En este caso el valor por acción tendrá que ser superior a S/. 8.20, que fue el precio pagado en la primera etapa de la OPA el 11 de julio de 2007 por la adquisición concertada del control relativo de SIMSA.

Téngase presente que hay una fecha cierta, concreta y objetiva en la cual se puede determinar con precisión a partir de qué momento CLARION HOLDING LTD y Ross J. Beaty tuvieron la intención (pretensión de adquisición) de tomar el control absoluto de SIMSA y estuvieron obligados a realizar una OPA, la misma que es la del 11 de julio de 2007 y que venció -en el peor de los casos- el 11 de noviembre de 2007.

No hay duda de que la prima por el control relativo de la sociedad se ve manifestada en el precio de S/. 8.20 por cada acción y, por lo tanto, la prima por el control absoluto de SIMSA deberá ser mayor al precio antes indicado, sin perjuicio de la valorización que deberá efectuar la entidad valorizadora de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de OPA. Como se podrá apreciar, es interés natural de los accionistas

Artículo 115 de la Ley General de Sociedades: "Compete, asimismo, a la Junta General: 1) remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes, 2) modificar el estatuto, 3) aumentar o reducir el capital social, 4) emitir obligaciones, (...)"

CONASEV 000000009

EL

minoritarios de SIMSA que se distribuya la prima de control entre todos ellos paritaria y equitativamente y no se burle sus legítimos derechos como accionistas minoritarios, por lo que CONASEV deberá tener especial cuidado cuando se fije el valor de la misma por la entidad valorizadora.

A través de los hechos expuestos no cabe duda de que la OPA por el control absoluto de SIMSA se ha fraccionado en dos etapas. La primera, consistente en la adquisición concertada por parte de CLARION HOLDING LTD. y Ross J. Beaty de un porcentaje de acciones comunes con derecho a voto de SIMSA que les ha permitido controlar el 50.069924% de las mismas y, la segunda, a través de la "donación" por parte de CLARION HOLDING LTD de una cierta cantidad de acciones a aproximadamente 870 trabajadores de SIMSA con el objeto de convertirla a una S.A.A. (más de 750 accionistas), en cuyo caso se requiere de quorums y mayorías menores y menos exigentes que aquellas establecidas en el actual estatuto social de SIMSA. Ello les permitiría finalmente tomar el control del directorio de la sociedad y modificar el estatuto social a su libre albedrío.

Esta burda vulneración al Reglamento de OPA ha sido cuestionada en el pasado por la propia CONASEV (caso Milpo - Atacocha), no permitiendo que la OPA se fraccione en etapas en perjuicio de los accionistas minoritarios, por lo que en el presente caso solicitamos a CONASEV que actúe con todo el peso de la ley, disponiendo las medidas correctivas y aplicando las sanciones correspondientes.

POR TANTO

A USTEDES PEDIMOS:


- Se disponga la inmediata investigación de los hechos, comprobando su veracidad.
- Se disponga la investigación de la violación de la LMV y el Reglamento de OPA y aplique las medidas correctivas y sanciones correspondientes.
- Se inicie una investigación sobre la adquisición de acciones por parte de CLARION HOLDING LTD y del señor Ross J. Beaty a efectos de determinar si ha existido una actuación concertada para la toma de control relativo de SIMSA – primera etapa de la OPA, y de ser ese el caso, se ordene la realización de una OPV por lo ilegal e indebidamente adquirido.
- Se inicie una investigación sobre los contratos de donación de acciones comunes con derecho a voto de SIMSA suscritos entre CLARION HOLDING LTD y aproximadamente 870 trabajadores de SIMSA –segunda etapa de la OPA – que ha permitido a CLARION HOLDING LTD y Ross J. Beaty tomar concertadamente el control absoluto de SIMSA y, de ser el caso, se ordene la realización de una OPA por un mínimo de hasta 24.999951% de las acciones comunes con derecho a voto de SIMSA por un precio no menor de S/ 8.20 por acción, a efectos de que los demás accionistas de la sociedad no se vean perjudicados y puedan participar de la prima de control.

CONASEV 000000010

PC

- Que de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley de Mercado de Valores, se suspenda el ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de las acciones en SIMSA de Clarion Holding Ltd. y de Ross J. Beaty.
- Se disponga la suspensión indefinida de la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto de SIMSA mientras dure la investigación por parte de CONASEV de los hechos mencionados en la presente denuncia.
- Se disponga la inmediata inspección de los registros principales de la Sociedad tales como Libro de Actas de Junta de Accionistas, Libro de Actas del Directorio y Libro de Matrícula de Acciones como parte de la investigación que deberá realizar CONASEV.
- Se disponga que todos estos hechos se hagan de conocimiento del mercado, notificándose a la Dirección de Mercados de la Bolsa de Valores de Lima para su adecuada transparencia al mercado, a SIMSA, a CAVALI y a las personas y/o entidades que consideren pertinente.
- Se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una S.A.A.

Lima, 28 de diciembre de 2007.



~~Edo. Ferrero Costa~~
~~Rep. S.A.A. 1234~~



Eduardo Ferrero Costa
TALINGO CORPORATION

Sumilla: Escrito de Descargo en relación a denuncia de Talingo Corporation

A LA DIRECCIÓN DE MERCADOS SECUNDARIOS DE LA COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES – CONASEV

Clarion Holding Limited Corporation (en adelante, "Clarion") una compañía gobernada bajo las leyes de la República de Panamá, con domicilio real en Apartado Postal 0832-0886 W.T.C., Panamá, y con domicilio para estos efectos, en Avenida San Felipe N° 758, Jesús María, Lima, Perú, debidamente representada por el señor Víctor Ostolaza Fernández – Prada, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08191933, según poderes que aparecen debidamente inscritos en la Partida N° 11940229 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, atentamente decimos:

Que, hemos tomado conocimiento de la denuncia presentada por Talingo Corporation (en adelante, "Talingo"), accionista de Compañía Minera de San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "SIMSA"), en la que se nos imputa el haber adquirido participación significativa en esta sociedad actuando de manera concertada con el señor Ross J. Beaty (en adelante, el "señor Beaty") sin haber formulado una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, "OPA"), en violación de lo exigido por el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, el "ROPA").

Sobre el particular, rechazamos de plano la imputación formulada por la empresa Talingo por considerarla absolutamente falsa en los hechos y carente de todo sustento legal, tal como explicaremos a continuación en el presente escrito de descargo.

1. Antecedentes

- 1.1 SIMSA es una sociedad cuyas acciones comunes con derecho a voto se encuentran listadas en la Bolsa de Valores de Lima y que, conforme se aprecia en la correspondiente Memoria Anual 2006, al 31 de diciembre

REGISTRO DE DOCUMENTOS
NO INDIA CONFORMADO
8
MAY 30 1 30
AREA TRAMITE DE QUEJAS Y RECURSOS
CONV

CONASEV 000000001

de 2006 se encontraban distribuidas en su totalidad entre los siguientes accionistas:

Talingo Corporation	22.40%
Clarion Holding Ltd.	44.81%
White Peak Resources Inc.	32.79%
Total	100%

- 1.2 Con fecha 8 de junio de 2007, la empresa Orange Bay Comercial Inc. (en adelante, "Orange Bay") adquirió de la empresa White Peak Resources Inc. (en adelante, "White Peak") un paquete de acciones de SIMSA representativo del 24.49%, y, en la misma fecha, adquirió de Talingo un paquete de acciones de SIMSA representativo del 0.0035% del capital social. Esta operación fue debidamente informada por SIMSA al mercado mediante hecho de importancia remitido con fecha 11 de junio de 2007. Como consecuencia de dicha transferencia y de otras menores llevadas a cabo, la participación accionaria en SIMSA quedó distribuida de la siguiente manera:

Talingo Corporation	22.36%
Clarion Holding Ltd.	44.81%
White Peak Resources Inc.	8.29%
Orange Bay Comercial Inc.	24.51%
Accionistas Minoritarios	0.03%
Total	100%

- 1.3 Tras la indicada operación de venta, White Peak ofreció parte de su paquete remanente (específicamente 4'300,000 acciones de SIMSA) en venta a varias personas, entre ellas, según entendemos, a la propia Talingo. Nuestra empresa conoció de esta oferta a través de la directora de SIMSA, señora Isabel Arias de Millership, luego de lo cual tomó contacto con los representantes de White Peak a fin de negociar la adquisición de un porcentaje del paquete de acciones remanente. El acuerdo al cual se arribó fue que Clarion adquiriría de White Peak un

CONASEV 000000002

paquete de 3'300,000 acciones comunes de SIMSA, a través de una operación de compraventa cruzada a ser realizada vía Credibolsa Sociedad Agente de Bolsa S.A. (en adelante, "Credibolsa"), quien actuaría como agente de intermediación de ambas partes en la operación.

- 1.4 Es así que, con fecha 11 de julio de 2007, el señor Víctor Ostolaza Fernandez-Prada, en calidad de representante legal de Clarion, se reunió con el representante legal de White Peak, señor Christian Heinrich Funcke, y con su abogada, doctora Margaret Burns Olivares, en las oficinas de Credibolsa, siendo atendidos por el gerente general de dicha sociedad agente de bolsa, señor Andrés Milla Comitre, con el propósito de implementar la operación de compraventa previamente acordada. Nos acompañó en dicha reunión la directora de SIMSA, señora Isabel Arias de Millership, dada su relación con la accionista vendedora.
- 1.5 Durante dicha reunión, la señora Isabel Arias de Millership comunicó a los presentes que conocía del interés del señor Beaty en adquirir también una participación minoritaria en SIMSA. Siendo que White Peak se encontraba interesada en vender hasta un millón de acciones adicionales, se decidió en ese momento contactar telefónicamente al señor Beaty para que confirme su interés. Realizado el contacto, el señor Beaty confirmó a los presentes su intención de adquirir dicho millón de acciones remanente y pidió que Credibolsa se pusiera en contacto con la sociedad agente de bolsa Seminario & Cia (en adelante, "Seminario SAB"), que actuaría como su agente intermediario en la operación. Credibolsa hizo lo propio y contactó a Seminario SAB para cerrar la operación, sin participación alguna de Clarion.
- 1.6 En dicho contexto, nuestro representante legal dio la instrucción correspondiente para que Credibolsa proceda a la compra de 3'300,000 acciones de SIMSA (equivalente al 4.04% del capital social) por cuenta de Clarion, mientras que el representante legal de White Peak procedió

CONASEV 000000003

a hacer lo propio a efectos de concretar la venta de dichas acciones a nuestra empresa. Asimismo, en ese mismo acto White Peak instruyó también a Credibolsa para que realice la venta del paquete adicional de 1'000,000 de acciones de SIMSA a favor del señor Beaty, quien como comprador estuvo representado en dicha operación por Seminario SAB.

- 1.7 Tras la operación de compra de nuestra empresa, los porcentajes de participación accionaria en SIMSA quedaron de la siguiente manera, según lo informado por la propia sociedad mediante comunicación de hecho de importancia de fecha 26 de noviembre de 2007:

Talingo Corporation	22.36%
Clarion Holding Ltd.	48.85%
White Peak Resources Inc.	4.25% ¹
Orange Bay Comercial Inc.	24.51%
Accionistas Minoritarios	0.03%
Total	100%

- 1.8 Posteriormente, con fecha 28 de diciembre de 2007 se perfeccionó la donación efectuada por nuestra empresa a favor de 852 trabajadores de SIMSA, a razón de 10 acciones a cada uno. Como consecuencia de ello, habiéndose alcanzado más de 750 accionistas, SIMSA ha pasado a ser una sociedad anónima abierta en estricta aplicación del artículo 249° de la Ley General de Sociedades.

- 1.9 Tal como explicaremos en el presente escrito, la decisión de Clarion de efectuar las donaciones antes referidas (i) es absolutamente legítima y no contraviene ninguna disposición legal, (ii) no guarda ninguna relación con la supuesta actuación concertada denunciada por Talingo, y (iii) no confiere a Clarion ningún control respecto de SIMSA, ni deriva en o genera la adquisición de una participación significativa bajo los alcances del ROPA.

¹ La nueva participación accionaria de White Peak no apareció indicada en la comunicación de hecho de importancia de donde se toman las cifras que se presentan en el referido cuadro. Para llegar al porcentaje de 4.25% hemos restado el porcentaje de acciones adquirido por Clarion (i.e. 4.04%) del total remanente de acciones de White Peak tras la venta realizada a favor de Orange Bay (i.e. 8.29%).

CONASEV 000000004

2. Argumentos e Indicios de la supuesta Actuación Concertada

2.1 Talingo sostiene en su denuncia que nuestra empresa ha violado el ROPA vigente al haber supuestamente actuado de manera concertada con el señor Beaty para adquirir el control absoluto de SIMSA, en una operación que describen en dos etapas: una primera en la que ambas partes habrían adquirido, de manera conjunta, más del 50% del capital social de SIMSA, y una segunda etapa en la que Clarion realiza las donaciones aludidas precedentemente a favor de más de 750 trabajadores de SIMSA, generando con ello que SIMSA pase a ser una sociedad anónima abierta.

2.2 El punto central de la denuncia de Talingo es la supuesta actuación concertada que habría existido entre nuestra empresa y el señor Beaty para adquirir conjuntamente más del 50% del capital social de SIMSA. Como evidencia de la pretendida concertación, Talingo ha presentado los siguientes indicios:

- El hecho de que las operaciones de compra de acciones de SIMSA realizadas por Clarion y el señor Beaty se realizaron casi de manera simultánea.
- El hecho de que el señor Víctor Ostolaza y la señora Isabel Arias supuestamente instruyeron al señor Andrés Milla, gerente de Credibolsa SAB, para que se comuniqué telefónicamente con el señor Beaty a efectos de coordinar la venta de acciones de titularidad de White Peak.
- El hecho de que el señor Beaty haya supuestamente afirmado en una entrevista que siempre que interviene en una compañía minera lo hace en calidad de accionista controlador.

CONASEV 000000005

- El hecho de que, en marzo de 2007, el señor Andrés Dasso Chopitea fue propuesto por Clarion como director de SIMSA, siendo que esta persona es también director, gerente general y representante de Pan American Silver Perú S.A., empresa fundada y presidida por el señor Beaty.

2.3 Tal como se explicará en detalle más adelante, los indicios ofrecidos por Talingo en sustento de la supuesta concertación entre Clarion y el señor Beaty (i) están basados en información inexacta, incompleta y, en algunos casos, falsa; y (ii) constituyen una serie de hechos aislados, que de ninguna forma generan un grado de certeza suficiente respecto a los cargos que se nos imputan.

3. Explicación de Indicios y Ofrecimiento de ContraIndicios

3.1 El primer indicio presentado por la denunciante está dado por la virtual simultaneidad existente entre la adquisición realizada por Clarion y la realizada por el señor Beaty. Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

3.1.1 La simultaneidad entre las dos operaciones de compraventa se explica por el simple hecho de que la parte vendedora en ambas operaciones es la misma: White Peak. Era conocida la determinación de White Peak de salir de su inversión en SIMSA y su búsqueda de potenciales compradores para una parte de su paquete accionario remanente. En tal sentido, habiendo identificado y cerrado términos contractuales con dos compradores, encontrándose físicamente en las oficinas de su sociedad agente de bolsa, y existiendo la posibilidad de pasar las dos operaciones en ese mismo momento, resulta absolutamente razonable que White Peak haya decidido perfeccionar dichas ventas de manera casi simultánea.

CONASEV 000000006

- 3.1.2 La denunciante omite maliciosamente mencionar el importante detalle de que el vendedor en ambas operaciones era el mismo y se encontraba presente en las oficinas de Credibolsa, pretendiendo con ello generar la errónea impresión de que las dos partes compradoras confabularon para comprarle al mercado un paquete de control. Ello, como hemos explicado, no es así, y puede ser fácilmente corroborado con la información que puedan proporcionar Credibolsa y la propia White Peak.
- 3.1.3 Como mencionamos anteriormente, nuestra empresa no estaba en capacidad de adquirir más acciones de SIMSA (pese a tener todavía algún margen sin llegar a sobrepasar el umbral de 50%). White Peak estaba en absoluta libertad de realizar una o más operaciones de venta adicionales de sus acciones en SIMSA, así como de decidir si las realizaba antes, simultáneamente o después de haber perfeccionado nuestra transferencia. Nuestra empresa no estaba en posición de exigir a White Peak, ni tenía interés alguno en hacerlo, que no realizara ninguna otra operación adicional a la nuestra en dicha fecha.
- 3.1.4 Como sabemos, la coincidencia temporal de dos operaciones de adquisición de acciones no puede ser asimilada ni se traduce *per se* en un supuesto de actuación concertada. Así lo ha manifestado expresamente el jurista español Javier García de Enterría, en el dictamen elaborado con ocasión de la denuncia presentada por Lince Netherlands B.V. contra Cheswick Comercial S.A. y Bavaria S.A. imputando una supuesta actuación concertada de estas dos últimas para la adquisición de participación significativa en Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Jonhston S.A.A. (en adelante, el "Caso Backus"), donde sostuvo lo siguiente:

"Así, el criterio determinante para la aplicación de la prueba de indicios consiste en que la conducta de los

CONASEV 000000007

sujetos supuestamente concertados no pueda ser explicada racionalmente en atención a consideraciones estratégicas o empresariales libremente apreciadas por cada uno de ellos, de tal modo que la misma tenga que justificarse necesariamente por el hecho de obedecer al cumplimiento o ejecución de un acuerdo previo. La simple coincidencia temporal de varias personas en sus negocios de adquisición de acciones resulta por ello irrelevante, mientras no pueda acreditarse al tiempo que no existe ninguna explicación económica alternativa capaz de dar cuenta de su conducta que sea distinta de la del mero acuerdo o concierto de voluntades.” [el subrayado es nuestro]

3.2 El segundo indicio presentado por Talingo es la supuesta instrucción que el representante de Clarion, señor Víctor Ostolaza, habría dado al señor Andrés Milla de Credibolsa para que contacte al señor Beaty. Sobre el particular, es pertinente aclarar lo siguiente:

3.2.1 La descripción de hechos efectuada por Talingo es falsa y tendenciosa. Tal como explicamos en los antecedentes de este escrito, nuestra empresa nunca dio instrucción alguna al señor Andrés Milla para que se comunicara con el señor Beaty, ni realizó actividad alguna en relación a la venta de acciones de SIMSA a favor del indicado señor.

3.2.2 Según se nos ha informado, cuando se conoció la determinación de White Peak de poner a la venta una parte de su paquete remanente de acciones de SIMSA, sea de manera total o fraccionada, varios de los directores de SIMSA, entre ellos la señora Isabel Arias de Millership, circularon la noticia entre personas que pudieran estar interesadas, encontrándose entre estas el señor Beaty. Cuando dicha directora nos comunica la existencia de esta intención de venta por parte de White Peak,

CONASEV 000000008

nuestra empresa tomó la decisión de comprar la mayor cantidad de acciones con los fondos disponibles en ese momento.

3.2.3 Con estos antecedentes, llegó el día acordado con White Peak para realizar la compraventa cruzada en las oficinas de Credibolsa. En ese momento, no teníamos conocimiento respecto a si habrían uno o más compradores adicionales para el paquete remanente puesto a la venta por White Peak. La noticia de que el señor Beaty participaría comprando una participación minoritaria recién nos fue anunciada durante el desarrollo de la reunión. En todo caso, nuestra actuación en dicha reunión se limitó a instruir a Credibolsa para concretar la compraventa del paquete de acciones finalmente adquirido de White Peak.

3.2.4 Contrariamente a lo que Talingo sugiere, nuestra empresa nunca celebró ningún tipo de acuerdo, pacto, convenio o contrato alguno, sea verbal o escrito, de manera implícita o explícita, con el señor Beaty, ni en relación con la operación de adquisición de acciones, ni mucho menos respecto a una actuación coordinada para controlar SIMSA de manera conjunta. Nuestra empresa no ha llegado a ningún acuerdo con el señor Beaty, ni antes ni después de la operación de compra realizada, que comprometa el ejercicio libre de los derechos de voto, o cualquier otro derecho político y/o económico que pudiera corresponder a las acciones adquiridas por el señor Beaty, así como tampoco que comprometa los derechos correspondientes a nuestras acciones en SIMSA.

3.3 Como tercer indicio de la supuesta actuación concertada, se hace referencia a las declaraciones que el señor Beaty realizó en una entrevista otorgada a Kitco Kasey, en la que afirma que él *"es siempre el principal accionista de sus empresas"*. Al respecto, debe tenerse en consideración lo siguiente:

CONASEV 000000009

- 3.3.1 La declaración del señor Beaty ha sido maliciosamente editada y sacada de contexto por la denunciante. Conforme se aprecia en la entrevista original completa (que adjuntamos como evidencia), ante la pregunta "What mistakes do most retail investors make investing in the retail stocks?", el señor Beaty responde lo siguiente:

"I'm a little at a loss to answer this, because I tend to keep my head down and typically don't talk to my shareholders about the dogs they buy. I am always the biggest shareholder in my companies, at least during their early years, and so my focus is on building my own companies.(...)"

- 3.3.2 La referencia respecto a que el señor Beaty es siempre el accionista principal ha sido hecha específicamente en relación a sus compañías ("...in my companies") y a los primeros años de operación de las mismas ("...during their early years"). Dicha declaración no ha sido realizada teniendo en mente a compañías como SIMSA que, como sabemos, no es una de las compañías dirigidas por el señor Beaty, y difícilmente podría calificar como una compañía en sus años iniciales, considerando que lleva más de seis décadas de operación.

- 3.3.3 Asimismo, no debe perderse de vista que (i) la entrevista en cuestión fue realizada por un portal de Internet (i.e. Kitco Casey) cuyo público objetivo está conformado básicamente por inversionistas y especuladores internacionales, y (ii) que el señor Beaty participa en la entrevista en su rol de gran promotor y gestor de proyectos mineros. Por ello, asumimos que al responder a la pregunta a la que hace alusión la denunciante, el señor Beaty no se está refiriendo a como estructura su portafolio de inversión personal, sino a como invierte usualmente el dinero

CONASEV 00000010

que le es confiado para el desarrollo de proyectos. Así, el público inversionista que probablemente en un futuro cercano evalúe la posibilidad de invertir en algunos de los proyectos desarrollados por él, tendrá claro que su dinero no se invertirá en un portafolio diversificado de participaciones minoritarias, sino en el desarrollo de un proyecto mayoritariamente controlado por el señor Beaty.

- 3.3.4 Pretender tomar de manera sesgada y al pie de la letra la referida declaración, como lo hace la denunciante, para concluir que la adquisición realizada por el señor Beaty no ha sido hecha con fines de inversión, sino con el afán de obtener el control de SIMSA, resulta sumamente forzado. Bajo esa línea de interpretación habría que concluir también que el señor Beaty nunca adquiere paquetes de acciones con fines especulativos o de inversión sino únicamente paquetes de control, lo cual parecería no ser en estricto correcto. Dada la familiaridad mostrada por el señor Beaty con Seminario SAB durante la operación de compra en cuestión, parecería razonable asumir que dicho señor probablemente haya realizado y/o mantenga otras inversiones minoritarias en acciones (hecho que deberá ser corroborado por CONASEV).

CONASEV 00000011

- 3.4 Como cuarto y último indicio, la denunciante sostiene que fue Clarion la que propuso al señor Andrés Dasso Chopitea como director titular de SIMSA, siendo que este último, en su condición de gerente general de la empresa Pan American Silver Perú S.A., posee una estrecha vinculación con el señor Beaty, quien precisamente ostenta la presidencia de dicha empresa. Al respecto, debe tenerse en consideración lo siguiente:

- 3.4.1 Nuevamente, la denunciante pretende acomodar los hechos a sus propios intereses, y omite maliciosamente proporcionar información absolutamente relevante. El señor Andrés Dasso

Chopitea forma parte del Directorio de SIMSA desde el año 2001 (tal como aparece en la Memoria Anual 2001 de SIMSA), habiendo sido elegido director alterno por primera vez cuando el accionariado de SIMSA estaba dividido únicamente entre tres empresas, a saber, Minera AV S.A., Galloway Investment y Minera Phelps Dodge del Perú S.A.C. Es decir, el señor Andrés Dasso Chopitea integra el Directorio de SIMSA desde mucho antes de que nuestra empresa adquiriera participación alguna en dicha empresa y, de hecho, incluso desde antes de que nuestra empresa fuera constituida.

3.4.2 Asimismo, desde su elección en el año 2001, el señor Andrés Dasso Chopitea ha permanecido como miembro del Directorio de SIMSA hasta la fecha, pasando a ocupar el cargo de director titular desde el año 2004. Su designación como director durante todos estos años ha estado basada en su amplia experiencia en el sector minero nacional e internacional, especialmente en sus veintisiete años de experiencia en minas subterráneas, así como en su conocimiento de primera mano de SIMSA, en donde laboró nueve años.

3.4.3 Más sorprendente aún es el hecho de que la designación del señor Andrés Dasso Chopitea como director titular de la sociedad en el año 2004 se realizó a propuesta de la propia Talingo, tal como se aprecia claramente en acta de Junta General de Accionistas de SIMSA de fecha 23 de marzo de 2004, que acompañamos al presente escrito. Igual ocurrió en los años 2005 y 2006, donde la elección del indicado señor como director titular de SIMSA se realizó con el voto favorable de la propia Talingo, según se aprecia en las actas correspondientes que también acompañamos al presente escrito. Omite también la denunciante mencionar que en la Junta General de Accionistas del 30 de marzo del 2007, donde se eligió el Directorio de la sociedad para el periodo 2007, fue la propia Talingo la que propuso al señor Andrés Dasso Chopitea como

CONASEV 000000012

Primer Director Alterno, ante lo cual el representante de Clarion participó señalando que, atendiendo al mayor aporte que brindaría a la sociedad como Director Titular, Clarion prefería proponer al señor Andrés Dasso Chopitea como tal. A continuación transcribimos la parte pertinente del acta correspondiente, que por cierto fue elaborada por la propia Talingo y enviada a SIMSA notarialmente:

"El señor Víctor Ostolaza Fernández Prada representante de Clarion Holding Ltd. expresó que pensaba proponer al señor Andrés Dasso Chopitea como Director Titular dentro de su propuesta de candidatos por lo que solicitaba al señor Ricardo Revoredo [representante de Talingo] que retirase de su propuesta de Directores Alternos, al mencionado señor Andrés Dasso y además que no se reemplazará a dicho Director por otro Director Alterno. Luego de una deliberación, dado el mayor aporte que brindaría a la sociedad el Sr. Dasso siendo designado Director Titular, el señor Revoredo accedió a retirar de su propuesta de candidatos a Directores Alternos al señor Andrés Dasso, quien pasó a ser propuesto por el señor Víctor Ostolaza como Director Titular".

CONASEV 000000013

- 3.4.4 Queda claro, en consecuencia, que contrariamente a lo sugerido por Talingo, el señor Andrés Dasso Chopitea no fue propuesto por Clarion al Directorio de SIMSA como parte de un plan previamente concertado con el señor Beaty para tomar el control de SIMSA. La elección del señor Andrés Dasso Chopitea como Director Independiente de SIMSA se explica por sus impecables credenciales en el sector minero, reconocidas originalmente por los anteriores accionistas de SIMSA que lo invitaron por primera vez a formar parte del Directorio de SIMSA en el año 2001.

- 3.5 Como hemos apreciado, la forma en que la denunciante ha presentado los cuatro indicios antes referidos, lejos de probar fehacientemente la supuesta concertación entre nuestra empresa y el señor Beaty, demuestran claramente la mala fe de Talingo al pretender sorprender a CONASEV con una denuncia totalmente infundada y, peor aún, omitiendo y sesgando información relevante.
- 3.6 Lo cierto es que ni nuestra empresa, ni ninguno de sus representantes o funcionarios, ha conversado o coordinado alguna vez con el señor Beaty respecto a la posibilidad de adquirir de manera concertada un paquete de acciones en SIMSA que les permita tomar el control de la misma en violación de la regulación de OPA. De hecho, estamos en condición de declarar ante CONASEV y ante cualquier autoridad competente que nuestra empresa (i) no ha celebrado ningún acuerdo con el señor Beaty, sea éste expreso o tácito, verbal o escrito, en relación a la compra de acciones de SIMSA efectuada por dicho señor, o al ejercicio de los derechos de voto correspondientes a dichas acciones; (ii) ejerce un control total, absoluto e incondicionado sobre el paquete de acciones que actualmente ostenta en SIMSA, no existiendo ninguna obligación ni restricción asumida a favor del señor Beaty ni ningún tercero en relación a la forma en que nuestra empresa podrá ejercer sus derechos como accionista; y (iii) no ha llegado a ningún acuerdo, ni celebrado pacto, contrato o convenio con el señor Beaty, en relación a la dirección, gobierno o administración de SIMSA.
- 3.7 Por último, la denuncia de Talingo no resiste el menor análisis desde una perspectiva lógica y racional. Cuando se verifica una actuación concertada en el ámbito de la regulación de OPA, se aprecian dos patrones usuales: (i) el caso de dos personas que realizan aportes relativamente equivalentes en el esfuerzo de la toma de control concertada y, consecuentemente, pasan a controlar la empresa objetivo de manera conjunta, y (ii) el caso de dos personas concertadas donde una de ellas, de apariencia independiente, responde a las instrucciones

CONASEV 000000014

de la otra (*i.e.* un testaferro, o representante oculto). En el caso objeto de denuncia, tenemos que:

- 3.7.1 Resulta ilógico pensar que nuestra empresa, titular de una participación de 48.85% de SIMSA, podría estar interesada en actuar de manera concertada con un adquirente de una participación de alrededor de 1%, para luego pasar a controlar conjuntamente la compañía. Claramente no existiría simetría en las prestaciones de cada parte y, por ende, ningún incentivo para que alguien en nuestra posición acepte un trato de esa naturaleza. Por ello, un razonamiento lógico debiera llevarnos naturalmente a descartar esta primera hipótesis de concertación.
- 3.7.2 Quedaría entonces la posibilidad de que nuestra empresa hubiere adquirido más del 50% de SIMSA a través de una persona, en apariencia independiente, pero que responda a nuestras instrucciones, por lo que, técnicamente, sería como si hubiere adquirido el paquete por cuenta nuestra. Sin embargo, cuando nos detenemos a analizar el caso concreto, y apreciamos que el otro comprador, quien bajo la hipótesis de la denunciante estaría actuando como un testaferro o monigote de nuestra empresa, resulta ser el señor Ross J. Beaty, el argumento pierde inmediatamente toda lógica. El señor Beaty es una personalidad reconocida en el ámbito de la minería mundial, de impecable trayectoria y prestigio, que se desempeña como presidente y principal accionista de numerosas empresas mineras internacionales, entre ellas, Pan American Silver Corp, con extensas operaciones en el Perú. ¿Parecería razonable o lógico que alguien de la talla del señor Beaty se preste para adquirir un paquete de acciones por cuenta de Clarion, a sabiendas que ello constituiría una violación de la regulación peruana en materia de OPA? Evidentemente no.

CONASEV 000000015

4. Aspectos Legales sobre la Supuesta Concertación

4.1 *Actuación Concertada y Adquisición de Participación Significativa*

4.1.1 El reconocimiento de la figura de la "actuación concertada" en el marco de la regulación de OPA tiene como claro propósito evitar "que la adquisición de una participación significativa pueda «trocearse» o «fraccionarse» deliberadamente entre varios sujetos que, actuando en nombre propio y de manera independiente en el plano formal, operen en realidad bajo una misma causa y unidad de propósito para obtener o consolidar así el control de la sociedad afectada sin formular OPA alguna". [el subrayado es nuestro] ²

4.1.2 Sin embargo, atendiendo a la naturaleza extraordinaria del concepto de actuación concertada, queda claro que el mismo debe ser interpretado y aplicado de manera restrictiva. Así lo entiende García de Enterría (en línea con doctrina internacional), quien sostiene que "la existencia de una eventual actuación concertada debe interpretarse por su propia naturaleza de forma austera y restrictiva, considerando la propia excepcionalidad jurídica de la figura, que equivale a tratar de forma unitaria valores adquiridos por personas distintas". [el subrayado es nuestro] ³

4.1.3 En este orden de ideas, García de Enterría⁴ sostiene que para poder sancionar válidamente la existencia de una actuación concertada en violación de la regulación de OPA debe acreditarse necesariamente la concurrencia de tres elementos

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 80.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 97.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 82.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

esenciales, a saber: (i) la existencia de un pacto o convenio entre las partes supuestamente concertadas; (ii) que dicho pacto o convenio tenga como objeto la adquisición de una participación significativa; y (iii) que la finalidad del pacto o acuerdo sea la de establecer una unidad de propósito a través del ejercicio coordinado de los derechos de voto.

4.1.4 Respecto al primer elemento esencial, ya hemos explicado que no existe entre nuestra empresa y el señor Beaty ningún acuerdo o convenio, explícito o implícito, de naturaleza formal o informal, que guarde relación con la adquisición de acciones de SIMSA o con la marcha u operación de dicha empresa. Sin perjuicio de ello, téngase presente lo siguiente como sustento adicional:

- (a) García de Enterría sostiene en relación a este primer elemento esencial que *"la necesidad de que exista algún acuerdo o convenio entre las partes, que está implícita en el concepto mismo de actuación concertada, impide vincular esta a la existencia de un simple comportamiento paralelo y coincidente de distintos sujetos, que adquieren acciones de una sociedad de forma simultánea. La mera conducta uniforme de varias personas en su política de compra de acciones, mientras resulte de una decisión empresarial tomada autónomamente por cada una de ellas, e incluso en el supuesto de que todas persigan en último término un mismo interés económico, no es suficiente por sí sola para integrar una actuación concertada". [el subrayado es nuestro]⁵*
- (b) Siguiendo con el mismo autor, este sostiene que la coincidencia temporal en la adquisición de acciones

⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 83.

“carece de entidad por sí misma para conformar una actuación concertada”, mientras no pueda acreditarse al tiempo que dichos negocios obedecen, no a consideraciones estratégicas o empresariales libremente apreciadas por cada uno de los adquirentes, sino al cumplimiento o ejecución de un pacto o entendimiento previo”. [el subrayado es nuestro]⁶

- (c) Desde la perspectiva de Clarion, la única estrategia que motivó la adquisición del paquete de acciones de White Peak fue la de tratar de adquirir la mayor cantidad posible de las acciones de SIMSA que habían sido puestas a la venta, con cargo a los recursos con los que contaba nuestra empresa en esos momentos. Como sabemos, Clarion adquirió aproximadamente un 4.04% adicional, alcanzando el 48.85% de participación en SIMSA. Dado que existía un número suficiente de acciones en venta, nuestra empresa, de haber contado con los recursos suficientes, hubiera podido adquirir hasta un 1.14% adicional, sin llegar a alcanzar el umbral de 50% sancionado por la regulación de OPA.
- (d) Tal como explicamos en los antecedentes del presente escrito, la virtual simultaneidad en las operaciones de compra realizadas por nuestra empresa y el señor Beaty encuentra explicación no en la existencia de una actuación concertada entre ambos compradores, sino en el hecho de existir un solo vendedor (*i.e.* White Peak) que consideró conveniente realizar dos operaciones de venta en un mismo momento, lo cual es absolutamente razonable. Habiendo conseguido dos compradores para sus acciones de SIMSA, no vemos motivo lógico alguno

⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 83.

para que White Peak hubiere tenido que realizar ambas operaciones en momentos distintos.

4.1.5 Respecto al segundo elemento esencial, referido a que el objeto del pacto o convenio sea la adquisición de una participación significativa, García de Enterría manifiesta que *"para apreciar un concierto en materia de OPAs no basta con que las personas que compran acciones de una misma sociedad en fechas más o menos próximas mantengan una relación comercial del tipo que sea, sino que es preciso que ésta vaya referida a la adquisición misma de los valores: lo que las partes han de acordar es la compra de acciones al objeto de alcanzar conjuntamente – mediante la suma y puesta en común de las que se adquieran– una participación de control en una sociedad cotizada"* [el subrayado es nuestro]⁷. Tal como mencionamos anteriormente, no sólo no existe un acuerdo o pacto entre nuestra empresa y el señor Beaty referido a la compra de acciones de SIMSA, sino que no existe relación de carácter comercial alguna entre ambas partes.

4.1.6 Finalmente, respecto del tercer elemento esencial para sancionar una actuación concertada en violación de la regulación de OPA, apreciamos que se requiere acreditar la existencia de una unidad de propósito a través del ejercicio coordinado de los derechos de voto correspondientes a los sujetos supuestamente concertados. Sobre el particular, resulta especialmente relevante tener en cuenta lo siguiente:

- (a) García de Enterría explica los alcances de este tercer elemento en los siguientes términos: *"[la actuación concertada] presupone necesariamente que las personas que actúan de forma concertada en su política de*

⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 83.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

adquisición de acciones lo hacen bajo una unidad de acción y de objetivos, con el fin de poner sus respectivas participaciones accionariales al servicio de un propósito común y de cooperar así para obtener o consolidar el control de la sociedad afectada. En consecuencia, y en línea de principio, no cabe apreciar un «concierto» en sede de OPA obligatoria cuando las personas que adquieren acciones de forma paralela y simultánea no están quiadas además por un mismo objetivo, en el sentido de no responder su actuación al propósito acordado de implementar con sus respectivas participaciones una política común susceptible de alterar o incidir de cualquier forma sobre la situación de control existente en la sociedad afectada. [el subrayado es nuestro] ⁸

- (b) Continuando con su análisis, el mismo autor sostiene que *“dada la naturaleza exorbitante de la figura de la «actuación concertada» y la indefinición legal respecto de su contenido, parece claro que la misma debe administrarse en la práctica de acuerdo con los fines institucionales que animan el sistema de OPAs obligatorias, cifiendo su aplicación a aquellos supuestos en que la conducta de los adquirentes de las acciones se explique por el afán de alcanzar una posición de control en una sociedad cotizada a través del ejercicio conjunto y coordinado de sus respectivos derechos políticos”*. [el subrayado es nuestro] ⁹

- (c) La posición de la doctrina internacional sobre el particular, y la de entidades supervisoras internacionales

⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 88.

⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 89.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

como la Comisión Nacional del Mercado de Valores española y el Takeover Panel inglés, es bastante pacífica al respecto, reconociéndose la necesidad de que exista la concurrencia de un propósito de actuación conjunta y unitaria a través del ejercicio alineado del voto. En esa línea, Zurita sostiene que "la concertación relevante a estos efectos sería aquella que obliga a las partes concertadas a adoptar una política común duradera en la gestión de la sociedad de que se trate, mediante un ejercicio coordinado de los derechos de voto de que dispongan las partes concertadas". [el subrayado es nuestro] ¹⁰

- (d) Como podemos apreciar, para determinar la existencia de una "actuación concertada" se requiere no sólo que exista un acuerdo relativo a la adquisición de acciones, sino especialmente un acuerdo que lleve a las partes concertadas a comportarse como si fueran una sola unidad de control, siendo indispensable para este efecto que exista algún pacto que lleve a sus respectivas acciones y derechos de voto a moverse en bloque. En el caso que nos ocupa, no sólo no ha existido ni existe acuerdo alguno entre nuestra empresa y el señor Beaty relativo a la adquisición de acciones de SIMSA, sino que, en línea con lo antes indicado, no ha existido ni existe acuerdo alguno en relación a la forma en que las partes deberán ejercer sus derechos de voto en SIMSA.
- (e) Centrando nuestra atención en el tema estrictamente probatorio, apreciamos que ninguno de los cuatro indicios aportados por la denunciante apunta a acreditar la existencia de una "política común duradera" o la

¹⁰ ZURITA, "Diez años de vigencia del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores", en AA.VV., Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sanchez Calero, Madrid, 2002, vol. III, pags. 3046-3047. Citado por GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. Op. Cit., p. 90.

existencia de un "ejercicio coordinado de los derechos de voto" entre nuestra empresa y el señor Beaty. Y es claro que la denunciante jamás estará en posición de probar ello por la simple razón de que no existe una "política común duradera" ni un "ejercicio coordinado de los derechos de voto".

- (f) En materia probatoria, resulta interesante la posición de García de Enterría, quien manifiesta que "dado que el desarrollo de una política común a través del ejercicio coordinado de los derechos de voto constituye un elemento definitorio de la «actuación concertada», se comprende que entre los indicios fácticos que ofrecen una mayor relevancia a efectos de su apreciación destaquen particularmente los cambios que puedan verificarse en la composición del órgano de administración o en la estrategia o mayorías de la sociedad afectada de forma inmediatamente posterior a las adquisiciones de acciones realizadas por varias personas en apariencia desvinculadas". [el subrayado es nuestro]¹¹. Pues bien, si analizamos detalladamente la forma como SIMSA se ha venido manejando desde la fecha en que nuestra empresa adquirió el paquete de acciones de White Peak, podrá apreciarse que no ha habido ninguna modificación en la estrategia, marcha u órganos de gobierno de la sociedad.

4.2 Presunción de Licitud y Prueba Indiciaria

- 4.2.1 La aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador no puede pretender desconocer el

¹¹ GARCIA DE ENTERRÍA, Javier. "Limitación de Voto, Actuación Concertada y Ofertas Condicionales. Estudios sobre OPAs (II)". Civitas Ediciones, 2002, p. 91.

denominado principio de presunción de licitud¹² consagrado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”), de especial relevancia en materia de actividad probatoria, cuyo texto es el siguiente:

“Presunción de licitud.- las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.”

- 4.2.2 CONASEV ha reconocido ya la aplicación de este principio a los procedimientos administrativos sancionadores conducidos por dicha entidad. Cabe mencionar, a modo de ejemplo, lo resuelto por el Tribunal Administrativo en su Resolución No. 101-2003-EF/94.12, con ocasión de la denuncia por uso indebido de información privilegiada hecha por Compañía Minera Milpo S.A.A. contra José Picasso Salinas, donde se dispuso lo siguiente para efectos de la absolución del denunciado:

“Que de cualquier forma, ante la duda razonable, son de aplicación los principios de presunción de inocencia establecido en el artículo 2, inciso 24 (a) de la Constitución Política y de presunción de licitud establecido en el inciso 9 del artículo 230 de la LPAG (...)”

- 4.2.3 Hemos llamado la atención respecto a la necesidad de efectuar un reparo sobre la institución de la prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador justamente por que esta misma opera sobre la base de presunciones. La presunción es el razonamiento lógico que vincula el hecho indicador con el hecho indicado siendo este último el objeto de probanza (en el caso que nos ocupa, la supuesta concertación entre Clarion y el señor Beaty). La doctrina y jurisprudencia han optado de manera

¹² Este principio tiene la dimensión de derecho subjetivo de rango constitucional al ser reconocido expresamente en el artículo 2° numeral 24 literal e) de la Constitución Política de 1993

unánime por admitir que la prueba de cargo en un proceso sancionador puede estar basada en indicios siempre que se cumplan ciertos requisitos.¹³ El cumplimiento riguroso de estos requisitos apunta a que la prueba indiciaria se acerque tanto como pueda a la certeza, ya que sólo así puede evitarse vaciar de contenido al principio de presunción de inocencia.

4.2.4 Resulta importante a estos efectos recoger la posición adoptada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores española en relación a la prueba indiciaria, a la que reconocen como un *"tipo de prueba que, por sus especiales características, ha de ser utilizada con cierta cautela"*. Al respecto, se sostiene que para que la prueba indiciaria pueda formar convicción:

- (a) *"no debe tratarse de un solo indicio aislado, sino que deben ser varios. Es decir, se exige pluralidad de indicios"*. En el presente caso, el único indicio que no se sustenta en hechos falsos, sesgados o incompletos es el referido a la virtual simultaneidad en las operaciones de compraventa. Este es el único indicio aislado que la denunciante pretende traducir en una actuación concertada en violación de la regulación de OPA, lo cual, como podemos apreciar, resulta inaceptable.
- (b) *"la confluencia o coincidencia de los mismos, en cuanto todos ellos señalen en la misma dirección, pues en otro caso se anularían o desvirtuarían como fuerzas*

¹³ Estos requisitos suelen ser enunciados en doctrina bajo las siguientes pautas: a) Que la relación causal entre el dato indiciario y el "dato indicado" (aquello que se investiga) sea real, verídica o probable. b) pluralidad de indicios "contingentes". c) Que los indicios "contingentes" sean "concurrentes" y "concordantes". d) Univocidad e indivisibilidad. e) Convergencia de argumentos probatorios f) ausencia de contraindicio o inconsistencia de éste. g) inexistencia de otra clase de pruebas que desvanezcan o refuten la prueba indiciaria. Ver MIXAN MASS, Florencio, "Prueba indiciaria", Ediciones BLG, Trujillo, 1995, pp. 201 - 207.

Resulta, también, ilustrativa la posición del Tribunal Constitucional español asumida en la STC 189/1998 de donde podemos presentar la siguiente cita: "(...) este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria".

CONASEV 000000024

contrarias". Ha quedado evidenciado que la denunciante ha pretendido, maliciosamente, forzar una confluencia de los indicios presentados, no dudando para ello en presentar hechos falsos, sesgados e incompletos.

- (c) *"los hechos base generadores de la inferencia han de encontrarse suficientemente acreditados. Es decir, los indicios han de haberse obtenido mediante una prueba directa, lo que conlleva, necesariamente, que dicha prueba haya sido obtenida de forma lícita y con todas las garantías legales"*. El único hecho presentado por la denunciante como indicio que ha sido aceptado por nuestra parte es el de la virtual simultaneidad de las operaciones de compraventa. El resto de indicios presentados por la denunciante no sólo no están debidamente acreditados, sino que responden a hechos falsos, sesgados e incompletos.
- (d) *"las inferencias han de ser racionales y han de corresponderse con los dictados del buen sentido y de la lógica"*. Pensar que de la ocurrencia casi simultánea de dos operaciones de compraventa en las que existe un mismo vendedor es posible inferir una concertación entre los compradores, resulta una inferencia antojadiza que claramente no se corresponde con los dictados del buen sentido y de la lógica.
- (e) *"entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de darse un enlace preciso según las reglas del criterio humano. Es decir, entre el indicio y la presunción ha de existir una conexión natural que permita efectuar la inferencia sin ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonablemente compatible con esos indicios"*. Queda claro que entre los indicios presentados

CONASEV 000000025

por la denunciante y la supuesta concertación alegada no existe dicha conexión natural que niegue la posibilidad de alguna otra explicación alternativa razonable. En el presente caso, ya hemos explicado en detalle los hechos por nosotros conocidos y la motivación de nuestra empresa al realizar la adquisición. Conocemos también que la intención de White Peak era vender una parte del paquete de acciones remanente que tenía (como así lo indican los hechos), pero desconocemos la motivación del señor Beaty al realizar su adquisición. Cualquiera haya sido ésta, con seguridad podemos afirmar que la misma no había sido coordinada con nuestra empresa.

- 4.2.5 Resulta importante también referirnos brevemente al grado de certeza que debe conseguirse a través de la prueba indiciaria para poder sancionar al administrado. Como sabemos, la homologación del tratamiento que recibe la prueba indiciaria en el derecho procesal civil al campo del derecho procesal penal o derecho administrativo sancionador es inviable. Al respecto, resulta ilustrativa lo sostenido por Fernando de Trazegnies, en relación al contrapeso entre las hipótesis obtenidas de la prueba de cargo y aquellas obtenidas de la prueba de descargo:¹⁴

"(...) lo que se exige no es que la propuesta alternativa sea más completa sino que la hipótesis propuesta por la prueba [de cargo] sea aplastante e irresistible.

(...) Si se pretendiera que la alternativa tuviera que ser una hipótesis más atractiva que la planteada por la prueba indiciaria, significaría que se privilegia la teoría acusatoria como si fuera una verdad mientras no se pruebe lo contrario; y eso vulnera la garantía

¹⁴ DE TRAZEGNIES Fernando, "Teoría de la Prueba Indiciaria", en Revista Jurídica del Perú No. 54, Lima, 2004, pp. 205 y 206.

constitucional de presunción de inocencia, por que todo aquel que acusa debe probar su acusación.

(...) cuando se trata de sancionar, una duda razonable hace inaplicable la hipótesis aun cuando ésta sea predominante, por que está en juego el principio constitucional de inocencia."

4.2.6 Apreciamos entonces que, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, la prueba de cargo basada en indicios no sólo debe verse acompañada de un sustento que pueda reforzar la inferencia obtenida de dichos indicios, sino que dicha inferencia debe "aplastar" a cualquier otra que pueda ser obtenida de los mismos indicios. En otras palabras, no puede dejar un margen de duda razonable. Sólo de esta manera es que se puede garantizar la vigencia del principio de presunción de inocencia.¹⁵

4.2.7 Así, tenemos que en el Caso Backus, CONASEV advirtió que la administración debía abstenerse de sancionar a los denunciados toda vez que no existía certeza respecto a la comisión de la infracción imputada (esto, la actuación concertada para la adquisición de participación significativa sin haber efectuado una OPA). En dicho caso, a diferencia de lo que ocurre con la denuncia presentada por Talingo, la prueba de cargo cuando menos logró generar un grado razonable de verosimilitud respecto de los hechos imputados, a través de una pluralidad de

¹⁵ Es cierto que cualquier inferencia obtenida a partir de un indicio no va conducir nunca a la verdad formal con una certeza del 100%. Sin embargo, para que la prueba de cargo pueda destruir la presunción de inocencia deberá llegar a un punto muy cercano a este umbral. De ahí, que De Trazegnies haya intentado graficar de manera más elocuente la idea desarrollada en el presente párrafo mediante un esfuerzo de corte aritmético: "(...) puede decirse que la denegatoria de la validez de la probanza indicaría no requiere que exista una hipótesis alternativa que tenga más del 50% de probabilidades de ser verdadera: basta que tenga el 30 o el 20% de probabilidades de que la tesis acusadora no sea correcta para que consideremos que existe una duda razonable y que, por consiguiente, no puede aplicarse el indicio para probar lo que se pretende. La teoría acusadora pudo haber sido muy bien planteada sobre la base de que una explicación racional llama a esa pretendida verdad que se pretende demostrar con el indicio. Pero mientras exista una duda razonable, basada ya sea en comportamientos razonables alternativos o simplemente en la falta de una explicación integral con los indicios que se presentan a consideración, esa probanza indicaría no puede ser jurídicamente amparada." DE TRAZEGNIES Fernando, Op. Cit., p. 206.

indicios que, si bien eran contingentes, también era concurrentes y concordantes. Esto es, la apreciación en conjunto de esos indicios respecto del caso concreto podía servir de sustento razonable, aunque siempre discutible, para alegar la existencia de actuación concertada. CONASEV, sin embargo, rechazó pronunciarse sobre la existencia de una infracción al ROPA dada la existencia de una duda razonable, conforme se aprecia en las conclusiones del Informe No. 037-2003-EF/94.45:

"De la información recopilada en el curso de la investigación que se ha venido llevando a cabo hasta la fecha y considerando que algunos indicios se han desvirtuado, que existen actuaciones por realizar y que no se han comunicado a las partes los nuevos hechos, se considera que no es factible sostener de modo concluyente la existencia o inexistencia de concertación entre Cheswick y Bavaria."

- 4.2.8 La posición de CONASEV en el Caso Backus avaló lo expuesto por García de Enterría en el dictamen que emitió a solicitud de Cheswick Comercial S.A. (ver página 9 de dicho Dictamen), tal como se desprende de la siguiente cita:

"Desde esta perspectiva, cabe afirmar que la mera posibilidad de explicar la conducta de los sujetos supuestamente concertados en atención a motivos distintos de la simple concertación permite por sí sola excluir la operatividad de la prueba de indicios, dado que este exige por su propia naturaleza que los indicios conduzcan de manera inexorable a una única conclusión o explicación, de acuerdo con los criterios de la lógica humana."

CONASEV 000000028

4.2.9 En el presente caso, no existe ni cercanamente un grado de certeza tal en los hechos inferidos por Talingo a partir de los mencionados indicios como para que CONASEV pueda concluir que se ha producido una violación al ROPA. Como señalamos anteriormente, los indicios en lo que se basan las pruebas de Talingo no son más que un pequeño grupo de hechos falsos, sesgados e incompletos que los denunciante han buscado forzosamente relacionar entre sí, y que, incluso en la hipótesis negada de admitir alguna conexión entre los mismos, no conducirían de manera concluyente a afirmar la existencia de concertación entre nuestra empresa y el señor Beaty. En ese sentido, rechazamos categóricamente la sugerencia que hace Talingo respecto a la suficiencia de sus alegaciones como prueba de la supuesta concertación.¹⁶

5. Donaciones de acciones de SIMSA

5.1 En el mes de diciembre de 2007, nuestra empresa, por convenir a los intereses de SIMSA (e indirectamente a su propia inversión en SIMSA), tomó la determinación de ofrecer en donación diez (10) acciones comunes con derecho a voto de SIMSA, a cada uno de los trabajadores de la sociedad. Así, con fecha 22 de diciembre de 2007 se celebraron aproximadamente 850 contratos de donación de acciones con aquellos trabajadores de SIMSA que voluntariamente decidieron aceptar nuestro ofrecimiento gratuito, los cuales, como corresponde, fueron formalizados a través de una operación de cambio de titularidad a efectos de ser registrados ante CAVALI S.A. ICLV.

5.2 Contrariamente a lo que sugiere la denunciante, las donaciones efectuadas por nuestra empresa no han sido realizadas ni en

¹⁶ "La adquisición de acciones por parte de CLARION HOLDING LTD y del señor Ross J. Beaty, Presidente del Directorio de la Empresa Pan American Silver Perú S.A., en la misma fecha y casi simultáneamente (...) alcanzando de manera conjunta entre ambos precisamente el 50.06% de participación en el capital social de SIMSA, merece una especial atención por parte de la autoridad, ya que los hechos relatados son prueba suficiente para afirmar que ha existido concertación en la toma de control por parte de estos dos accionistas y que, en este sentido, se ha burlado la obligación legal de efectuar una OPA, mediante un acto de simulación concertada." (El resaltado es nuestro)

CLARION HOLDING LTD. CORP.

coordinación con el señor Beaty, ni con el propósito de tomar el control absoluto de SIMSA. Muy por el contrario, se trata de una decisión unilateral adoptada e implementada por Clarion en su condición de accionista de SIMSA, con la doble finalidad de: (i) otorgar un beneficio en especie a todos los accionistas de la sociedad –en la forma de acciones restringidas (*i.e.* “*restricted shares*”)– como incentivo y muestra de aprecio del accionista mayoritario de la empresa por los magníficos resultados generados en los últimos años, y (ii) liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento y desgobierno en la que venía sumida como consecuencia del mal uso que venía haciéndose del derecho de veto estatutario con el que contaban los principales accionistas de la sociedad, entre ellos la denunciante Talingo. A continuación pasamos a explicar esta situación con mayor detalle:

5.2.1 SIMSA es una sociedad cuyo estatuto requiere de un quórum y mayorías calificadas de 80% para poder adoptar acuerdos relevantes en la Junta General de Accionistas, y de un quórum de siete directores (de los ocho miembros existentes) para poder sesionar válidamente. El efecto práctico de estas disposiciones estatutarias es generar un derecho de veto para cualquiera de los tres principales accionistas de SIMSA (*i.e.* Clarion, Talingo, Orange Bay y, en su momento, White Peak), quienes pueden sin mayor razón oponerse a cualquier acuerdo y generar una situación de desgobierno en SIMSA.

5.2.2 Por razones que desconocemos, la denunciante, a través de los directores de SIMSA propuestos por ella, ha venido frustrando sistemáticamente la posibilidad de que el Directorio de SIMSA se reúna válidamente, postergando de manera irresponsable la adopción de ciertos acuerdos que resultan de absoluta importancia para la marcha y desarrollo de SIMSA. Este hecho fue puesto de manifiesto por el resto de directores de la sociedad, en sendas cartas remitidas a la Presidencia a finales

CONASEV 000000030

del mes de noviembre de 2007, las cuales acompañamos al presente escrito como evidencia.

5.2.3 Al no existir alternativa comercial alguna para suprimir el derecho de veto estatutario que ha llevado SIMSA a la situación de entrapamiento descrita, nuestra empresa, en legítimo ejercicio de sus derechos como accionista, decidió recurrir al único expediente legal que permitiría válidamente recomponer los quórum y mayorías de SIMSA, a través de la conversión de ésta en una sociedad anónima abierta. Para ello, de acuerdo con lo previsto por el artículo 249° de la Ley General de Sociedades, era indispensable que el número de accionistas de la sociedad al cierre del ejercicio fuera superior a 750.

5.2.4 Para lograr el número de accionistas requerido, Clarion pudo haber optado por cualquier tipo de transferencia, sea a título oneroso o gratuito. De haberlo así decidido, nuestra empresa pudo haber vendido sus acciones en mercado abierto, sea de manera bursátil o extrabursátil, efectuado una oferta pública de venta de acciones a un precio simbólico, u optado por cualquier otra modalidad de transferencia, sin limitación alguna. Sin embargo, por convenir a los intereses de SIMSA (y con ello, a nuestros propios intereses como mayor accionista), Clarion decidió ofrecer sus acciones gratuitamente a los trabajadores de SIMSA como incentivo y reconocimiento por el trabajo realizado.

5.3 Es importante dejar absolutamente claro que, con la conversión de SIMSA a sociedad anónima abierta, nuestra empresa no ha adquirido el control absoluto de SIMSA, como erróneamente pretende sostener la denunciante. Tal como explicamos en la primera parte de este escrito, nuestra empresa no ha actuado concertadamente con el señor Beaty para adquirir conjuntamente más del 50% del capital social de SIMSA. En efecto, nuestra empresa mantiene aún inalterable su posición de

CONASEV 000000031

mayor accionista en SIMSA con una participación de 48.85%, pero no llega a tener una posición de control.

- 5.4 Existen adicionalmente una serie de afirmaciones y cuestionamientos de la denunciante en relación a las donaciones efectuadas a favor de los trabajadores de SIMSA, así como a la consecuente conversión de SIMSA en una sociedad anónima abierta, sobre los cuales quisiéramos referirnos brevemente:

5.4.1 La denunciante cuestiona la finalidad de los contratos de donación, sugiriendo que nuestra empresa ha sorprendido a los trabajadores de SIMSA al no advertirles que su participación conjunta tan sólo será del 0.01% del capital social de SIMSA. Lamentamos que la denunciante cuestione la decisión de nuestra empresa de ofrecer gratuitamente acciones a los trabajadores de SIMSA. Nuestra empresa ofreció paquetes individuales de 10 acciones, con un valor aproximado (según la cotización bursátil más cercana a la fecha de la donación) de \$/. 58.50 cada uno, lo cual fue expresado claramente en cada contrato, conforme vuestra institución podrá apreciar del modelo que adjuntamos al presente escrito. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que todos los trabajadores que recibieron tales acciones apreciaron más el gesto de su accionista mayoritario que el porcentaje de participación o el valor correspondiente a las acciones recibidas.

5.4.2 Asimismo, Talingo cuestiona también la intención de nuestra empresa de causar la conversión obligatoria de SIMSA a sociedad anónima abierta, *"burlándose de esta manera lo establecido en el estatuto social vigente de SIMSA"*. Al respecto, cabe mencionar que no existe ninguna prohibición legal que impida a persona alguna, sea accionista o no, promover o causar que una determinada sociedad se convierta en una sociedad anónima abierta. Las reglas aplicables a la sociedades

CONASEV 000000032

anónimas abiertas son de orden público y se presumen conocidas por todos, por lo que todo accionista de empresa peruana debe ser conciente de que, en cualquier momento, de verificarse cualquiera de las condiciones del artículo 249° de la Ley General de Sociedades, su sociedad podría pasar a convertirse en una sociedad anónima abierta y quedar sujeta a sus normas imperativas. Para evitar ello, existe la posibilidad de establecer restricciones a la transferencia de acciones o pactos de preferencia a nivel estatutario. De hecho, este tipo de pactos existían en el estatuto de SIMSA, pero fueron eliminados por acuerdo de Junta General de Accionistas de SIMSA del 2 de febrero de 2007, a efectos de poder implementar la solicitud formulada por la propia Talingo para listar las acciones de la sociedad en la Bolsa de Valores de Lima.¹⁷

- 5.4.3 Finalmente, la denunciante asegura también que con la donación y conversión a sociedad anónima abierta se está *"violando el derecho estatutario de las minorías"*. Esta aseveración, como muchas otras de la denunciante, es totalmente incorrecta. El único derecho que se ha afectado (de manera absolutamente legítima) con la donación y conversión de SIMSA a sociedad anónima abierta es el derecho de veto de la denunciante, el mismo que le ha permitido hasta ahora generar un desgobierno absolutamente perjudicial para la sociedad y todos sus accionistas, tanto mayoritarios como minoritarios. Contrariamente a lo sostenido por la denunciante, con la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta es que realmente se está consiguiendo la implementación de normas para la debida protección de minorías. No sólo estamos haciendo referencia a las disposiciones de la LGS (incluyendo aquellas que fueron incorporadas por la Ley N° 28370), sino también a las Resoluciones de CONASEV N° 038-1999-EF/94.10 y N° 111-2003-EF/94.10.

¹⁷ Ha quedado expresa constancia de esta solicitud de Talingo en el acta de Junta General de Accionistas de SIMSA del 29 de diciembre de 2006, que acompañamos al presente escrito en calidad de prueba.

5.5 Queda claro, en consecuencia, que la denuncia de Talingo ha buscado fabricar imaginariamente una vinculación entre nuestra empresa y el señor Beaty, recurriendo para ello incluso a hechos falsos, sesgados e incompletos, para construir una historia de concertación que supuestamente no terminó con las operaciones de compraventa realizadas en el mes de julio de 2007, sino que se extendió incluso hasta la operación de donación llevada a cabo en diciembre último. No tenemos duda alguna de que, ante la imposibilidad de Talingo de cuestionar las donaciones efectuadas por nuestra empresa y evitar la conversión de SIMSA a sociedad anónima abierta, ha tenido que recurrir a esta denuncia inventada para tratar de algún modo de bloquear u obstaculizar la formalización de la adaptación correspondiente. Prueba evidente de ello es el último pedido formulado en su escrito de denuncia, en el que solicita a CONASEV que *"suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una SAA"*. Al respecto, CONASEV deberá tener en consideración lo siguiente:

5.5.1 De conformidad con el artículo 249° de la LGS, y en línea con lo interpretado por CONASEV en las Resoluciones N° 038-1999-EF/94.10 y N° 111-2003-EF/94.10, SIMSA ha quedado convertida en una sociedad anónima abierta desde el momento en que formalmente alcanzó más de 750 accionistas, por lo que, en aplicación del artículo 263° de la LGS, resulta obligatoria la adaptación del Estatuto de SIMSA al régimen aplicable a las sociedades anónimas abiertas.

5.5.2 La conversión de una sociedad al régimen de la sociedad anónima abierta es algo que importa al orden público, por tratarse de una obligación legal prevista en beneficio y protección de las minorías. Por esta razón, no es posible que en el presente procedimiento de investigación iniciado por la supuesta infracción de la regulación de OPA cometida por dos particulares, se pretenda afectar o suspender el normal

CONASEV 000000034

desenvolvimiento de un procedimiento de adaptación que, conforme señalamos, va mucho más allá del interés de las dos partes denunciadas.

- 5.5.3 Adicionalmente, la indicada solicitud de suspensión debiera ser rechazada de plano por CONASEV por cuanto la formalización de la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta no genera riesgo alguno de que CONASEV se vea luego imposibilitada de emitir un pronunciamiento efectivo, en la hipótesis negada de que el procedimiento administrativo sancionador culmine de manera desfavorable para Clarion. Efectivamente, de ser encontrado responsable, Clarion estaría expuesto a (i) la suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas el 11 de julio de 2007; (ii) realizar una Oferta Pública de Venta respecto de las acciones adquiridas el 11 de julio; (iii) realizar alternativamente una OPA por el 100% del capital de SIMSA; y/o (iv) multas con un importe oscilante entre las cincuenta y trescientos Unidades Impositivas Tributarias. Como es evidente, ninguna de estas medidas se encuentra sujeta o depende de la modalidad societaria bajo la cual esté organizada SIMSA.

CONASEV 000000035

POR TANTO:

Considerando haber contribuido al esclarecimiento de los hechos, solicitamos que se sirvan tener en consideración lo expuesto y, en mérito a ello, dar por finalizado el presente procedimiento, disponiendo su archivo.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, a efectos de acreditar lo expuesto en el presente escrito de descargo, cumplimos con acompañar los siguientes documentos:

- (a) Copia de la comunicación de hecho de importancia de SIMSA de fecha 11 de junio de 2007, por la cual se comunica de la venta de acciones efectuada por White Peak y Talingo a favor de Orange Bay, así como la comunicación de

cambios en la participación accionaria presentada a CONASEV en la misma fecha.

- (b) Copia de la comunicación de hecho de importancia de SIMSA, de fecha 26 de noviembre de 2007, por la que se informan los cambios en la participación accionaria de la sociedad como consecuencia de las operaciones de compraventa realizadas por Clarion, White Peak y el señor Beaty.
- (c) Copia del modelo de contrato de donación y anexo utilizado por Clarion para realizar las operaciones de donación a favor de 852 trabajadores de SIMSA.
- (d) Copia del estatuto original de SIMSA, en vigencia hasta antes de la última modificación aprobada durante el 2007, en cuyo artículo duodécimo se aprecia el tenor de la cláusula de adquisición preferente que rigió en SIMSA hasta que fuera suprimida a propuesta de la propia Talingo.
- (e) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 30 de marzo de 2007, en la cual aparece la designación al Directorio para el periodo 2007, y copia de la carta notarial enviada por Talingo a SIMSA, acompañando una versión modificada de dicha acta, en la que se aprecia expresamente que el señor Andrés Dasso Chopitea fue propuesto como miembro del Directorio por la propia Talingo.
- (f) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 2 de febrero de 2007, en la cual se deja constancia de la propuesta de modificación del Estatuto social presentada por Talingo, la misma que incluye el nuevo tenor del artículo duodécimo, en los siguientes términos: "*La transferencia de acciones se realizará sin restricción, ni limitación alguna*".
- (g) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 29 de diciembre de 2006, en la cual se deja constancia de la propuesta presentada por Talingo para listar las acciones comunes de SIMSA en la Rueda de Bolsa y efectuar los ajustes estatutarios correspondientes.

CONASEV 000000036

- (h) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 10 de abril de 2006, en la cual se ratifica al señor Andrés Dasso Chopitea como Director titular de SIMSA, con el voto unánime de todos accionistas, incluyendo Talingo.
- (i) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 11 de abril de 2005, en la cual se ratifica al señor Andrés Dasso Chopitea como Director titular de SIMSA, con el voto unánime de todos accionistas, incluyendo Talingo.
- (j) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 23 de marzo de 2004, en la cual se designa por primera vez al señor al señor Andrés Dasso Chopitea como Director titular de SIMSA, a propuesta expresa de Talingo.
- (k) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 8 de abril de 2003, en la cual se ratifica al señor Andrés Dasso Chopitea como Director alterno de SIMSA.
- (l) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 4 de abril de 2002, en la cual se ratifica al señor Andrés Dasso Chopitea como Director alterno de SIMSA.
- (m) Copia del acta de la Junta General de Accionistas de SIMSA, llevada a cabo con fecha 6 de febrero de 2001, en la cual se designa por primera vez al señor Andrés Dasso Chopitea como Director alterno de SIMSA.
- (n) Copia de la carta de fecha 26 de noviembre de 2007, remitida por los directores de SIMSA, señores Jesús Arias Dávila, Isabel Arias de Millership, Juan Asseretto Duharte, Evangelina Arias de Sologuren, Andrés Dasso Chopitea, Víctor estolaza Fernández-Prada y Miguel Valentín Ghezzi, a los directores de SIMSA propuestos por Talingo, señores José De Bemanrdis Couglievan, Ana Carolina Arias Vargas de Picasso, Eduardo Ferrero Costa, Manuel Gallup

CONASEV 000000037

CLARION HOLDING LTD. CORP.

Fernández Concha y Juan José Tavara, en la que se recrimina la inasistencia de estos últimos a las sesiones de directorio convocadas por SIMSA.

- (o) Copia de la carta de fecha 26 de noviembre de 2007, remitida por los directores de SIMSA, señores Mónica Patricia Arias Vargas, Verónica Rocío Arias Vargas, Gustavo Adolfo Uccelli Rodríguez, Gustavo Roberto Uccelli Romero, Margaret Burns Olivares y Christian Funcke Ciriani, al Presidente del Directorio de SIMSA, señor Jesús Arias Dávila, donde lamentan las postergaciones ocurridas ante la imposibilidad del Directorio para sesionar por falta de quórum.
- (p) Copia impresa de la entrevista completa otorgada por el señor Ross J. Beaty al portal de internet Kitco Kasey, incluyendo una breve reseña biográfica del indicado señor.

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, asimismo, a efectos de validar la información presentada por nuestra empresa, solicitamos a CONASEV que, en ejercicio de sus facultades, se sirva tomar las declaraciones correspondientes de las siguientes personas: (i) la empresa White Peak Resources Inc.; (ii) la empresa Credibolsa Sociedad Agente de Bolsa S.A.; y (iii) el señor Ross J. Beaty.

TERCER OTROSI DECIMOS: Que, en aplicación de lo previsto en el artículo 115.1 de la LPAG, delegamos en nuestros abogados, doctores Jean Paul Chabaneix Cunza, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 07804126, y Eduardo Luis López Sandoval, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 00791878, las facultades generales de representación para que actúen en nombre de nuestra empresa en la presente investigación y, de ser el caso, en el procedimiento administrativo que pueda eventualmente ser iniciado, pudiendo uno cualquiera de ellos presentar excepciones y todo tipo de recursos en la vía administrativa, defensas de forma, pedidos de nulidad, dar respuesta a cualquier solicitud o requerimiento, asistir a audiencias, reuniones y prestar informes orales, así como solicitar la acumulación o desacumulación de procedimientos.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que, solicitamos a vuestra institución que se nos notifique con todos los documentos que hayan sido presentados y todas las

CONASEV 000000038

CLARION HOLDING LTD. CORP.

actuaciones que hayan sido realizadas a la fecha en el presente procedimiento. Asimismo, solicitamos que en adelante se considere a nuestra empresa parte interesada en el presente procedimiento y se nos notifique a la dirección señalada en la introducción del presente escrito con todos los escritos, documentos y actuaciones que sean presentados o se lleven a cabo.

QUINTO OTROSI DECIMOS: Que, cumplimos con acompañar una copia del Documento Nacional de Identidad de nuestro representante legal, señor Víctor Ostolaza Fernández Prada, así como una copia de la Partida N° 11940229 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, donde corren inscritos los correspondientes poderes y facultades.

Lima, 29 de enero de 2008


Víctor Ostolaza Fernández Prada
Apoderado

CONASEV 000000039

Expediente N°: 2007036571
 Área Encargada: Dirección de Emisores
 Sumilla: Interpone
 Recurso de Apelación

A LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE LA COMISIÓN NACIONAL
 SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES -CONASEV

TALINGO CORPORATION, debidamente representada por su apoderado Eduardo José Ferrero Costa, identificado con DNI No. 07854653, según poder que consta en el expediente, con domicilio para estos efectos en Av. De la Floresta No.497, Piso 5, San Borja, con relación a la denuncia referida a la toma de control absoluta de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA) por parte de los accionistas Clarion Holding Ltda. y el señor Ross J. Beaty, sin cumplir con la formulación de una Oferta Pública de Adquisición de acuerdo a la normativa vigente; a usted atentamente decimos:

Que, no encontrando arreglado a Derecho el **Oficio N° 987-2008-EF/94.063 de fecha 28 de febrero de 2008** (notificado a esta parte con fecha 03 del presente mes), emitido por la Dirección de Emisores, mediante el cual se rechazó el ofrecimiento de medios probatorios que efectuáramos mediante escrito de fecha 10 de enero de 2008, y se rechazó nuestra participación procesal en el presente procedimiento administrativo en base a una interpretación equivocada del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones;

Que, si bien el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 no es un acto definitivo en el presente procedimiento administrativo, en tanto que no decide sobre el asunto de fondo, **constituye un acto de trámite que nos genera indefensión** al no permitirnos participar en el procedimiento, presentar medios probatorios, ni participar en las audiencias programadas, por lo que,

AREA TRAMITE DOCUMENTARIA
 CONASEV
 03 MAR - E 13 2011
 DIRECCION DE EMISORES
 COMISION NACIONAL
 SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES

CONASEV 000000001

según lo dispuesto en la LPAG, es un acto impugnabile en sede administrativa ⁽¹⁾.

I. PETITORIO:

De conformidad con lo establecido por los artículos IV.1.2, 1.1, 5, 10, 11, 12, 50, 51, 60, 206 y 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** contra el mencionado acto administrativo, a fin de que sea **DECLARADO NULO** por el superior jerárquico y, en consecuencia, **SE ORDENE SE ADMITAN** los medios probatorios ofrecidos y nuestra participación como terceros legitimados en el procedimiento.

II. ANTECEDENTES:

II.1. Con fecha 28 de diciembre de 2007, nuestra empresa presentó una denuncia contra la empresa Clarion Holding Ltda. y el señor Ross J. Beaty, por haber efectuado la toma de control absoluto de SIMSA, sin cumplir con la formulación de una Oferta Pública de Adquisiciones (OPA).

Concretamente, en dicho escrito **denunciamos** lo siguiente:

(i) La existencia de una actuación concertada entre Clarion Holding Ltda. y el señor Ross J. Beaty, al haber efectuado adquisiciones sucesivas, con diferencia de sólo segundos, con

¹ Artículo 206.- Facultad de contradicción
 206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.
 206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.
 206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

la finalidad de alcanzar conjuntamente más del 50% de participación en la compañía.

- (ii) La celebración de aproximadamente 870 contratos de donación de acciones, con el propósito ilícito y deliberado de forzar la conversión de SIMSA en una sociedad anónima abierta, con requisitos de quórum y mayorías más bajos para la adopción de acuerdos sociales.

Ambas circunstancias, motivadas por la colusión entre ambos denunciados, formaron parte de una estrategia fraudulenta destinada a tomar el control absoluto de SIMSA y defraudar la obligación legal de efectuar una OPA, tal como lo exigían la Ley de Mercado de Valores (LMV) y el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV No. 009-2006-EF/94.1.

- II.2. **Para acreditar los hechos descritos** en nuestra denuncia, en dicha oportunidad **ofrecimos**, entre otras cosas, la inspección de los principales registros de SIMSA (como sus Libros de Actas de Juntas de Accionistas y de Directorio y del Libro de Matrícula de Acciones).

Asimismo, mediante escrito presentado el 10 de enero de 2008, nuestra empresa **ofreció como medios probatorios**, una serie de exhibiciones, documentos y declaraciones testimoniales destinadas a comprobar la efectiva vulneración de la obligación legal de lanzar una OPA.

- II.3. Del mismo modo, a fin de efectuar una defensa plena y adecuada de nuestros derechos, mediante escrito de fecha 04 de enero de 2008 **solicitamos que nos permita el acceso al expediente administrativo**, pedido que fue dirigido a la Dirección de Emisores de CONASEV.

fl

Pese a ello, no se nos ha permitido el acceso al expediente, impidiéndonos conocer los descargos presentados por los denunciados, los documentos y medios de prueba que pueden haber presentado, así como la totalidad de los documentos obtenidos de oficio y como resultado de las diligencias realizadas por la propia Dirección de Emisores.

Esta privación de nuestro derecho de defensa fue advertida por nosotros nuevamente, mediante escrito del 27 de febrero de 2008, en el que denunciarnos que se nos estaba restringiendo el acceso a documentos esenciales para nuestra defensa.

- II.4. Por otro lado, con la finalidad de evitar que se consume un daño irreversible a nuestra empresa, mediante la adopción ilegal de acuerdos sociales lesivos de nuestros legítimos derechos como accionistas, con fecha 16 de enero de 2008 **solicitamos a la Dirección de Emisores que nos conceda una medida cautelar**, consistente en **(i)** la suspensión provisional de los derechos políticos inherentes a la totalidad de acciones en SIMSA, pertenecientes a los denunciados, y **(ii)** la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta; hasta que no se resuelva de manera definitiva nuestra denuncia.

Nuestro pedido fue reiterado mediante escrito de fecha 15 de febrero, sin que hasta la fecha se haya emitido un pronunciamiento al respecto, pese a la urgente necesidad de proteger nuestros derechos y a la clara amenaza de un perjuicio irreparable.

- II.5. Finalmente, mediante el acto administrativo materia de la presente impugnación, la Dirección de Emisores resolvió rechazar nuestros pedidos y nuestra participación procesal en el presente procedimiento. Como a continuación desarrollaremos, **esta decisión se basa en una lectura equivocada, ilegal e inconstitucional del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones.**

CONASEV 000000004

III. ERROR CONTENIDO EN EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO:

El Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 de fecha 28 de febrero de 2008 rechazó nuestro ofrecimiento de medios probatorios y nuestra participación procesal en el procedimiento administrativo, señalando lo siguiente:

"(...) con relación a su solicitud, le recordamos que de conformidad con lo establecido en el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, debemos indicar que el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte".

Consideramos que **la Dirección de Emisores incurrió en error al resolver nuestra solicitud en base al artículo 10-A del Reglamento de Sanciones**, toda vez que nuestra empresa no tiene únicamente la condición de denunciante en el presente procedimiento administrativo, sino que, de acuerdo a la Constitución y a las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene la condición de tercero legitimado y como tal debe permitírse nos un ejercicio pleno de nuestro derecho fundamental a un debido procedimiento administrativo -específicamente, en sus manifestaciones de: (i) derecho a ejercer la defensa de nuestros derechos e intereses legítimos, (ii) derecho a probar nuestras alegaciones, (iii) derecho a la igualdad procesal-.

IV. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES EL TRIBUNAL DEBE ACOGER NUESTRO PETITORIO:

IV.1. LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS DE NUESTRA EMPRESA, ESTÁN AFECTADOS DIRECTAMENTE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

- a. Como se desprende de los antecedentes descritos anteriormente, luego de formular nuestra denuncia, nuestra empresa ha presentado una serie de escritos ante la Dirección de Emisores, ofreciendo

CONASEV 000000005

medios de prueba, solicitando la tutela cautelar de nuestros derechos, y en general, solicitando -cuando menos- el acceso al expediente administrativo, invocando la existencia de un interés legítimo que se verá afectado directamente con lo que vuestra entidad resuelva.

- b. En efecto, pese a que el presente procedimiento es uno de carácter sancionador, debe advertirse que **la decisión que se emita no sólo afectará directamente la esfera jurídica de los denunciados**, en el supuesto de que se les aplique una sanción administrativa por vulneración del Reglamento de OPAS.

La decisión que eventualmente emita la Dirección de Emisores, y eventualmente el Tribunal de CONASEV, afectará directamente los intereses de nuestra empresa, pues la contravención de las normas aplicables a la toma de control de SIMSA, tendrá como posibles consecuencias la emisión de los siguientes mandatos:

- (i) Un mandato que obligue a Clarion Holding Ltda. y al Sr. Ross Beaty a efectuar una Oferta Pública de Venta de los valores ilegalmente adquiridos.
- (ii) Un mandato que obligue a Clarion Holding Ltda. a la realización de una OPA por un mínimo de hasta 24.999951% de las acciones comunes con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/.8.20, tal como ha sido sustentado en nuestra denuncia.

Esta segunda consecuencia de la decisión que se emita en éste procedimiento resulta de la mayor importancia, pues **en ella se aprecia con mayor claridad cómo nuestros derechos e intereses legítimos como accionistas de SIMSA, se verán directamente afectados con la decisión.**

En otras palabras, la consecuencia directa de que CONASEV concluya que los denunciados incumplieron la obligación de efectuar una OPA,

no será únicamente la aplicación de una sanción, sino la emisión de MEDIDAS CORRECTIVAS destinadas a restablecer la situación anterior a dicha vulneración; medidas que implicarán por lo tanto, la tutela inmediata de nuestros derechos como accionistas de SIMSA.

En ese sentido, el inciso L) del artículo 8° del Estatuto del Tribunal de CONASEV, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 30-2007-EF/94.10, reconoce esta facultad como una distinta a la de aplicar sanciones. Veamos:

«Artículo 8.- El Tribunal tiene las siguientes atribuciones:

()

*1. Disponer de oficio o a solicitud de parte medidas cautelares, **correctivas** vinculadas en los casos sometidos a su conocimiento.*

(...)

*Las medidas correctivas que disponga el Tribunal, sin perjuicio de las que correspondan a las direcciones respectivas, **obligan a realizar un acto, o el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Las medidas correctivas tienen por propósito revertir, minimizar las consecuencias o efectos negativos que se producen al incurrirse en infracciones administrativas, o subsanar o revertir la situación alterada por la infracción.** Pueden ser de cargo del infractor o de un tercero administrado bajo la competencia de CONASEV.»* (El énfasis es nuestro)

Por el contrario, si la CONASEV determinase que no hubo incumplimiento alguno a dicha normativa especial, la única consecuencia no será la inexistencia de sanción alguna. **Ello significará también que nuestros derechos, que el Reglamento de OPAS tiene por finalidad proteger, no se verán tutelados mediante la aplicación de medidas correctivas que elimnen los efectos negativos de la vulneración.**

- c. Como es evidente entonces, nuestra empresa tiene un interés directo en lo que se resuelva en el presente proceso, pues de ello depende en gran medida, que nuestros derechos como accionistas gocen de

protección por parte de la Autoridad administrativa encargada de hacer cumplir la ley.

De manera específica, **nuestra empresa tiene un INTERÉS DIRECTO en que se logre acreditar los hechos que denunciemos, lo que lleva aparejado el reconocimiento de una serie de facultades de actuación procesal** para alegar, para participar en la probanza de los hechos que alegamos, para contradecir los argumentos y explicaciones de los denunciados, para oponernos y tachar sus medios de prueba, y en general, para realizar al interior del procedimiento, todos aquellos actos que nos permitan generar en la autoridad administrativa la convicción de que nuestros derechos han sido vulnerados y que deben ser reestablecidos.

Repetimos, **el fundamento de todas esas facultades procesales, se derivan del HECHO INCONTESTABLE de que nuestra esfera jurídica se verá afectada, DE MANERA DIRECTA E INMEDIATA, con lo que se resuelva en este procedimiento**, más allá de que una de las consecuencias de verificar el desconocimiento de la norma especial, sea la aplicación de una sanción administrativa a los denunciados.

- d. Pese a ello, y sin la más mínima consideración de tales cuestiones, que además resultan evidentes, mediante **Oficio No. 987-2008-EF/94.06.03** de fecha 28 de febrero último, la Dirección de Emisores de CONASEV nos ha comunicado que nuestra empresa *«no se encuentra habilitada para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte»*.

De esta manera, el órgano administrativo encargado de tramitar la investigación preliminar de los hechos afirmados en nuestra denuncia, **nos ha negado arbitrariamente** la posibilidad de efectuar la defensa de nuestros derechos en el presente procedimiento, en condiciones de plena igualdad, así como de utilizar para ello todos los medios y mecanismos procesales pertinentes,

CONASEV 000000008

desde su expresión más básica consistente en la posibilidad de acceder al expediente administrativo, hasta la posibilidad de acudir a las diligencias de declaraciones testimoniales, entre otros.

Esta decisión fue sustentada por la Autoridad Administrativa, en la aplicación literal del **artículo 10-A del Reglamento de OPA**, norma cuya aplicación en esos términos resulta **manifiestamente inconstitucional e ilegal**, como pasamos a detallar a continuación.

IV.2. NO SOMOS MEROS DENUNCIANTES: TENEMOS LA CONDICIÓN DE TERCEROS ADMINISTRADOS

- a. Como ya ha sido adelantado en el acápite anterior, nuestra condición de terceros administrados en el presente procedimiento se desprende del hecho que el acto administrativo a ser emitido al finalizar el procedimiento, puede afectar nuestro derecho a la prima de control, dado que los denunciados debieron realizar una OPA Posterior, y ofrecernos a todos los accionistas la compra de nuestras acciones a igual o mayor precio que el adquirido en la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima.

Así, según lo previsto en los artículos 51 ⁽²⁾ y 60 ⁽³⁾ de la LPAG, **aquellos terceros administrados cuyos derechos o intereses**

² Artículo 51.- Contenido del concepto administrado
Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:
1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

³ Artículo 60.- Terceros administrados
60.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.
60.2 Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.
60.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.

legítimos (4) puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida en el procedimiento administrativo, pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.

De lo contrario, el acto definitivo del procedimiento en el que se haya dejado en indefensión a los terceros legitimados adolecería de vicios que generarían su nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la LPAG.

En el presente caso, tal y como hemos expuesto, es evidente que tenemos interés legítimo en el resultado del presente procedimiento administrativo, dado que, la contravención de CLARION y el señor ROSS J. BEATY a las normas de Oferta Pública de Adquisición nos afecta en forma directa. Toda vez que, según el artículo 6 inciso b) del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición, los denunciados debieron realizar una OPA Posterior, y ofrecernos a todos los accionistas la compra de nuestras acciones a igual o mayor precio que el adquirido en la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima.

En ese sentido, **la no realización de esta opa posterior vulnera nuestro derecho de acceso a la prima de control e igualdad entre los accionistas**, recogido en el mencionado Reglamento.

- b. De acuerdo a lo expuesto y a lo previsto en el artículo 179 de la LPAG, nuestra empresa tiene derecho a participar en la interrogación a los denunciados y otros, porque dicha audiencia de actuación probatoria afecta nuestro legítimo interés. En efecto, según lo

⁴ Respecto al interés legítimo, la doctrina especializada en la materia ha señalado que: *"Por interés legítimo entenderemos aquel que resulta jurídicamente amparable por las normas positivas, por contraste con otros intereses respetables, pero en los que el Estado y el Derecho no comprometen su coerción y coacción. (...) la acepción de "interés legítimo", no es de carácter ético sino jurídico: tiene que accionarse o contestarse en función de un interés legalmente posible. Esto conduce a otra conclusión evidente: el interés legalmente posible. Esto conduce a otra norma positiva concreta (o por alguna otra de las fuentes de derecho conocida)"* (RUBIO CORREA, Marcial. "El Interés Subjetivo" En: Tratado de Derecho Civil, Título Preliminar, Tomo I. Ed. Universidad de Lima. Primera Edición, Lima octubre de 1990, pag. 259-262).

previsto en el artículo 179 ⁽⁵⁾ de la LPAG, en las actuaciones probatorias que afecten a terceros, los terceros tienen el deber, y se entiende derecho, de colaborar para la prueba de los hechos.

En tal sentido, según lo previsto en el inciso 3 del artículo 132 ⁽⁶⁾ de la LPAG, la audiencia programada para el día de mañana debe ser suspendida y debe prorrogarse el plazo para que se realice, hasta que CONASEV resuelva que nuestra empresa, al tener legítimo interés, tiene derecho de participar en dicha audiencia.

- c. Ahora bien, respecto a lo dispuesto en el artículo 10-A ⁽⁷⁾ del Reglamento de Sanciones e Infracciones de la Ley de Mercado de

⁵ Artículo 179.- Actuaciones probatorias que afecten a terceros
Los terceros tienen el deber de colaborar para la prueba de los hechos con respeto de sus derechos constitucionales.

⁶ Artículo 132.- Plazos máximos para realizar actos procedimentales
A falta de plazo establecido por ley expresa, las actuaciones deben producirse dentro de los siguientes:
1. Para recepción y derivación de un escrito a la unidad competente: dentro del mismo día de su presentación.
2. Para actos de mero trámite y decidir peticiones de ese carácter: en tres días.
3. Para emisión de dictámenes, peritajes, informes y similares: dentro de siete días después de solicitados; puediendo ser prorrogado a tres días más si la diligencia requiere el traslado fuera de su sede o la asistencia de terceros.
4. Para actos de cargo del administrado requeridos por la autoridad, como entrega de información, respuesta a las cuestiones sobre las cuales deban pronunciarse: dentro de los diez días de solicitados.

⁷ Artículo 10 A.- DE LA RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS
El procedimiento sancionador en CONASEV se inicia de oficio con la notificación que el Órgano Instructor cursa al posible sancionado informándole de este hecho y formulándole el o los cargos respectivos con los requisitos que establece la ley. Se tramita de manera independiente a cualquier otro procedimiento administrativo.
Sin perjuicio de lo anterior, todo administrado está facultado para denunciar ante los Órganos Instructores aquellos hechos que conociera que pudieran constituir infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, Ley de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como a sus normas reglamentarias, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto en el procedimiento;
Los Órganos Instructores realizarán las indagaciones preliminares sobre la denuncia presentada, dentro de la fase reservada de la investigación, para lo cual podrán solicitar a los administrados denunciados que les remitan la información referida al caso denunciado. El órgano instructor, en tales casos le otorgará como plazo mínimo para la remisión de la información cinco días (5) y como máximo quince (15) días a partir de la notificación de la solicitud. El plazo puede ser prorrogado por los Órganos Instructores, dependiendo de la dificultad del caso;
La actuación de la autoridad no obliga a los Órganos Instructores a iniciar el procedimiento sancionador. En caso no procediera la iniciación del procedimiento, los Órganos Instructores deberán comunicar este hecho al denunciante;
El denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, tales como pedir la actuación de pruebas, solicitar

Valores ⁽⁸⁾, es evidente que dicho artículo se refiere a los denunciantes que no poseen legítimo interés en la decisión final, es decir, a aquellos terceros que son simplemente denunciantes, lo que no sucede en el presente caso.

De acuerdo a lo previsto en dicho artículo, así como a lo señalado en el artículo 105 de la LPAG, la sola denuncia no convierte al denunciante en sujeto del procedimiento ni obliga a los Órganos Instructores a iniciar el procedimiento sancionador respectivo, por lo que, el denunciante no tiene ningún derecho procesal de parte, tales como pedir la actuación de pruebas, solicitar informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores, o impugnar la decisión final.

Sin embargo, tal y como hemos demostrado, en el presente caso no somos simples denunciantes sino que tenemos la calidad de terceros legitimados, por lo que el artículo 10-a no nos resulta aplicable. En tal sentido, nuestra empresa tiene derecho de participar en todos los actos del presente procedimiento administrativo y a ser notificada con todas las actuaciones y decisiones de la autoridad, de lo contrario, la decisión final sería nula por la consolidación de nuestra afectación a nuestro derecho a un debido procedimiento administrativo, como a continuación veremos.

IV.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO VULNERA MANIFIESTAMENTE NUESTRO DERECHO A UN DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EN SUS MANIFESTACIONES DE DERECHO A LA DEFENSA, DERECHO A LA PRUEBA Y DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL

informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores sea durante las actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador, como una vez iniciado éste;

Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador."

8

Resolución CONASEV N° 055-2001-EF-94.10

Como se sabe, el derecho fundamental a un debido proceso se encuentra recogido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución ⁽⁹⁾, en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional ⁽¹⁰⁾, así como en una serie de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte ⁽¹¹⁾.

Específicamente, la manifestación adjetiva o procesal de este derecho, representa un derecho complejo de carácter procesal, toda vez que está conformado por un conjunto de derechos. Como destaca el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN, estos derecho integrantes o conformantes del debido proceso adjetivo o procesal son "(...) *derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o*

⁹ **Constitución Política de 1993**
"Artículo 139.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
 (...) *3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".*

¹⁰ **Código Procesal Constitucional**
"Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales
 (...) *Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad penal".*

¹¹ **Convención Americana sobre Derechos Humanos**
"Artículo 8.- Garantías Judiciales
 1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*

Sobre este artículo la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** señaló en su sentencia de fecha 23 de junio de 2005, emitida en el Caso Yatama, lo siguiente:

*"148. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar 'las debidas garantías' que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al **debido proceso**" (énfasis agregado).*

procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho – incluyendo al Estado– que pretenda hacer uso abusivo de éstos” (12).

Al respecto, es importante destacar que el respeto al derecho fundamental a un debido proceso **es plenamente exigible en los procedimientos administrativos** (debido procedimiento administrativo), como tantas veces lo ha reiterado el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en la **STC N° 08605-2005-AA de fecha 14 de noviembre de 2005**, el Tribunal señaló lo siguiente:

*“13. (...) Se reitera que el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. **El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto - por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente protegidos en 'el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución'**” (énfasis agregado).*

Pues bien, en las líneas que siguen demostraremos cómo la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones en nuestro caso concreto, afecta derechos integrantes de nuestro derecho fundamental a un debido procedimiento administrativo. Específicamente nos referimos a los derechos fundamentales de defensa y a la prueba, haciendo necesario que el Tribunal de CONASEV **declare nulo** el acto administrativo lesivo, de acuerdo a las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho.

IV.3.1. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10-A DEL REGLAMENTO DE SANCIONES VULNERA NUESTRO DERECHO DE DEFENSA

- a. El derecho de defensa constituye uno de los elementos integrantes del **derecho fundamental a un debido procedimiento**

¹² BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”. Lima: ARA. 2001. pp. 207-208.

administrativo o procedimiento justo, que se encuentra reconocido en el numeral 14 del artículo 139 de la Constitución, de la siguiente manera:

"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa, en ningún estado del proceso" (énfasis agregado).

- b. Al respecto, el profesor CAROCCA PÉREZ se ocupa de establecer que el derecho de defensa presenta un contenido positivo (genéricamente definido como la *intervención en el proceso*) y uno negativo (genéricamente definido como la *prohibición de indefensión*).

Respecto del primero, consiste en una serie de facultades de las partes –entendido como sujetos con interés en la controversia y a los que se les extenderá los efectos de la decisión⁽¹³⁾– que se encuentran garantizadas por este derecho, concretamente, las de tomar conocimiento de la existencia del proceso; formular sus alegaciones; contradecir las de las otras partes; probar las que estime pertinente; todo con la seguridad que dicha actividad será tomada en cuenta por el Juzgador⁽¹⁴⁾. Respecto al segundo, precisa el autor que la prohibición de indefensión se refiere a la prohibición de los efectos producidos por la violación de la garantía de defensa⁽¹⁵⁾, lo que conllevará –como toda vulneración al derecho a un debido procedimiento administrativo– la nulidad de la actuación administrativa⁽¹⁶⁾.

- c. Coincidentemente, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en

¹³ CAROCCA PÉREZ, Alex. "Garantía Constitucional de la Defensa Procesal". Barcelona: BOSCH. 1998. pp. 90-91.

¹⁴ Ibid. pp. 187-188.

¹⁵ Ibid. p. 358.

¹⁶ Ibid. pp. 404-444.

la **STC N° 06648-2006-HC** de fecha **14 de marzo de 2007**, lo siguiente respecto al derecho de defensa:

*"4. (...) en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. **El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos"** (énfasis agregado).*

- d. Es por ello que la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones ha supuesto la afectación de nuestro derecho de defensa al negarnos la posibilidad de **acceder al expediente administrativo** y de **formular nuestras alegaciones**.

En efecto, el respeto a nuestro derecho a un debido procedimiento administrativo exige que se nos dé debida y oportuna noticia de los escritos, resoluciones y demás actuaciones procesales acaecidas dentro del procedimiento administrativo iniciado por nuestra denuncia y, asimismo, la posibilidad de acceder al expediente administrativo.

Como resulta evidente, **solo un cabal conocimiento del procedimiento permite a los interesados ejercer adecuadamente su derecho de defensa**, específicamente, nos referimos aquí a la facultad de formular todas las alegaciones que estimemos pertinentes para sostener nuestra posición en la controversia.

Y es que, como ya ha sido destacado, nuestra empresa no sólo ostenta una posición de denunciante en este procedimiento administrativo -condición que de por sí debiera bastar para participar, tal y como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional

CONASEV 000000016

Español ⁽¹⁷⁾-, sino que tiene un interés directo en las medidas correctivas que se puedan aplicar como consecuencia de ello (Oferta Pública de Venta y OPA). En ese sentido, resulta claro que debe permitírse nos absolver la contestación de los denunciados, participar en las actuaciones procesales y, eventualmente, impugnar la decisión del órgano instructor.

IV.3.2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10-A DEL REGLAMENTO DE SANCIONES VULNERA NUESTRO DERECHO A PROBAR

- a. Otro de los derechos fundamentales aplicable también en sede administrativa, es el **DERECHO A PROBAR**, que junto con los demás elementos que forman parte del debido proceso, cumple la función de **impedir que la libertad y los derechos materiales de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o de un procedimiento** ⁽¹⁸⁾.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el **derecho a probar** como parte del debido proceso, de la siguiente manera:

"El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural-jurisdicción predeterminada por la ley-, de defensa, a la pluralidad de Instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones" ⁽¹⁹⁾ (énfasis agregado).

- b. Como parte del derecho a un debido proceso, el derecho a probar o a los medios de prueba (como lo ha definido el Tribunal en la jurisprudencia citada) busca garantizar que todas las decisiones

¹⁷ STC 171/1988, de 30 de septiembre de 1988. *Apud.* CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit. p. 202. Nota 626.

¹⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo". Lima: ARA. 2001. p. 50.

¹⁹ STC 0858-2001-AA/TC emitida el 15 de agosto de 2002.

tomadas por una autoridad jurisdiccional sean objetivamente justas. Esto implica básicamente dos cosas:

- (i) En primer lugar, **que las decisiones que se tomen en un proceso no sean arbitrarias**, es decir, que no sean un simple producto de mera voluntad del Juzgador, sino una derivación razonada del derecho vigente **en relación con las circunstancias comprobadas del caso** y;
- (ii) En segundo lugar (como un imperativo unido al anterior), **que dichas decisiones no sean absurdas**; es decir, cuando el Juzgador llega a conclusiones erradas, ilógicas o irreales por no haber apreciado o percibido adecuadamente los hechos o el material probatorio o por haberles dado una significación distinta al que razonablemente les correspondía, independientemente de que su razonamiento haya sido formalmente correcto ⁽²⁰⁾.

En ese sentido, el profesor Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN destaca que:

*"Lo verdaderamente importante es que ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos, de ahí que **toda la actividad probatoria (en especial, su fase valorativa) debe estar encaminada a la búsqueda de la verdad objetiva.** Esto es, que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, **sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos** y en el Derecho, con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica"⁽²¹⁾ (Énfasis agregado).*

- c. El derecho a probar, a su vez, puede ser dividido en una serie de derechos que conforman su contenido esencial. La Corte Suprema y

²⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El derecho a probar...". Op. Cit. p. 66.

²¹ Ibid. pp. 292-293.

el Tribunal Constitucional, respectivamente, se han pronunciado de la siguiente manera:

*"el contenido esencial del **derecho a probar** consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se **admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa** (...)"*⁽²²⁾ (énfasis agregado).

*"El contenido del derecho a la prueba se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean **admitidos**, adecuadamente **actuados**, que se asegure la **producción o conservación** de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean **valorados** de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia"*⁽²³⁾ (énfasis agregado).

Como se puede seguir, **el derecho a probar COMPRENDE EL DERECHO A OFRECER MEDIOS PROBATORIOS, QUE ÉSTOS SE ADMITAN, SE ACTÚEN, SE CONSERVEN Y SE VALOREN EN FORMA ADECUADA Y MOTIVADA** en el procedimiento administrativo seguido en este caso.

- d. En ese sentido, debe apreciarse que la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones a nuestra empresa, por parte de la Dirección de Emisiones en el presente caso, vulnera manifiestamente nuestro derecho a la prueba y, por lo tanto, debe ser declarado nulo el acto administrativo cuestionado.

Nótese que pese a que el procedimiento administrativo debiese estar orientado a descubrir la verdad objetiva de la denuncia y a que nuestra empresa tiene la condición de denunciante, **la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones lleva al absurdo, y por lo tanto a la arbitrariedad, de impedirnos participar en la**

²² Considerando Primero de la **Casación No. 261-99**.

²³ **STC 6712-2005-HC/TC** de fecha 17 de octubre de 2005.

prueba, i justamente a nosotros quienes nos encontramos en la mejor posición para aportar elementos al procedimiento que demuestren la infracción de los denunciados!

Al respecto, queremos enfatizar que no se trata únicamente del hecho de que se nos impida ofrecer medios probatorios pese a nuestro interés directo en los efectos de la decisión y nuestra condición de denunciantes, **sino que se impide nuestro derecho a contradicción en materia probatoria.** Como explica BUSTAMANTE ALARCÓN:

"(...) en materia probatoria el principio de contradicción exige, como requisito de validez (o por lo menos, de eficacia de la prueba), que ésta haya sido producida con conocimiento del sujeto procesal contra quien se quiere hacer valer y que éste haya tenido oportunidad razonable para fiscalizarla o discutirla. Implica el derecho de las partes, y de los terceros legitimados a intervenir en la actividad probatoria, a tomar conocimiento oportuno de los medios de prueba ofrecidos, admitidos e incorporados de oficio por el juzgador, así como el derecho de intervenir en su práctica o actuación, sea para cuestionarlos o discutirlos -de ser el caso- e incluso para analizarlos con el propósito de hacer presente al juzgador su grado de fuerza o valor probatorio".

Así, nuestra exclusión del procedimiento impide que podamos cuestionar o pronunciarnos respecto a los medios de prueba con los cuales los denunciados pretendan contradecir los términos de nuestra denuncia.

Finalmente, se afecta directamente nuestro derecho a participar en la actuación de los medios probatorios como, por ejemplo, en la diligencia de declaraciones testimoniales , con preguntas y repreguntas que serían de utilidad para resolver la controversia y garantizarían que no se lesione nuestro interés en la decisión del caso.

CONASEV 000000020

IV.3.3. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10-A DEL REGLAMENTO DE SANCIONES VULNERA NUESTRO DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL

- a. Tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional el **DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL** se deriva de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

Así en la **STC N° 06135-2006-AA de 19 de octubre de 2007** el Supremo Intérprete de la Constitución señaló lo siguiente:

*"El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, Inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, **todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra.** Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como 'debido'" (énfasis agregado).*

- b. En efecto, la plena vigencia del derecho de defensa exige que su titular pueda ejercitarlo *i)* de manera efectiva, y *ii)* **en condiciones de plena IGUALDAD.**

En otras palabras, que más allá de las formalidades procesales, existan condiciones iguales entre las partes interesadas que se verán afectadas por la decisión que resuelva la controversia, **para la defensa de sus derechos e intereses.** En ese orden de ideas, el profesor colombiano DEVIS ECHANDÍA señala lo siguiente:

*"Dos consecuencias se deducen: 1) **La de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene su fundamento en la máxima "audiatur es altera pars", que viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y (...)**2) Que no son aceptables los procedimientos privilegiados (...) **Pero debe procurarse que esa igualdad en el proceso sea real y no simplemente teórica. Para***

ello se debe procurar la oportunidad de verdadera defensa (...)e imponiendo al Juez el deber de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que el Código le otorga" (El resaltado es nuestro)²⁴

Asimismo, respecto a la exigencia de igualdad de condiciones, el profesor español FAIREN GUILLÉN concuerda de la siguiente manera:

"Es fundamental el derecho de contradicción o audiencia (derecho de defensa). A cada una de las partes debe concederse una cantidad -y calidad-de "oportunidades" para intervenir, atacando, defendiéndose, probando, etc, que sea igual para ambas -isonomía procesal-. A cada "acción", una posibilidad de "reacción". (...) De esta contradicción deriva el principio de igualdad entre las partes"(el resaltado es nuestro) (25)

- c. En ese sentido debe apreciarse que la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones lesiona nuestro derecho a la igualdad procesal en la medida que impide que impugnemos decisiones contrarias a nuestros intereses, mientras que el denunciado sí tiene esta posibilidad, de acuerdo al Reglamento de Sanciones.

V. AGRAVIO

El acto administrativo impugnado a través del presente Recurso de Apelación lesiona severamente nuestros derechos fundamentales, en tanto ha sido dictado vulnerando reglas esenciales mínimas que determinan la existencia de un debido proceso. Específicamente, lesiona nuestros derechos de defensa, a la prueba e igualdad procesal, dejándonos en un estado de indefensión. Lo que además nos ocasiona perjuicios materiales efectivos, pues al no permitirse nuestra participación procesal, se mantiene la vulneración efectuada por los denunciados, afectándose además a la decisión final.

POR TANTO:

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 56.

²⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Barcelona: BOSCH, 1990, p. 36

A LA DIRECCIÓN PEDIMOS: Se sirva admitir el presente recurso, elevar nuestro pedido al Tribunal de CONASEV, y suspender las actuaciones del presente procedimiento hasta que dicho pedido sea resuelto, conforme a ley.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, en base a los fundamentos antes expuestos:

SOLICITAMOS A VUESTRA DIRECCIÓN SUSPENDA LA TRAMITACIÓN DE CUALQUIER DILIGENCIA O ACTUACIÓN PROGRAMADA EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO, HASTA QUE EL SUPERIOR JERÁRQUICO RESUELVA EL PRESENTE ESCRITO A EFECTOS DE EVITAR UNA LESIÓN IRREVERSIBLE DE NUESTROS DERECHOS. Toda vez que nuestra no participación en la misma, decretada en el Oficio impugnado, consolidaría la lesión a nuestros derechos fundamentales, debido a nuestra condición de terceros legitimados, generando una causal de nulidad del procedimiento.

En tal sentido, según lo previsto en el inciso 3 del artículo 132 de la LPAG, la audiencia programada para el día de mañana debe ser suspendida y debe prorrogarse el plazo para que se realice, hasta que CONASEV resuelva que nuestra empresa, al tener legítimo interés, tiene derecho de participar en dicha audiencia.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, en el supuesto negado que el Tribunal resolviese desestimar nuestra apelación, bajo el entendido que el artículo 10-A efectivamente excluye a todos los denunciados, así sean terceros administrados, **SOLICITAMOS** de forma subordinada, de conformidad con lo establecido en los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución, y de lo señalado en el **precedente vinculante** aprobado mediante **STC N° 03741-2004-AA** de fecha 14 de noviembre de 2005, y su resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006 (Caso Ramón Salazar Yarlenqué); la **INAPLICACIÓN** de lo dispuesto en el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones de CONASEV, por tratarse de una norma que vulnera **de manera manifiesta** nuestros derecho a un debido procedimiento administrativo, en

CONASEV 000000023

sus manifestaciones de: (i) derecho a ejercer la defensa de nuestros derechos e intereses legítimos, (ii) derecho a probar nuestras alegaciones, (iii) derecho a la igualdad procesal.

Nuestro pedido encuentra sustento en los argumentos expuestos en el Acápite IV del presente escrito y en los que a continuación se desarrollan:

DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CONASEV PARA EJERCER EL CONTROL DIFUSO, E INAPLICAR LA NORMA INVOCADA

1. Finalmente, debemos señalar que la competencia para efectuar el control difuso de una norma de rango legal, ya ha sido reconocida a la Administración, mediante el **precedente vinculante** emitido en la **STC N° 03741-2004-AA** de fecha 14 de noviembre de 2005, y su resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006, en el conocido Caso Ramón Salazar Yarlénqué.

En efecto, en dicha sentencia constitucional, nuestro Tribunal Constitucional no sólo estableció que ello era una facultad de la Administración, **SINO QUE NOS ENCONTRÁBAMOS ANTE UNA VERDADERA OBLIGACIÓN** de los Tribunales Administrativos y órganos colegiados, de preferir la Constitución ante cualquier otra norma de rango infraconstitucional que la vulnerase de manera manifiesta, sea por la forma o por el fondo, como en este caso.

Así, en el considerando No. 50 de dicha sentencia, se estableció la siguiente regla:

*«Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y **el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo**, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución.»*



CONASEV 000000024

2. Sin embargo, la exigencia de aplicar el control difuso en sede administrativa se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas **condiciones**, que fueron establecidas en el propio precedente vinculante y en su resolución aclaratoria, y que son las siguientes:

- a) **El examen de constitucionalidad debe ser relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo** (*fundamento jurídico No. 50 del precedente vinculante*)

En el presente caso, se trata de un examen de constitucionalidad que resulta central, pues una controversia que involucra los derechos e intereses legítimos de otros administrados distintos del denunciado (como ocurre en este procedimiento, como hemos visto), no puede ser válidamente decidida sin participación.

Ello es evidente, pues la decisión que afectará de manera directa e inmediata nuestra esfera jurídica, y que será emitida en este procedimiento, sólo podrá ser válida si se nos permite ejercer en su interior, todas las facultades de actuación procesal que la Constitución nos reconoce, pues de lo contrario, se estaría generando una situación de indefensión constitucional que viciaría por completo la decisión.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la importancia de nuestra participación para verificar la situación de colusión que hemos denunciado, pues nuestra parte está en una mejor posición –y tiene además un interés directo– para probar tales hechos, lo que beneficiará la obtención de la verdad material que es la finalidad del procedimiento.



- b) **La norma cuya inaplicación se solicita, no debe poderse interpretar conforme a la Constitución** (fundamento jurídico No. 50 del precedente vinculante).-

Este segundo requisito tiene por finalidad promover que la inaplicación de una norma mediante el control difuso sea la última opción, a la que no debe llegarse cuando la norma pueda ser interpretada de manera armónica con el texto constitucional.

Ahora bien, el requisito en mención se cumple de manera evidente, pues **el artículo 10-A es tajante en negar cualquier derecho procesal al denunciante**, cuando afirma lo siguiente:

«(...)El denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, tales como pedir la actuación de pruebas, solicitar informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores sea durante las actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador, como una vez iniciado éste;

*Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, **no podrán ser impugnadas por el denunciante** al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador.»* (El resaltado es nuestro)

Así, la norma no deja lugar a ninguna interpretación que sea capaz de armonizarla con el respeto de nuestros derechos fundamentales integrantes del debido procedimiento administrativo, específicamente, con nuestros derechos de defensa, nuestro derecho a probar y nuestro derecho a la igualdad procesal.

- c) **El control difuso sólo podrá ser realizado por tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados** (fundamento jurídico N° 04 de la resolución aclaratoria)

En el presente caso, el artículo 1° de la Ley Orgánica de CONASEV, aprobada mediante Decreto Ley N° 26126²⁶, confirma la CONASEV es una institución adscrita al Poder Ejecutivo, y específicamente, **al Sector Economía y Finanzas.**

En lo que se refiere al Tribunal de CONASEV, el artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones de esta Entidad, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007, reconoce que se trata de un órgano que **imparte justicia administrativa**, al resolver las denuncias y reclamaciones, e imponer las sanciones que corresponden por el incumplimiento de la normativa especial que regula el mercado de valores²⁷.

CONASEV 000000027

²⁶ **«Artículo 1 ° DEFINICION.**-La Comisión Nacional Supervisor de Empresa y Valores - CONASEV, es una Institución Pública del Sector Economía y Finanzas cuya finalidad es promover el mercado de valores, velar por el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa y económica, Rige su funcionamiento de acuerdo a las disposiciones que contiene el presente Decreto Ley.»

²⁷ **«Artículo 10 ° .- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO .-**El Tribunal Administrativo es un órgano colegiado encargado de resolver denuncias y reclamaciones, excepto aquellas cuya resolución corresponde a las instancias que tengan facultades delegadas, e imponer sanciones referidas al incumplimiento de la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, leyes sobre fondos colectivos, y demás normas bajo la competencia de CONASEV, así como sus normas reglamentarias.

Asimismo, el Tribunal Administrativo es el encargado de resolver los reclamos relacionados con las obligaciones de protección de accionistas minoritarios de las sociedades anónimas abiertas consideradas en la Ley General de Sociedades e imponer las sanciones correspondientes.»

Por último, no sabe duda alguna que la competencia del Tribunal de CONASEV tiene alcance nacional, pues no existen una multiplicidad de tribunales administrativos con competencias idénticas, con un ámbito territorial restringido, sino un único Tribunal Administrativo encargado de resolver las denuncias y reclamos referidos al incumplimiento de la normativa especial del mercado de valores, con lo cual este tercer requisito queda absolutamente acreditado.

- d) **El control difuso debe efectuarse a pedido de parte, y su procedencia debe evaluarse con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados** (*fundamento jurídico N° 07 de la resolución aclaratoria*)

Por otro lado, en este caso es nuestra parte la que está solicitando que el Tribunal Administrativo de CONASEV realice un control difuso del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, luego de apreciar que en nuestro caso concreto, su aplicación deviene en inconstitucional, porque lo que se resuelva repercutirá de manera directa e inmediata sobre nuestra esfera jurídica.

Asimismo, debemos recordar que la exigencia de razonabilidad en este caso, impone al Tribunal de CONASEV el deber de apreciar las particulares circunstancias que rodean cada caso concreto, a efectos de establecer si procede o no el control difuso que se solicita.

En este caso, la inaplicación del artículo 10-A en cuestión resulta totalmente razonable, habida cuenta que su aplicación en nuestro caso nos colocará en una situación grave de indefensión que invalidará la decisión que pueda emitirse sin

nuestra participación, pues como hemos dicho, ella afectará indudablemente nuestra esfera jurídica.

Asimismo, debe ponderarse los beneficios que se obtendrían con la inaplicación de la medida, con los posibles perjuicios que se causaría al resto de partes involucradas en el procedimiento.

Al respecto, es claro que la aplicación del artículo 10-A a nuestro caso concreto significaría causar un grave perjuicio a nuestros derechos constitucionales, frente a la presunción de inocencia que seguiría protegiendo la situación de los denunciados.

Sin embargo, debe apreciarse que en el caso contrario, es decir, **de optarse por un control difuso del citado artículo 10-A, la situación de los denunciados no empeoraría en nada**, pero en cambio sí mejoraría diametralmente la situación de nuestra empresa, quien podría ejercer plenamente las facultades procesales de defensa de sus intereses (alegación, prueba, oposición, etc.) en el presente procedimiento.

En consecuencia, al tratarse de una opción que **genera beneficios para los derechos fundamentales de una de las partes, sin implicar un perjuicio para la otra**, es claro que la inaplicación de la norma resulta ser la opción más razonable, frente a la opción de su aplicación.

- e) **No procede inaplicar vía control difuso, una ley o reglamento cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un procesos constitucional** (*fundamento jurídico N° 08 de la resolución aclaratoria*)

Finalmente, debemos señalar que la norma cuya inaplicación solicitamos en este caso, es el artículo 10-A del Reglamento de



Sanciones, que no ha sido objeto de ningún proceso de control de su constitucionalidad, por lo cual no existe impedimento alguna para que el Tribunal de CONASEV pueda disponer su inaplicación a este caso concreto.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que, acompaño el recibo correspondiente a la tasa administrativa por concepto de recurso de apelación.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que, adjuntamos copias suficientes del presente escrito, debidamente firmadas.

Lima, 05 de marzo de 2008.



Eduardo Ferrero Costa

TALINGO CORPORATION

CONASEV 000000030



Miraflores, 19 de junio de 2008

MEMORANDUM N° 1758-2008-EF/94.04.1

A : Señor Carlos Rivero Zevallos
Gerente General (e)

DE : Señora Liliana Gil Vásquez
Asesora Jurídica

REF. : Expediente N° 2007036571

ASUNTO : Recurso de Apelación interpuesto por Talingo Corporation contra el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores.

Nos dirigimos a usted, a efectos de someter a su consideración la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica relacionada con el recurso de apelación interpuesto por el señor Eduardo Ferrero Costa en representación de Talingo Corporation, en adelante TALINGO, contra el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 emitido por la Dirección de Emisores.

I. ANTECEDENTES.-

1.1 Con fecha 28 de diciembre del 2007, TALINGO formuló denuncia contra la empresa Clarion Holding Ltda. y el Sr. Ross J. Beaty, por una presunta toma de control de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha (SIMSA) sin haber cumplido con la realización de una Oferta Pública de Adquisición.

1.2 Posteriormente, mediante Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 la Dirección de Emisores comunicó a TALINGO lo siguiente :

"...cumplimos con informarle que esta Dirección viene realizando de oficio las investigaciones pertinentes dentro del ejercicio de las facultades conferidas a efectos de determinar la existencia de la presunta infracción alegada a las normas que regulan la oferta pública de adquisición.

Sin perjuicio de lo anterior y con relación a su solicitud, le recordamos que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 –A del Reglamento de Sanciones, debemos indicar que el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.

1.3 Contra la declaración contenida en el oficio anteriormente citado TALINGO formuló, al amparo de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante la LPAG, recurso de apelación solicitando se declare (i) la nulidad del acto administrativo por el superior jerárquico, (ii) se admitan todos los medios probatorios ofrecidos y (iii) su participación como terceros legitimados en el procedimiento administrativo.

Fundamenta su recurso señalando, concretamente, lo siguiente:

- El 04 de enero del 2008, se presentó una solicitud a la Dirección de Emisores de CONASEV, para que se conceda el acceso al expediente administrativo con la finalidad de conocer todos los documentos y medios de prueba que presenten los denunciados en sus descargos,



así como la totalidad de documentos obtenidos como resultado de las diligencias de la Dirección de Emisores.

- El 10 de enero del 2008, se presentaron medios probatorios que sustentan la denuncia.
- El 16 de enero del 2008, se presentó una solicitud a la Dirección de Emisores para que se conceda una medida cautelar.
- El 27 de febrero del 2008, se denunció el perjuicio a nuestro derecho de defensa debido a la restricción al acceso de los documentos del expediente.

De los derechos e intereses legítimos afectados directamente en el procedimiento.

TALINGO señala que la decisión que emita CONASEV en el procedimiento administrativo afectará directamente sus intereses; pues en caso de que se determine la infracción de las normas del mercado de valores aplicables a la toma de control, se tendrá como posibles consecuencias la emisión de los siguientes mandatos:

- (a) Mandato que obligue a los infractores efectuar una Oferta Pública de Venta de los valores ilegalmente adquiridos; y,
- (b) Un mandato que obligue a los infractores efectuar una Oferta Pública de Adquisición por un mínimo de hasta 24.999951% de las acciones comunes con derecho a voto, por un precio no menor a S/ 8.20.

Además de la sanción, CONASEV deberá aplicar las Medidas Correctivas destinadas a restablecer la situación anterior a la vulneración de nuestros derechos, en cumplimiento del inciso "L" artículo 8° del Estatuto del Tribunal de CONASEV ⁽¹⁾.

En caso que CONASEV determine que no hubo infracción también afectará directamente sus derechos, aquellos que el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición tiene por finalidad proteger, pues no se verán tutelados mediante la aplicación de medidas correctivas que eliminen los efectos negativos de la vulneración.

Es con ello que manifiesta tener un interés directo en que se logre acreditar los hechos denunciados y finalmente en lo que se resuelva, pues señala que de eso depende que sus derechos como accionistas gocen de protección por parte de la Autoridad Administrativa encargada de hacer cumplir la Ley.

Sostiene que mediante el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores se le ha negado arbitrariamente la posibilidad de efectuar la defensa de sus derechos en el procedimiento en condiciones de plena igualdad, así como de utilizar los mecanismos procesales pertinentes.

¹ Aprobado mediante Resolución CONASEV N° 30-2007-EF/94.10, que señala entre las Facultades del Tribunal: "Disponer de oficio o a solicitud de parte las medidas correctivas vinculadas en los casos sometidos a su conocimiento..... Las medidas correctivas que disponga el Tribunal, obligan a realizar un acto, o el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Las medidas correctivas tienen por propósito revertir, minimizar las consecuencias o efectos negativos que se producen al incurrirse en infracciones administrativas, o subsanar o revertir la situación alterada por la infracción."



Agrega que la aplicación del artículo 10 –A del Reglamento de Sanciones, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10, en adelante el Reglamento de Sanciones, resulta manifiestamente inconstitucional e ilegal.

De la condición de terceros administrados.

Señala que los denunciados debieron haber realizado una Oferta Pública de Adquisición posterior y ofrecer a los accionistas la compra de acciones a igual o mayor precio que el adquirido en la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima.

Al no haberse realizado la Oferta Pública de Adquisición los intereses de Talingo, como accionista de SIMSA, se han visto directamente afectados debido a que no ha tenido acceso a la prima de control e igualdad entre los accionistas. Por lo expuesto, en virtud a los artículos 51° y 60° de la LPAG, solicita que se le reconozca la calidad de terceros legitimados por tener interés en la decisión final del proceso.

Asimismo, considera que conforme a lo previsto en el artículo 179° de la LPAG tiene derecho de participar en la interrogación a los denunciados y participar en todo acto del procedimiento administrativo, pues de lo contrario la decisión final sería nula por la consolidación de la afectación a su derecho a un debido procedimiento administrativo; en ese sentido, declara que el acto definitivo del procedimiento en el que se haya dejado en indefensión a los terceros legitimados deviene en nulo por adolecer de vicios.

Reitera que el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones de CONASEV no les resulta aplicable en este caso, puesto que no son simples denunciados sino que se consideran terceros legitimados.

Afectación al Derecho de un Debido Procedimiento Administrativo en sus manifestaciones de: Derecho a la Defensa, Derecho a la Prueba y Derecho a la Igualdad Procesal.

El derecho fundamental a un debido proceso se encuentra recogido en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución, artículo 4° del Código Procesal Constitucional, así como en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte.

Agrega, entre otros argumentos, que el Tribunal Constitucional ha establecido que el respeto al derecho del debido procedimiento es plenamente exigible en los procedimientos administrativos.

Sostiene que el Tribunal Constitucional al señalar que: *“El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno del proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.”*, se evidencia que la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones afecta su derecho de defensa al negarles su acceso al expediente administrativo y de formular alegaciones.



Asimismo solicitan que se declare nulo el acto administrativo lesivo, y que se les permita absolver la contestación de los denunciados, participar en las actuaciones procesales y, eventualmente, impugnar la decisión del órgano instructor.

Menciona, entre otros, el inciso 14' del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que dice:

“Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

14. El principio de no ser privado del derecho a la defensa, en ningún estado del proceso....”

Derecho a la Prueba:

Señalan que el derecho a probar comprende el derecho a ofrecer medios de pruebas, los cuales deben ser admitidos para que se actúen, conserven y se valoren en forma adecuada en el procedimiento administrativo; pues con ello se busca garantizar que todas las decisiones tomadas por una autoridad sean objetivamente justas para evitar que las decisiones arbitrarias y absurdas.

Al respecto, consideran que es injusto impedirles participar en la prueba, aún cuando se encuentran en la mejor posición para aportar elementos al procedimiento que demuestren la infracción de los denunciados.

TALINGO alude que se le está impidiendo el derecho a contradicción en materia probatoria, pues su exclusión al procedimiento impide que pueda cuestionar o pronunciarse respecto a los medios de prueba con los cuales los denunciados pretenden contradecir la denuncia.

Derecho a la Igualdad Procesal:

TALINGO, manifiesta (amparándose en citas jurisprudenciales y doctrinales) que con la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones se le está lesionado su derecho a la igualdad procesal en la medida que se le impide que impugne las decisiones contrarias a sus intereses, mientras que el denunciado sí tiene esa posibilidad.

Asimismo, TALINGO solicita a la Dirección de Emisores que:

- a) Eleve su pedido al Tribunal de CONASEV; y
- b) Suspenda la tramitación de cualquier diligencia o actuación programada en el procedimiento, hasta que el superior jerárquico resuelva el presente escrito a efectos de evitar una lesión irreversible de sus derechos.

Señala que el Tribunal de CONASEV tiene competencia para efectuar el control difuso de una norma de rango legal, reconocida a la Administración Pública por el Tribunal Constitucional ⁽²⁾; por lo tanto, que proceda a la inaplicación del artículo 10-A del reglamento de Sanciones por tratarse de una norma anticonstitucional.

² Precedente vinculante: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03741-2004-AA de fecha 14 de noviembre del 2005 y su resolución aclaratoria del 13 de octubre del 2006, en el caso Ramón Salazar Yarlénqué.



Finalmente, en su segundo otrosí, señala que en el supuesto que el Tribunal Administrativo resolviese desestimar el recurso de apelación solicita en aplicación de lo establecido en los numerales 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución, y de lo establecido en el precedente vinculante aprobado mediante sentencia del Tribunal Constitucional N° 03741-AA y su resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006³; la inaplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones por ser una norma que vulnera sus derechos a un debido procedimiento administrativo, en sus manifestaciones (i) derecho de ejercer la defensa de intereses legítimos, (ii) derecho a probar y (iii) derecho a la igualdad procesal.

- 1.4 Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2008, TALINGO presentó un escrito ampliando los fundamentos de su apelación sosteniendo lo siguiente :

No obstante que el artículo 9° del ROF de CONASEV, menciona que es competencia de Gerencia General pronunciarse sobre los Recursos de Apelación interpuestos contra los actos administrativos emitidos; ello no es aplicable al procedimiento sancionador en donde, según el artículo 10° de la misma norma, el Tribunal Administrativo es el órgano encargado de imponer sanciones y resolver las reclamaciones referidas a la materia sancionadora. En consecuencia, al ser el presente procedimiento uno de carácter sancionador, aún cuando se encuentre en la etapa instructiva, las impugnaciones de los actos emitidos en este procedimiento deben ser resueltas por el Tribunal Administrativo de CONASEV.

Afirma que se ha visto afectada por la actuación concertada por parte de los denunciados cuya consecuencia fue la toma del control de las decisiones de dichas compañías.

Señala que la sola adquisición de acciones por parte de CLARION del 48.84563 % y de ROSS J. BEATY de 1.224295 %, no les otorgaba control sobre las decisiones las decisiones importantes de SIMSA, pues se requería la concurrencia o votación de accionistas que representen por lo menos el 80% de acciones suscritas con derecho a voto; sin embargo, posteriormente, CLARION dona 10 acciones a favor de 852 trabajadores, con ello SIMSA pasaría a ser una Sociedad Anónima Abierta con lo que para la toma de cualquier tipo de decisión sólo requeriría un número mayor al 50% de acciones.

En tal sentido, la participación significativa de CLARION y ROSS J. BEATY, que suma un total del 50.069925 % es suficiente para formar Quórum y tomar decisiones trascendentales para la compañía, como: la modificación del estatuto, el cambio de estructura de la sociedad, la emisión de obligaciones, la distribución de dividendos, etc.

Señala que no tuvo la oportunidad de acceder al pago de la Prima de Control, pues los denunciados no realizaron la OPA, tal como lo establece el artículo 6° inciso b) del Reglamento de OPA; con lo cual, antes de adquirir participación significativa debieron ofrecer a los accionistas la compra de sus acciones a igual o mayor precio que el adquirido en la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima.

³ Caso Ramón Salazar Yarlaqué



Reitera que tanto el artículo 10°-A del Reglamento de Sanciones de CONASEV, como el artículo 105° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se refieren a los simples denunciadores y no en aquellos sujetos que poseen intereses legítimos en la decisión final del procedimiento, situación que es distinta en este caso y por lo tanto debe ser analizada conforme a las normas aplicables a los terceros administrados.

Finalmente, señalan que según el artículo 55° de la LPAG, le otorga los siguientes derechos:

- Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido.
- A formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades.
- A participar en las actuaciones del procedimiento en general.

- 1.5 Con fecha 11 de abril de los corrientes, TALINGO presentó un nuevo escrito comunicando que el señor Eduardo Ferrero Costa suscribió el recurso como abogado y apoderado de la recurrente.

Como sustento de lo expuesto, adjunta con su escrito una constancia emitida por el Colegio de Abogados de Lima que se señala que dicha persona se encuentra registrada como miembro de la orden con Colegiatura N° 5082, encontrándose habilitado para el ejercicio de la profesión.

- 1.6 Mediante escrito de fecha 21 de abril de 2008, TALINGO alcanzó a esta Comisión Nacional una opinión legal emitida por el Dr. Juan Carlos Morón Urbina, especialista en Derecho Administrativo, sobre los alcances del artículo 10- A del Reglamento de Sanciones en el que señala, amparándose en diversas citas jurisprudenciales y doctrinales, concretamente, lo siguiente :

- El Reglamento de Sanciones contempla el supuesto en que cualquier sujeto, con legítimo interés o sin el, tiene derecho a formular denuncias ante la autoridad administrativa cuando considere que se ha infringido con la normativa aplicable.
- Dicho artículo sólo detalla el tratamiento legal que se le debe dar a aquel denunciante que no requiere acreditar su legítimo interés en el inicio y desarrollo del procedimiento sancionador. En este sentido, la aplicación de este artículo se debe ver limitada al supuesto de hecho que el mismo contempla (denunciante sin legítimo interés), y no al caso de denunciadores que sí concurren y acreditan su legítimo interés en la resolución del procedimiento.
- La norma no se pone en el supuesto de aquel denunciante que acredita legítimo interés al momento de interponer la denuncia. Por lo tanto, debe hacerse una interpretación a partir del derecho constitucional que toda persona tiene, al debido procedimiento, y no desde la norma del artículo 10-A del Reglamento.



- Si bien el artículo 105⁴ de la LPAG establece que el denunciante por el solo hecho de serlo no adquiere calidad de parte, éste sí tiene derecho a participar en el procedimiento, en la medida que demuestre la afectación de un derecho o un interés legítimo⁵. Una vez más se puede apreciar que la norma no se pone en el supuesto donde el denunciante sí acredita su legítimo interés sino únicamente se establece que para alcanzar la posición de denunciante no es necesario acreditar derecho o interés legítimo afectado, sino solo el interés general y, por tanto bajo este escenario no califica al denunciante como parte del procedimiento. En este sentido, bajo la interpretación a contrario, si el denunciante llegara a acreditar que la conducta del denunciado ha vulnerado su derecho o afectado de alguna manera su legítimo interés, sí debe ser considerado parte en el procedimiento y otorgársele todos los derechos que como tal le corresponderían en aplicación del artículo 51 de la LPAG.⁶ (el subrayado y el énfasis es agregado).
- El artículo 51 de la LPAG es una regla general de todo procedimiento administrativo, aplicable también al procedimiento sancionador de CONASEV pues cubre un vacío no contemplado en la norma especial. En este sentido, si bien el objeto principal en el procedimiento sancionador es la aplicación de una sanción, no existe razón legal para afirmar que como consecuencia de la infracción cometida por el denunciado también se puedan ver vulnerados intereses y derechos particulares y por ende, exista un interés directo en acreditar la existencia del hecho incurrido, el que además de la sanción aparejará la medida correctiva respectiva.
- Los administrados que demuestren la afectación de un interés legítimo “*se encuentran habilitados para participar en las etapas del procedimiento administrativo sancionador en la medida que busquen defender la afectación de sus intereses o derechos.*” Asimismo, conforme a lo dispuesto en la LPAG, las autoridades administrativas encargadas de llevar a cabo el procedimiento sancionador, tienen el deber de permitir la participación de

⁴ Artículo 105 de la LPAG:

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contratos al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.

⁵ Respecto al interés legítimo, la doctrina especializada en la materia ha señalado que: “*Por interés legítimo entenderemos aquel que resulta jurídicamente amparable por las normas positivas, por contraste con otros intereses respetables, pero en los que el Estado y el Derecho no comprometen su coerción y coacción. (...) la acepción de “interés legítimo”, no es de carácter ético sino jurídico: tiene que accionarse o contestarse en función de un interés legalmente posible. Esto conduce a otra conclusión evidente: el interés legalmente amparable debe haber sido estatuido por una norma positiva concreta (o por alguna otra de las fuentes de derecho conocida)*” (RUBIO CORREA, Marcial. “El Interés Subjetivo” En: Tratado de Derecho Civil, Título Preliminar, Tomo I. Ed. Universidad de Lima. Primera Edición, Lima octubre de 1990, pag. 259-262).

⁶ Artículo 51.- Contenido del concepto administrado.- Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.



los terceros que demuestren la afectación de un interés legítimo "en todas las etapas del procedimiento" que sean necesarias para la defensa de dicho interés. (el subrayado y el énfasis es agregado).

- Agrega que en el presente caso TALINGO ha demostrado haber sido afectado en sus derechos como accionista por la acción concertada de los denunciados y en vista de ello, conforme a lo establecido en el numeral 1.2⁷ del artículo IV del título preliminar de la LPAG, *tiene, entre otros derechos y garantías, el derecho a exponer argumentos y a ofrecer y producir pruebas a lo largo del procedimiento sancionador con el fin de velar con la aplicación de la medida correctiva correspondiente.*
- Concluye señalando que TALINGO no tiene la condición de simple denunciante sino que tiene calidad de parte, y por tanto "*tiene derecho de participar en todos los actos del procedimiento sancionador derivado de la denuncia formulada*" y a ser notificada con todas las actuaciones y decisiones de la autoridad, de lo contrario, la decisión final sería nula por afectación al derecho de defensa y a un debido procedimiento que tiene todo administrado y se encuentra respaldado por nuestra Constitución.

Finalmente, con fecha 22 de abril de 2008, TALINGO presentó un escrito ampliando y aclarando el contenido de su recurso, en el que señala lo siguiente:

- En aplicación del artículo 10 –A° del Reglamento de Sanciones, 8° y 9° de la Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10,⁸ y, 1 y 8 literal b) del Estatuto del Tribunal Administrativo de CONASEV, solicitamos que quien resuelva el recurso de apelación sea el Tribunal Administrativo y no la Gerencia General de CONASEV.
- Dicho pedido se sustenta atendiendo que el artículo 343° del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF, en adelante la LMV, que faculta a CONASEV a imponer sanciones.

⁷ Numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG: "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho. (...)"

⁸ Artículo 8 ° ORGANISMO SANCIONADOR

Es aquel facultado para imponer sanciones según lo establecido en la normativa, así como dictar medidas correctivas, de conformidad con el artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento. Dicha función corresponde al Tribunal Administrativo de CONASEV.

También se consideran órganos sancionadores a la Bolsa y a la ICLV, en la medida que pueden imponer sanciones, de acuerdo con las facultades establecidas por las leyes y reglamentos.

Artículo 9 ° TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV

El Tribunal Administrativo de CONASEV, como una de sus funciones, impone las sanciones a que se refiere el Reglamento y resuelve las apelaciones contra las resoluciones emitidas en primera instancia por los órganos a que se refiere el último párrafo del artículo precedente. En este último caso, el Tribunal Administrativo de CONASEV constituye segunda instancia, quedando agotada la vía administrativa.

Las resoluciones del Tribunal Administrativo de CONASEV sobre procedimientos sancionadores en las que como primera instancia se haya determinado que no corresponde aplicar ninguna sanción, serán elevadas en consulta al Directorio de CONASEV siempre que en tales casos el informe presentado por el órgano instructor a dicha instancia recomiende la aplicación de una sanción. No serán elevados en consulta aquellos casos en que la no aplicación de la sanción se sustente en una prescripción.

Elevada en consulta, el Directorio de CONASEV se pronunciará sobre la existencia o no de un vicio de nulidad en la resolución. La decisión que adopte el Directorio de CONASEV deberá ser notificada al Tribunal Administrativo de CONASEV y a las demás personas respecto a las cuales se hubiere producido la discrepancia.



- El artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, en adelante el ROF, describe las funciones asignadas a la Dirección de Emisores las cuales les confiere un rol resolutorio en cuestiones de trámite, no atribuyéndosele facultades para conocer procedimientos cuyo fondo sea sancionatorios.
- De acuerdo con el artículo 8 del Reglamento de Sanciones y artículo 7º del los Estatutos del Tribunal Administrativo, establecen que el órgano sancionador es el Tribunal Administrativo órgano facultado para imponer sanciones y para conocer los procedimientos cuyo tema de fondo sea sancionador.
- Es por ello que quien debe conocer la apelación dirigida a la Dirección de Emisores es el Tribunal Administrativo y no la Gerencia General, pues aplicando el principio de legalidad contenido en la LPAG, que establece que las autoridades deben actuar dentro de las facultades que le estén atribuidas. Asimismo el artículo 230º del citado cuerpo legal determina que sólo por norma de rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora. Facultades que no se le atribuyen a la Dirección de Emisores ni a la Gerencia General.
- En ese sentido siendo el presente asunto uno de fondo sancionador, la apelación debe ser resuelta por el Tribunal Administrativo.

II ANÁLISIS.-

A efectos de examinar los argumentos contenidos en el recurso de apelación, corresponde determinar previamente (i) si la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores calificaría como un acto impugnabile al amparo de la LPAG, (ii) el órgano jerárquicamente competente para pronunciarse sobre los cuestionamientos del recurso, (iii) los requisitos formales del recurso y (iv) la condición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador.

2.1 Los actos administrativos

De acuerdo con la teoría general del Derecho Administrativo el acto administrativo es una manifestación o *"declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que producen efectos jurídicos individuales en forma directa"*⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de acto administrativo se encuentra recogido en el numeral 1.1 del artículo 1º de la LPAG que establece que son *"actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta"*.

Ahora bien, para la impugnación de un acto administrativo se requiere necesariamente una manifestación o declaración que produzca efectos jurídicos, sean estos definitivos o de mero trámite, para la defensa de un derecho o interés legítimo.

⁹ Roberto Dormi - El Procedimiento Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina.



Así pues, el artículo 206 de la LPAG sostiene que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos.

Asimismo, el citado artículo establece que son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

Para el tratadista nacional Juan Carlos Morón Urbina, los actos de trámite que produzcan indefensión y que pueden ser susceptibles de impugnación son aquellos que *"aun sin tener la cualidad de definitivo, coloquen al administrado en imposibilidad de defenderse de otro modo. Por ejemplo la denegación de una prueba o rechace de un tercero el ingreso al procedimiento que le afecte, etc."*¹⁰.

En ese orden de ideas, se puede afirmar, a la luz de las consideraciones antes citadas, que la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 calificaría como un acto de trámite habida cuenta que no estamos frente a un acto que pone fin al procedimiento ni a la instancia administrativa para que sea considerado como definitivo. Sin embargo, corresponde verificar si, efectivamente, dicho acto de trámite produce indefensión, tal como lo sostiene TALINGO, para que proceda su impugnación con arreglo a lo establecido en el artículo 206° de la LPAG.

Por ello, resulta necesario realizar una evaluación de lo expresado por TALINGO en su escrito a efectos de que el órgano competente encargado de resolver el recurso pueda emitir una decisión definitiva sobre dicha apelación.

2.2 Órgano Competente

TALINGO sostiene que la aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones por parte de la Dirección de Emisores afecta derechos integrantes del derecho al debido procedimiento tales como : defensa y prueba, lo que hace "necesario que el Tribunal de CONASEV declare nulo el acto administrativo lesivo, de acuerdo a las exigencias de un Estado Constitucional de derecho" (el subrayado es agregado).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del ROF, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF¹¹ la Dirección de Emisores es el órgano encargado de ejecutar las competencias que la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos, Ley General de Sociedades o cualquier otra norma asignen a CONASEV en materias relacionadas con las siguientes entidades bajo su ámbito de supervisión:

- a. Los emisores.
- b. Las empresas clasificadoras de riesgo.
- c. Los representantes de obligacionistas y demás participantes en la oferta pública.
- d. Las sociedades anónimas abiertas.
- e. Las sociedades de auditoría designadas por las entidades bajo su ámbito de supervisión; y,
- f. Las entidades valorizadoras a las que se refiere la Ley N° 28739.

¹⁰ Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 – Segunda Parte, Ara Editores. Página 154.

¹¹ Publicado en el Diario El Peruano el sábado 31 de marzo de 2007



Asimismo, el último párrafo del citado artículo precisa que la Dirección de Emisores depende jerárquica y funcionalmente de la Gerencia General.

Por su parte, el literal h) del artículo 36° del ROF señala que dentro de la funciones de la Dirección de Mercados se encuentra la de *“Disponer la realización de investigaciones e inspecciones, así como citar bajo el apremio que señala la ley para los testigos, a cuanta persona estime que pueda contribuir al éxito de las investigaciones que se efectúe”.*

El Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 materia de cuestionamiento ha sido emitido por la Dirección de Emisores en el marco de sus funciones y dentro la realización de una etapa indagatoria tendiente verificar indicios razonables de la posible comisión de infracciones al ordenamiento jurídico del mercado de valores, para luego determinar, de ser el caso, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Por otro lado, si bien el Tribunal Administrativo asumiría competencia tratándose de procedimientos administrativos sancionadores, en tanto que constituye el órgano sancionador, no se puede perder de vista el hecho que los informes emitidos por los instructores que son remitidos al Tribunal necesariamente son previamente evaluados y avalados por el Gerente General, conforme se infiere del último párrafo del artículo 11 del Reglamento de Sanciones.¹²

Asimismo, tampoco puede obviarse el hecho que el cuestionamiento que se presenta no es respecto a algún procedimiento sancionador, pues este no existe, por tanto mal puede sostenerse que por aplicación del artículo 8° del Reglamento de Sanciones, el Tribunal Administrativo al ser el órgano encargado de imponer sanciones es quien debe resolver las reclamaciones referidas a la materia sancionadora, aún cuando se encuentre en la etapa indagatoria.

No cabe duda pues que el cuestionamiento contra la declaración contenida en el acto de trámite emitido por la Dirección de Emisores debe ser resuelto por el superior jerárquico de dicha dirección, es decir, por la Gerencia General de CONASEV. Actuar de manera distinta implicaría incurrir en un vicio de nulidad, de acuerdo con lo establecido en el numeral 63.1 del artículo 63° de la LPAG que regula el carácter inalienable de la competencia administrativa, al precisar que: *“Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo”.*

En razón de lo expresado, el recurso de apelación interpuesto contra el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores, debe ser conocido y resuelto indiscutiblemente, a la luz del último párrafo del artículo 35° del ROF de CONASEV, por el Gerente General.

¹² Artículo 11 ° DE LA FASE INSTRUCTORA

...
“Vencido dicho plazo y con los descargos o sin ellos, se emite el informe correspondiente, el cual es sometido a consideración del Tribunal Administrativo de CONASEV, a través de la Gerencia General.”



En efecto, el artículo 16° del Decreto Ley N° 26126, de la Ley Orgánica de CONASEV, en adelante la Ley Orgánica, establece las funciones y atribuciones del Gerente General, entre las que se encuentra, de acuerdo con el literal a), *“Dirigir, coordinar, supervisar y controlar las acciones de los diferentes órganos de la Comisión, en concordancia con la política, objetivos y metas aprobadas por el Directorio.”* (el subrayado y el resaltado es nuestro).

Asimismo, en el citado artículo se señala en el literal l) que son funciones del Gerente General: *“las demás que le señalen la ley o los reglamentos o le acuerde el Directorio”.*

En concordancia con lo citado, el artículo 9° del ROF de CONASEV señala que entre las funciones del Gerente General se encuentran las siguientes :

a. Dirigir, coordinar, supervisar y controlar las acciones de los diferentes órganos de CONASEV, en concordancia con la política, objetivos y metas aprobadas por el Directorio.

...

l. Pronunciarse, en última instancia administrativa, sobre los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos emitidos por los órganos de CONASEV, con excepción de las resoluciones y pronunciamientos del Directorio y/o Tribunal Administrativo, siempre que medie delegación del Directorio. (el subrayado es nuestro)

En ese orden de ideas , y en concordancia con el artículo 209° de la LPAG el recurso de apelación interpuesto por TALINGO debe ser elevado y resuelto por el superior jerárquico, es decir por el Gerente General y no por el Tribunal Administrativo; más aún cuando como lo hemos señalado nos encontramos en una etapa preliminar indagatoria que no constituye parte del procedimiento administrativo sancionador.

En consecuencia, a tenor de lo establecido en las disposiciones legales antes citadas, se concluye que no es legalmente posible que el Tribunal Administrativo conozca la presente impugnación, siendo el único órgano competente para su pronunciamiento definitivo el Gerente General de CONASEV.

2.3 Requisitos formales del recurso

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 207° y 211° de la LPAG¹³, los recursos deben ser presentados dentro del plazo de 15 días de notificada la resolución administrativa, debidamente autorizados por letrado.

En el presente caso, el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 fue notificado el día 03 de marzo de 2008 y el recurso de apelación interpuesto el 05 de marzo de los corrientes, es decir, dentro del periodo de 15 días hábiles que establece la LPAG.

¹³ “Artículo 207°.- Recursos administrativos (parte pertinente)
(.....) 207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios...(sic)”

“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.”



En ese sentido, se puede afirmar que el recurso de apelación ha sido planteado con arreglo a las disposiciones de la LPAG.

2.4 De la Potestad Sancionadora de CONASEV y Del Procedimiento Administrativo Sancionador en el Mercado de Valores.

Según el artículo 7° de la LMV, CONASEV es la institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de sus disposiciones legales.

En concordancia con lo señalado, el literal a) del artículo 2° del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de CONASEV, establece que son funciones de CONASEV la de *“Estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores y controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen en dicho mercado.”*

Asimismo, el artículo 342° del TUO de la LMV, precisa que son *“sujetos pasibles de sanción las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, que incurran en infracciones a las disposiciones de la misma y a las disposiciones de carácter general dictadas por CONASEV. La facultad de CONASEV para determinar la existencia de infracciones prescribe a los tres (3) años.”*

Por su parte, el artículo 343° del TUO de la LMV, enuncia el tipo de sanciones que CONASEV se encuentra facultada a imponer por infracciones a las normas del mercado de valores¹⁴.

Atendiendo a las disposiciones anteriormente acotadas, se concluye que CONASEV detenta plenamente de la potestad sancionadora y se encuentra facultada para sancionar a los administrados bajo su supervisión por la comisión de las infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico del mercado de valores.

En consecuencia, la potestad sancionadora de CONASEV se encuentra regida por los principios señalados en la LPAG¹⁵ y se tramita con arreglo a las normas aplicables que rigen el Procedimiento Administrativo Sancionador.

14 Artículo 343.- Sanciones.- Las sanciones que CONASEV está facultada a imponer son las siguientes:

- a) Amonestación;
- b) Multa no menor de una (1) UIT ni mayor de trescientas (300) UIT;
- c) Suspensión de la autorización de funcionamiento por un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días;
- d) Suspensión del representante de la sociedad agente de bolsa por un plazo no mayor de treinta (30) días;
- e) Suspensión de la colocación de la oferta pública, así como de la negociación de uno o más valores;
- f) Exclusión de un valor del Registro;
- g) Cancelación de la inscripción en el Registro;
- h) Revocación de la autorización de funcionamiento; e,
- i) Suspensión hasta por un plazo de treinta (30) días, destitución o inhabilitación de los miembros del Comité de Inversiones, Comité de Vigilancia, Comité de Clasificación, y de los directores, gerentes, representantes y auditores de las personas jurídicas sometidas a su control y supervisión.

15 Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. **Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.



De acuerdo con la doctrina el Procedimiento Administrativo Sancionador, se encuentra concebido como "el procedimiento a través del que se ejerce la potestad sancionadora de la administración, que tiene por objeto verifica si se ha cometido una trasgresión jurídico-administrativa para que se prevé una sanción y, en consecuencia, se impone o no ésta." ¹⁶.

Sobre el tema en particular, el tratadista nacional Juan Carlos Morón Urbina, sostiene que el Procedimiento Administrativo Sancionador es el "... conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa." ¹⁷

Ahora bien, en el mercado de valores peruano el procedimiento administrativo sancionador, se encuentra reglado en el Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF.94.10, en adelante el Reglamento de Sanciones, cuyas características son similares a las establecidas en la LPAG.

Al respecto, el artículo 1° del Reglamento de Sanciones establece lo siguiente:

"Artículo 1 ° FINALIDAD DEL REGLAMENTO

El presente Reglamento regula el procedimiento sancionador y establece las sanciones por las infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, Ley de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como a sus normas reglamentarias." (El Subrayado es agregado).

Resulta claro que las manifestaciones contenidas en el recurso de apelación deberán ser examinadas teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el Reglamento de Sanciones y la LPAG.

2.5 De la Condición del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador y del Interés Legítimo de Talingo.

La denuncia presentada por TALINGO se realizó en el marco de lo dispuesto por el artículo 7° del TUO de la LMV y artículo 10 -A° del Reglamento de Sanciones; ésta última disposición reconoce la posibilidad de que un administrado pueda dirigirse a la autoridad administrativa con la finalidad de poner en conocimiento la ocurrencia de algún hecho contrario al ordenamiento

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de Infracciones.- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

16 Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1991.

17 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Página 618.



jurídico administrativo. De conformidad con dicha norma, la presentación de la denuncia obliga a la administración a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio el procedimiento administrativo sancionador. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.

En virtud a los dispositivos legales acotados, TALINGO formuló denuncia contra la empresa Clarion Holding Ltda. y Sr. Ross J. Beaty, por considerar que incumplieron con lo establecido en el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión.

Como consecuencia de dicha denuncia CONASEV, en uso de su potestad sancionadora, inició, a través de la Dirección de Emisores, las indagaciones o investigaciones preliminares para comprobar la verosimilitud de los hechos denunciados con el fin de determinar si existe mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionador por infracciones a las normas del mercado de valores. Es decir, que en esta etapa preliminar la Dirección de Emisores viene recopilando todo tipo de información y prueba tendiente a garantizar los resultados de su investigación, inclusive aquella que pudiera haber sido aportada por TALINGO al momento de formular su denuncia, la que podría ser incorporada o subsumida en el procedimiento administrativo sancionador en caso se decidiera instaurar.

De acuerdo con el precepto establecido tanto en el Reglamento de Sanciones como en la LPAG, la etapa preliminar indagatoria no constituye parte del procedimiento administrativo sancionador, pues conforme al texto inequívoco del artículo 10-A° del Reglamento de Sanciones,¹⁸ que concuerda plenamente con el numeral 3 del artículo 235° de la LPAG, establece que el procedimiento administrativo sancionador se tiene por iniciado con la formulación de los cargos de la presunta infracción incurrida por parte del administrado investigado.

¹⁸ Artículo 10-A del Reglamento de Sanciones.-

"El procedimiento sancionador en CONASEV se inicia de oficio con la notificación que el Órgano Instructor cursa al posible sancionado informándole de este hecho y formulándole el o los cargos respectivos con los requisitos que establece la ley. Se tramita de manera independiente a cualquier otro procedimiento administrativo"

Sin perjuicio de lo anterior, todo administrado está facultado para denunciar ante los Órganos Instructores aquellos hechos que conociera que pudieran constituir infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, Ley de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como a sus normas reglamentarias, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto en el procedimiento;

Los Órganos Instructores realizarán las indagaciones preliminares sobre la denuncia presentada, dentro de la fase reservada de la investigación, para lo cual podrán solicitar a los administrados denunciados que les remitan la información referida al caso denunciado. El órgano instructor, en tales casos le otorgará como plazo mínimo para la remisión de la información cinco (5) días y como máximo quince (15) días a partir de la notificación de la solicitud. El plazo puede ser prorrogado por los Órganos Instructores, dependiendo de la dificultad del caso;

La formulación de una denuncia no obliga a los Órganos Instructores a iniciar el procedimiento sancionador. En caso no procediera la iniciación del procedimiento, los Órganos Instructores deberán comunicar este hecho al denunciante;

El denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, tales como pedir la actuación de pruebas, solicitar informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores sea durante las actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador, como una vez iniciado éste;

Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador."



Al comentar acerca del procedimiento administrativo sancionador, Juan Carlos Morón Urbina¹⁹, confirma plenamente que las *“actuaciones previas no forman parte del procedimiento administrativo sancionador, poseyendo la calidad de antecedentes que no interrumpe el plazo prescriptorio”*.

Asimismo, el tratadista Willy Pedreschi Garcés²⁰, sostiene que *“El procedimiento Administrativo Sancionador únicamente se tiene por iniciado formalmente con la resolución que imputa la infracción, descartándose por tanto que las investigaciones preliminares constituyan parte de dicho procedimiento...”*.

Conforme lo establecido en los artículos 10–A° del Reglamento de Sanciones y 105° de la LPAG, el solo hecho de que un administrado formule una denuncia ante la autoridad administrativa no lo convierte de ninguna manera en sujeto del procedimiento. Sin embargo, tal como ya se ha señalado, ésta obliga que la administración competente realice las investigaciones necesarias para determinar si efectivamente el denunciado infringió la norma y en caso de existir indicios razonables del ilícito administrativo iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

Al respecto, Willy Pedreschi Garcés²¹ precisa que *“Si bien es cierto que la interposición de dichas denuncias obliga a la realización de investigaciones preliminares necesarias (artículo 105° numeral 105.3), las mismas no obligan por sí solas al inicio del procedimiento administrativo sancionador ni constituyen al denunciante como sujeto del procedimiento (artículo 105, numeral 105,1) situación que tampoco se ve alterada por el hecho que el artículo 235° inciso 6 establezca que la resolución que aplique la sanción o determine el archivo del procedimiento debe ser notificado a quien denunció la infracción, de ser el caso.”*(el subrayado es agregado) .

A su vez, Juan Carlos Morón Urbina²², al comentar el artículo 105° de la LPAG, sostiene que *“los procedimientos de oficio incluyen la posibilidad que un particular inste su inicio mediante “denuncias”, sin que por ello el procedimiento se convierta en uno de parte. Ello obedece a que la denuncia es sólo el acto por el cual se pone conocimiento de una autoridad, alguna situación administrativa no ajustada a derecho, con el objeto de comunicar un conocimiento personal, a diferencia de la petición que es la expresión de la pretensión con interés personal, legítimo, directo e inmediato en obtener un comportamiento y resultado concreto de la autoridad, condiciones que no son exigibles a los denunciantes o instigadores”*.

TALINGO cuestiona la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 alegando que ésta constituye un acto de trámite que le genera indefensión al no permitírsele participar en el procedimiento. Sin embargo, no ha tomado en cuenta que su calidad de administrado sólo lo faculta, de

¹⁹ Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. - Editora Gaceta Jurídica –Quinta Edición, página 649.

²⁰ Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda Parte – Ara Editores –Quinta Edición, página 541.

²¹ Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda Parte – Ara Editores –Quinta Edición, página 550.

²² Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. - Editora Gaceta Jurídica –Quinta Edición, página 344.



acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico (artículos 10-A° del Reglamento de Sanciones y 105° de la LPAG), para denunciar el acto que considera ilícito y le otorga el derecho a ser notificado con la resolución que aplique la sanción o la decisión de archivar el procedimiento²³.

Por otra parte, en el informe alcanzado por TALINGO, Juan Carlos Morón Urbina, comentando el artículo 105° de la LPAG, sostiene que dicho dispositivo no se pone en el supuesto del denunciante que acredita legítimo interés al momento de interponer la denuncia, por lo que debe hacerse una interpretación a partir del derecho constitucional que toda persona tiene, al debido procedimiento, y no desde la norma del artículo 10-A del Reglamento.

Agrega que si el denunciante llegara a acreditar que la conducta del denunciado ha vulnerado su derecho o afectado de alguna manera su legítimo interés, sí debe ser considerado parte en el procedimiento y otorgársele todos los derechos que como tal le corresponderían en aplicación del artículo 51° de la LPAG²⁴, pues dicho artículo contiene una regla general aplicable a todo procedimiento administrativo que incluye al procedimiento sancionador. Por tanto, de acuerdo con la LPAG, las autoridades administrativas encargadas de llevar a cabo el procedimiento sancionador, tienen el deber de permitir la participación de los terceros que demuestren la afectación de un interés legítimo en todas las etapas del procedimiento que sean necesarias para la defensa de dicho interés.

Como ha sido explicado, a tenor de lo establecido en los artículos 10-A° del Reglamento de Sanciones y 105° de la LPAG, el solo hecho de que un administrado formule una denuncia ante la autoridad administrativa no lo habilita como sujeto del procedimiento pues es plenamente conocido que la denuncia (en el sentido lato) sólo intenta alertar a la autoridad administrativa de la existencia de una posible irregularidad, por lo que el denunciante no se encuentra legitimado, para exigir derechos de parte a la autoridad administrativa que conduce e impulsa, por corresponderle el procedimiento sancionador.

Ahora bien, en la línea de lo afirmado por el Dr. Morón Urbina (en su informe legal) se entiende que frente a la figura del simple denunciante existe la del denunciante que ostenta un interés legítimo y directo por haber sido presuntamente perjudicado por los ilícitos administrativos denunciados. Sin embargo, es preciso anotar que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo sancionador no se contempla ni se regula la figura del denunciante "cualificado"²⁵, es decir que las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo sancionador no diferencia ni distingue categorías de denunciantes, por lo que siendo ello no es posible reconocer a TALINGO un status de denunciante con mayores prerrogativas que otros denunciantes, pues ello no es legalmente posible a tenor de lo establecido por el artículo 10-A° del Reglamento de Sanciones.

²³ Artículo 10- A e inciso 6 del Artículo 235° de la Ley del Procedimiento Administrativo General

²⁴ Artículo 51.- Contenido del concepto administrado.- Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

²⁵ Jesús González Pérez - Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo - Editorial Civitas S.A. - Madrid 1991.



Tal como hemos advertido la recurrente y el Dr. Juan Carlos Morón Urbina, sostienen que el artículo 105° de la LPAG debe ser interpretado bajo preceptos constitucionales, lo cual permitiría a TALINGO a formar parte del procedimiento administrativo sancionador pues en él demostraría que los denunciados infringieron las normas del mercado de valores, pues caso contrario se viciaría bajo sanción de nulidad la decisión que resuelva el recurso de apelación.

En dicha línea, reiteran que el artículo 51° de la LPAG es una regla general de todo procedimiento administrativo que aplica también al procedimiento sancionador de CONASEV.

Si bien es cierto que el artículo 51° de la LPAG señala que se *“considera administrado respecto de algún procedimiento administrativo concreto: (1) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y (2) Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.”*, también lo es que, a tenor de la disposición antes acotada, para que una persona natural o jurídica sea considerada administrado es necesario, como requisito indispensable, que exista en trámite un procedimiento administrativo; lo que no ocurre en el presente caso pues como hemos advertido las actuaciones preliminares indagatorias a cargo de la Dirección de Emisores no constituyen un procedimiento administrativo.

En atención de lo señalado, el Dr. Morón Urbina sostiene que son *“denominados genéricamente como parte, interesado o administrado, la persona física o jurídica, pública o privada, concurrentes dentro de un procedimiento administrativo en ejercicio de un interés legítimo o de un derecho propio...”*.

Lo expuesto precedentemente supone en términos prácticos que no es legalmente posible establecer diferencias entre los denunciados, reconociéndoles mayores o menores derechos a unos respecto de otros, supone además que a todos los denunciados se les aplica lo dispuesto en el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, norma que sólo les reconoce el derecho de ser informados de los resultados de la denuncia interpuesta y no les permite exigir a la autoridad administrativa derechos procesales de parte.

Esto no significa que la autoridad administrativa, es decir quien conduce la etapa de indagaciones preliminares y actúa como órgano instructor en el procedimiento administrativo sancionador, en uso de las potestades que ostenta no pueda realizar algunas actuaciones con la participación o cooperación de los denunciados con el fin de obtener la mayor información posible que le permita determinar la verdad de los hechos y la existencia o no de infracción alguna.²⁶

Lo anterior supone que la autoridad administrativa podría actuar todos o algunos medios probatorios que hayan sido presentados por los denunciados.

²⁶ Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.- Principios del procedimiento administrativo .-

...
1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.



Sin perjuicio de cualquier otra actuación que oficiosamente disponga para llegar a la verdad de los hechos. El ejercicio de esta prerrogativa no debe suponer sin embargo el acceso a información que cuente con una protección de reserva en Ley como es el caso de la reserva de identidad. Nos explicamos, la reserva de identidad constituye una garantía que ostentan todas aquellas personas que participan en un mecanismo público de valores o incluso fuera de dicho mecanismo.²⁷ La reserva de identidad protege el derecho de privacidad de las personas que participan en estos mercados y les ofrece la tranquilidad de que toda la información acerca de ellos no será revelada por quienes tengan acceso a esa información, bajo responsabilidad.

Esta protección, por estar vinculada a uno de los derechos de la persona reconocidos en nuestra Constitución Política sólo puede ser levantado por excepción en circunstancias señaladas de modo expreso en el artículo de la LMV, no en ningún otro supuesto. Siendo esto así bajo ninguna circunstancia podría reconocerse el derecho a los denunciantes a acceder a información protegida por la reserva, pues hacerlo supondría que por vía indirecta se amplíen los supuestos que el legislador ha establecido de modo cerrado, taxativo y limitado a determinadas autoridades o entidades, a quienes por excepción y por estar de por medio un bien de igual o mayor importancia que el derecho a la privacidad se les permite el levantamiento de este deber de reserva. Es el caso por ejemplo de los jueces o fiscales en el curso de investigaciones, o el de entidades supervisoras con quienes se tenga convenios suscritos de cooperación o memoranda de entendimiento.

Por ello que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, no es posible reconocer a TALINGO el derecho de exigir mayores prerrogativas en la etapa de actuaciones indagatorias, lo cual no obsta ni imposibilita al órgano instructor- quien es el responsable de la conducción e impulso de oficio de la investigación- a realizar algunas actuaciones con su intervención a los fines de encontrar la verdad material. Siendo esto así, no es posible sostener la existencia de afectación del apelante de su derecho a un debido procedimiento administrativo.

En consecuencia, debido a que el acto de trámite contenido en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 no produce efectos lesivos conforme a las consideraciones antes acotadas, el recurso de TALINGO deviene en improcedente.

2.6 Del ejercicio del Control Difuso

TALINGO solicita que conforme al fundamento 50 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, emitida el 14 de

27 Artículo 45 del TUO de la LMV.- Artículo 45.- Reserva de Identidad.- Es prohibido a los directores, funcionarios y trabajadores de los agentes de intermediación, sociedades administradoras de fondos mutuos de inversión en valores y de fondos de inversión, clasificadoras, emisores, representantes de obligacionistas así como a los miembros del Consejo Directivo, directores, miembros del Consejo Directivo, funcionarios y trabajadores de las bolsas y de las demás entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados, así como de las instituciones de compensación y liquidación de valores, suministrar cualquier información sobre los compradores o vendedores de los valores transados en bolsa o en otros mecanismos centralizados, a menos que se cuente con autorización escrita de esas personas, medie solicitud de CONASEV o concurran las excepciones a que se refieren los Artículos 32° y 47°.

Igualmente, la prohibición señalada en el párrafo precedente se hace extensiva a la información relativa a compradores y vendedores de valores negociados fuera de mecanismos centralizados, así como a la referente a los suscriptores o adquirentes de valores colocados mediante oferta pública primaria o secundaria.

En caso de infracción a lo dispuesto en los párrafos precedentes, los sujetos mencionados, sin perjuicio de la sanción que corresponda, responden solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen.



noviembre de 2005 y publicada en el diario oficial El Peruano el día 24 de octubre de 2006, con su resolución aclaratoria de fecha 13 de octubre de 2006, publicada el 06 de noviembre del mismo año, se inaplique el artículo 10 A° del Reglamento de Sanciones por violentar la Constitución.

El Fundamento 50 de la mencionada sentencia, señala :

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) *Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.*

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. (resaltado nuestro)

Es preciso señalar, que la resolución aclaratoria de la sentencia antes citada, establece con mayor precisión el sentido del precedente vinculante, dado que declara que las reglas sustanciales y procesales al que alude los considerandos 4, 7 y 8, forman parte integrante del precedente vinculante establecido en el fundamento 50 de la sentencia constitucional antes citada. Dichos considerandos son los siguientes:

“4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que **los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional,** adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;

7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia



de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional." (resaltado nuestro)

Como se aprecia de las resoluciones antes citadas, la posibilidad de que los órganos de la Administración Pública efectúen el control difuso de la constitucionalidad de las normas ha quedado circunscrito a una facultad y deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados, que no se extiende a todo órgano resolutorio de la administración pública.

Por ello no procede la aplicación del control difuso por parte de la Gerencia General de CONASEV al no ser tribunal administrativo ni órgano colegiado.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que en el presente caso no se advierte que se haya producido una afectación a los derechos fundamentales de TALINGO tal y como ya se ha señalado, pues resulta evidente que la normativa de CONASEV (Reglamento de Sanciones) mantiene plena concordancia con la LPAG.

En tal sentido, el pedido de inaplicar el cuestionado artículo (10 -A del Reglamento de Sanciones), formulado por TALINGO deviene en improcedente.

III CONCLUSIONES.-

1. Conforme a las normas antes acotadas, no es procedente derivar el presente recurso impugnatorio al Tribunal Administrativo, puesto que el órgano jerárquicamente competente para pronunciarse respecto de la presente apelación es la Gerencia General de CONASEV.
2. No es legalmente posible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10ª del Reglamento de Sanciones, establecer diferencias entre los denunciantes y tampoco reconocerles mayores o menores prerrogativas, todos ellos conforme a dicha norma tienen el derecho a ser informados de los resultados de su denuncia y no pueden exigir derechos procesales de parte, lo cual no impide que el órgano instructor pueda realizar algunas actuaciones con su intervención o participación a fin de encontrar la verdad material



3. Lo dispuesto en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 emitido por la Dirección de Emisores no ha producido indefensión a TALINGO en tanto que no lesiona ningún derecho que le corresponde conforme al ordenamiento jurídico vigente.
4. El denunciante puede aportar todos los medios probatorios que estime necesario para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo derecho a que se le informe acerca del estado de su denuncia y se le notifique la resolución que resuelva su denuncia.
5. La Gerencia General no es competente para inaplicar normas legales que presuntamente sean incompatibles con la Constitución, en la medida que no se encuentra facultada para ello, dado que, de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sólo los tribunales u órganos colegiados de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional.

IV. RECOMENDACIÓN.-

El recurso de apelación interpuesto contra el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores, debe ser declarado improcedente.

Atentamente,

Signed by: Liliana Gil Vasquez
Signing time: Thursday, June 26 2008, 20:6:54 GMT

Liliana Gil Vásquez
Oficina de Asesoría Jurídica

Signed by: Rolando Rony Adave Romo
Signing time: Thursday, June 19 2008, 16:19:20 GMT



Miraflores, 25 de Junio de 2008

OFICIO N° 2950 -2008-EF/94.01.2

Señor

Eduardo Ferrero Costa**TALINGO CORPORATION****Av. De la Floresta N°497- Piso 5.****San Borja.-****Ref.: Expediente N° 2007036571**

De mi consideración:

Me dirijo a usted con relación al recurso de apelación que formulara contra la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3, mediante la cual la Dirección de Emisores hizo de su conocimiento, lo siguiente : (i) que en relación a su denuncia dicha Dirección viene realizando de oficio las investigaciones pertinentes dentro del ejercicio de las facultades conferidas a efectos de determinar la existencia de la presunta infracción alegada a las normas que regulan la oferta pública de adquisición y (ii) con relación a su solicitud, le recordaron que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 –A del Reglamento de Sanciones, el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.

Teniendo en cuenta lo señalado en sus escritos presentados por su representada, mediante los cuales solicita, concretamente, (i) la nulidad del acto administrativo por el superior jerárquico, (ii) se admitan todos los medios probatorios ofrecidos y su participación como terceros legitimados en el procedimiento administrativo y (iii) que el Tribunal Administrativo sea quien resuelva el recurso de apelación; le comunico que este Despacho ha resuelto, atendiendo la opinión legal contenida en el Memorando N° 1758- 2008-EF/94.04.1 emitida por la Oficina de Asesoría Jurídica, declarar improcedente su recurso de apelación, conforme a las siguientes consideraciones :

Órgano Competente para conocer el Recurso de Apelación

1. Sobre las afirmaciones de hecho y derecho relacionadas con el pedido de que el Tribunal Administrativo es el órgano facultado para conocer el recurso de apelación contra la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3, de la Dirección de Emisores, debe considerarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF (en adelante el ROF), la Dirección de Emisores es el órgano encargado de ejecutar las competencias que la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos, Ley General de Sociedades o cualquier otra norma asignen a CONASEV en materias relacionadas con las entidades bajo su ámbito de supervisión, entre las que se encuentran, de acuerdo con el literal a) del citado artículo : los “emisores”.
2. Asimismo, el último párrafo del artículo citado precisa que la Dirección de Emisores depende jerárquica y funcionalmente de la Gerencia General y el literal h) del artículo 36° del ROF señala que dentro de la funciones de la Dirección de Mercados se encuentra la de “Disponer la realización de investigaciones e inspecciones, así como citar bajo el apremio que señala la ley para los testigos, a cuanta persona estime que pueda contribuir al éxito de las investigaciones que se efectúe”.
3. El Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 materia de cuestionamiento ha sido emitido por la Dirección de Emisores en el marco de sus funciones y dentro la realización de una etapa indagatoria tendiente a verificar indicios razonables de la posible comisión de infracciones al ordenamiento jurídico del mercado de valores, para luego determinar, de ser el caso, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.



4. Si bien el Tribunal Administrativo asumiría competencia tratándose de procedimientos administrativos sancionadores, en el presente caso, nos encontramos en una etapa previa cuya conducción corresponde al órgano instructor. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en el supuesto que se tratara de un procedimiento sancionador, los informes emitidos por los instructores son previamente evaluados y avalados por el Gerente General, conforme se infiere del último párrafo del artículo 11 del Reglamento de Sanciones, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 (en adelante el Reglamento de Sanciones).¹
5. En razón de lo anterior, el cuestionamiento contra la declaración contenida en el acto de trámite emitido por la Dirección de Emisores debe ser resuelto por el superior jerárquico de dicha dirección, es decir, por la Gerencia General de CONASEV. Actuar de manera distinta implicaría incurrir en un vicio de nulidad, de acuerdo con lo establecido en el numeral 63.1 del artículo 63° de la Ley N°27444- Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG)

De la Condición del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador y del Interés Legítimo de Talingo.

6. La denuncia presentada por TALINGO se realizó en el marco de lo dispuesto por el artículo 7° del TUO de la LMV y artículo 10 –A° del Reglamento de Sanciones; ésta última disposición reconoce la posibilidad de que un administrado pueda dirigirse a la autoridad administrativa con la finalidad de poner en conocimiento la ocurrencia de algún hecho contrario al ordenamiento jurídico administrativo. De conformidad con dicha norma, la presentación de la denuncia obliga a la administración a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio el procedimiento administrativo sancionador. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviere individualizado.
7. CONASEV, en uso de su potestad sancionadora, inició, a través de la Dirección de Emisores, las indagaciones o investigaciones preliminares para comprobar la verosimilitud de los hechos denunciados con el fin de determinar si existe mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionador por infracciones a las normas del mercado de valores. Es decir, que en esta etapa preliminar la Dirección de Emisores viene recopilando todo tipo de información y prueba tendiente a garantizar los resultados de su investigación, inclusive aquella que pudiera haber sido aportada por TALINGO al momento de formular su denuncia, la que podría ser incorporada o subsumida en el procedimiento administrativo sancionador en caso se decidiera instaurar.
8. De acuerdo con el precepto establecido tanto en el Reglamento de Sanciones como en la LPAG, la etapa preliminar indagatoria no constituye parte del procedimiento administrativo sancionador, pues conforme al texto inequívoco del artículo 10-A° del Reglamento de Sanciones, que concuerda plenamente con el numeral 3 del artículo 235° de la LPAG, establece que el procedimiento administrativo sancionador se tiene por iniciado con la formulación de los cargos de la presunta infracción incurrida por parte del administrado investigado, situación que no se ha producido en el presente caso.
9. Conforme lo establecido en los artículos 10–A° del Reglamento de Sanciones y 105° de la LPAG, el solo hecho de que un administrado formule una denuncia ante la autoridad administrativa no lo convierte de ninguna manera en sujeto del procedimiento. Sin embargo, tal como ya se ha señalado, ésta obliga que la administración competente realice las investigaciones necesarias para determinar si efectivamente el denunciado infringió la norma y en caso de existir indicios razonables

¹ Artículo 11 ° DE LA FASE INSTRUCTORA

...
"Vencido dicho plazo y con los descargos o sin ellos, se emite el informe correspondiente, el cual es sometido a consideración del Tribunal Administrativo de CONASEV, a través de la Gerencia General."



del ilícito administrativo iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

10. TALINGO cuestiona la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 alegando que ésta constituye un acto de trámite que le genera indefensión al no permitírsele participar en el procedimiento. Sin embargo, no ha tomado en cuenta que su calidad de administrado sólo lo faculta, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico (artículos 10-A° del Reglamento de Sanciones y 105° de la LPAG), para denunciar el acto que considera ilícito y le otorga el derecho a ser notificado con la resolución que aplique la sanción o la decisión de archivar el procedimiento².
11. Por otra parte, en el informe alcanzado a CONASEV por TALINGO, Juan Carlos Morón Urbina, comentando el artículo 105° de la LPAG, sostiene que dicho dispositivo no se pone en el supuesto del denunciante que acredita legítimo interés al momento de interponer la denuncia, por lo que debe hacerse una interpretación a partir del derecho constitucional que toda persona tiene, al debido procedimiento, y no desde la norma del artículo 10-A del Reglamento. Señala que debe otorgársele todos los derechos que como tal le corresponderían en aplicación del artículo 51° de la LPAG³, pues dicho artículo contiene una regla general aplicable a todo procedimiento administrativo que incluye al procedimiento sancionador.
12. Ahora bien, en la línea de lo afirmado por el Dr. Morón Urbina (en su informe legal) se entiende que frente a la figura del simple denunciante existe la del denunciante que ostenta un interés legítimo y directo por haber sido presuntamente perjudicado por los ilícitos administrativos denunciados. Sin embargo, es preciso anotar que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo sancionador no se contempla ni se regula la figura del denunciante "cualificado"⁴, es decir que las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo sancionador no diferencia ni distingue categorías de denunciantes, por lo que siendo ello no es posible reconocer a TALINGO un status de denunciante con mayores prerrogativas que otros denunciantes, pues ello no es legalmente posible a tenor de lo establecido por el artículo 10- A° del Reglamento de Sanciones.
13. Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 51° de la LPAG señala que se "*considera administrado respecto de algún procedimiento administrativo concreto: (1) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y (2) Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.*", también lo es que, a tenor de la disposición antes acotada, para que una persona natural o jurídica sea considerada administrado es necesario, como requisito indispensable, que exista en trámite un procedimiento administrativo; lo que no ocurre en el presente caso pues como ha sido advertido las actuaciones preliminares indagatorias a cargo de la Dirección de Emisores no constituyen un procedimiento administrativo.
14. Lo señalado precedentemente no significa sin embargo que la autoridad administrativa, es decir quien conduce la etapa de indagaciones preliminares y actúa como órgano instructor en el procedimiento administrativo sancionador, en uso de las potestades que ostenta no pueda realizar algunas actuaciones con la participación o cooperación de los denunciantes con el fin de obtener la mayor información posible que le permita determinar la verdad de los hechos y la existencia o no de infracción alguna.⁵

² Artículo 10- A e inciso 6 del Artículo 235° de la Ley del Procedimiento Administrativo General

³ Artículo 51.- Contenido del concepto administrado .- Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

⁴ Jesús González Pérez - Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo – Editorial Civitas S.A. - Madrid 1991.

⁵ Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.- Principios del procedimiento administrativo .-

...



15. Lo anterior supone que la autoridad administrativa podría actuar todos o algunos medios probatorios que hayan sido presentados por los denunciantes. Sin perjuicio de cualquier otra actuación que oficiosamente disponga para llegar a la verdad de los hechos. El ejercicio de esta prerrogativa no debe suponer sin embargo el acceso a información que cuente con una protección de reserva en Ley como es el caso de la reserva de identidad.
16. Esta protección, por estar vinculada a uno de los derechos de la persona reconocidos en nuestra Constitución Política sólo puede ser levantado por excepción en circunstancias señaladas de modo expreso en el artículo de la LMV, no en ningún otro supuesto. Siendo esto así bajo ninguna circunstancia podría reconocerse el derecho a los denunciantes a acceder a información protegida por la reserva, pues hacerlo supondría que por vía indirecta se amplíen los supuestos que el legislador ha establecido de modo cerrado, taxativo y limitado a determinadas autoridades o entidades, a quienes por excepción se les permite el levantamiento de este deber de reserva. Es el caso por ejemplo de los jueces o fiscales en el curso de investigaciones, o el de entidades supervisoras con quienes se tenga convenios suscritos de cooperación o memoranda de entendimiento.
17. Por ello que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, no es posible reconocer a TALINGO el derecho de exigir mayores prerrogativas en la etapa de actuaciones indagatorias, lo cual no obsta ni imposibilita al órgano instructor- quien es el responsable de la conducción e impulso de oficio de la investigación- a realizar algunas actuaciones con su intervención a los fines de encontrar la verdad material. Siendo esto así, no es posible sostener la existencia de afectación del apelante de su derecho a un debido procedimiento administrativo.
18. En consecuencia, debido a que el acto de trámite contenido en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 no produce efectos lesivos conforme a las consideraciones antes acotadas, el recurso de TALINGO deviene en improcedente.

Del ejercicio del Control Difuso

19. TALINGO solicita que conforme al fundamento 50 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, emitida el 14 de noviembre de 2005 y publicada en el diario oficial El Peruano el día 24 de octubre de 2006, con su resolución aclaratoria de fecha 13 de octubre de 2006, publicada el 06 de noviembre del mismo año, se inaplique el artículo 10 A° del Reglamento de Sanciones por violentar la Constitución.
20. Respecto al ejercicio del control difuso solicitado, a fin de que se inaplique el artículo 10°-A del Reglamento de Sanciones, resulta indispensable destacar que conforme al fundamento 50 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, emitida el 14 de noviembre de 2005 y publicada el día 24 de octubre de 2006, y su resolución aclaratoria de fecha 13 de octubre de 2006, publicada el 06 de noviembre del mismo año, todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, o bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución.
21. De acuerdo con las citadas resoluciones, la facultad y deber de efectuar el control difuso de la constitucionalidad de las normas por parte de los órganos de la Administración Pública ha quedado circunscrito a la competencia de los tribunales

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.



CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

01512

administrativos y órganos colegiados, sin que se extienda a algún otro órgano resolutorio de la Administración Pública. Por ello no procede la aplicación del control difuso por parte de ésta instancia. No obstante lo expuesto, cabe señalar que en el presente caso no se advierte que se haya producido una inobservancia a las disposiciones contenidas en la LPAG y mucho menos una supuesta afectación de derechos fundamentales a, pues resulta evidente que la normativa de CONASEV mantiene plena concordancia con ambos cuerpos normativos. En tal sentido, el pedido de inaplicar el cuestionado artículo, formulado por TALINGO, deviene también en improcedente.

Sin otro particular, quedo de usted,

Atentamente,

Signed by: Carlos Fabian Rivero Zevallos
Signing time: Thursday, June 26 2008, 21:7:1 GMT
Location: GERENCIA GENERAL
Reason to sign: OFICIO

Carlos Rivero Zevallos
Gerente General (e)

TALINGO CORPORATION

AREA TECNICA DE INVESTIGACIONES

9 ENE 13 16:48 Expediente N°: 2007036571

1327-2008

Sumilla

: Solicitamos se inicie
Investigación

RECEBIDO EN
NO INDIAG

01785

6

FIN

cc

A LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE LA COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES -CONASEV:

TALINGO CORPORATION (en adelante, "TALINGO"), debidamente representada por su apoderado, Eduardo Ferrero Costa, identificado con DNI N° 07854653, con relación a la denuncia referida a la toma de control de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "SIMSA" o la "Compañía") por parte de los accionistas Clarion Holding Ltda. (en adelante, "CLARION") y el Sr. Ross James Beaty (en adelante, el "Sr. Beaty"); a usted atentamente decimos que:

Formulamos denuncia en contra de los accionistas de SIMSA, Orange Bay Comercial Inc. (en adelante, "ORANGE BAY") y White Peak Resources Inc. (en adelante, "WHITE PEAK"), en tanto ambas empresas forman parte de la estrategia armada por CLARION y el Sr. Beaty para tomar el control de la Compañía. Mediante el presente escrito queremos demostrar que existen razones suficientes para que CONASEV inicie una investigación respecto de estas dos compañías, por lo que demostraremos que existen hechos e indicios irrefutables para arribar a la conclusión que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY han formado -y forman- parte de la operación armada por CLARION y el Sr. Beaty para que -actuando de manera concertada- alcancen los quórums y mayorías necesarias (en tanto tendrían el control absoluto de SIMSA) para la adopción de acuerdos, una vez que la Compañía haya sido burdamente adaptada a una sociedad anónima abierta mediante mecanismos ilegales.

Adicionalmente, demostraremos que toda la operación fue orquestada y planificada por la señora Victoria Isabel Arias Vargas de Millership, accionista controladora de la empresa CLARION, en confabulación con el Sr. Beaty, así como con las empresas WHITE PEAK y ORANGE BAY. Asimismo, explicaremos que todo el montaje tuvo como finalidad cumplir con las condiciones de una oferta de compra sobre las acciones y activos de SIMSA, ocultada por la Sra. Victoria Isabel Arias Vargas de Millership

CONASEV 000000001

En este orden de ideas, el presente escrito se encuentra dividido en dos temas principales, los cuales ponen a disposición de la CONASEV motivos suficientes para que se inicie una investigación sobre ambas empresas. Los aludidos temas principales son los siguientes:

1. WHITE PEAK y ORANGE BAY –en la práctica- no son realmente personas jurídicas distintas, sino que se encuentran bajo un mismo control, por lo que la actuación de ambas son inseparables. En ese sentido, ambas deben ser consideradas como un mismo “ente”, por lo que la presente denuncia se encuentra dirigida en contra de ambas; y,
2. Partiendo de la premisa del punto precedente, demostraremos que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY se encuentran coordinados en la estrategia de toma de control de CLARION y el Sr. Beaty, formando parte de ésta e implementando algunas de sus etapas.

A continuación, pasamos a explicar los hechos e indicios que evidencian la intervención de estas dos empresas en toda la estrategia de toma de control de SIMSA plasmada en nuestra denuncia, así como en diversos escritos.

I. LA RELACIÓN ENTRE ORANGE BAY Y WHITE PEAK

Como primer indicio que ata a WHITE PEAK y ORANGE BAY con la operación montada por CLARION y el Sr. Beaty, tenemos el hecho que WHITE PEAK y ORANGE BAY se encuentran bajo el control de las mismas personas, por lo que las actuaciones de ambas empresas, supuestamente independientes, siempre son uniformes y destinadas a un mismo fin: ayudar a CLARION y al Sr. Beaty a tomar el control de SIMSA, obteniendo – como explicaremos- un beneficio por su cooperación.

Dicho esto, entendemos que los accionistas principales de WHITE PEAK y ORANGE BAY son los siguientes:

Accionista principal de Orange Bay	Accionista principal de White Peak
Mónica Patricia Arias Vargas	Mónica Patricia Arias Vargas
Rocío Arias Vargas	Rocío Arias Vargas

Como antecedentes e introducción a este punto, debemos señalar que los accionistas principales de SIMSA, al 31 de diciembre de 2006, eran los siguientes:

Clarion Holding Ltd.	44.81%
White Peak Resources Inc.	32.79%
Talingo Corporation	22.36%
Accionistas minoritarios	0.03%
TOTAL	100%

Posteriormente, con fecha 8 de junio de 2007, WHITE PEAK, a través de su representante, el Sr. Christian Heinrich Funcke Ciriani, ingresa una orden de venta a Centura SAB para la venta de 20'014,596 acciones comunes de SIMSA (24.51%) a favor de ORANGE BAY, especificando que ésta debe ser ejecutada como una operación cruzada, y que a su vez, esa operación iba a ser liquidada directamente entre las SABs involucradas.

En este sentido, no habría desembolso de fondos por la operación solicitada a Centura SAB, con excepción por supuesto, de las comisiones y contribuciones que resulten. En esta operación de compra, ORANGE BAY actuó bajo representación del Sr. Jaime de Orbegoso Rapuzzi, el cual se encuentra vinculado con el Estudio Rodrigo Elias & Medrano, Estudio en el que también trabaja el abogado Eduardo Lopez Sandoval, quien se encargó de tramitar y gestionar ante CENTURA SAB -por órdenes de CLARION- las 853 donaciones de acciones para la ilegal conversión de SIMSA en SAA.

En este marco, la compradora, ORANGE BAY, fue constituida y/o adquirida por los mismos accionistas de WHITE PEAK, con la única intención de ser receptora de un paquete de acciones de SIMSA que no involucre la realización de una OPA, prueba de esto es que, desde su creación, ORANGE BAY (en nuestro leal saber y entender) no realiza ninguna actividad y solamente existe para ser propietaria de las acciones transferidas por WHITE PEAK.

La realidad de los hechos tras esta operación por el 24.51% de acciones del capital de SIMSA, es que ésta no fue una simple transferencia entre dos empresas independientes, sino que todo lo contrario, ORANGE BAY y WHITE PEAK son dos empresas que más que vinculadas son casi gemelas, estando bajo el control y dirección del mismo grupo de personas, vale decir, las hermanas Mónica y Rocío Arias Vargas. Asimismo, WHITE PEAK

le proporcionó (contablemente) todos los recursos a ORANGE BAY, de modo que ésta adquiriera las acciones objeto de transacción. En efecto, ORANGE BAY no contaba con los recursos para comprar las acciones de WHITE PEAK en SIMSA al momento de efectuarse la transacción, más aún si el precio al que se realizó la "compra" de cada acción fue de S/. 8.20, es decir, un importe total de S/. 164'119,687.20, generándole además, una cuenta por cobrar de WHITE PEAK a favor de ORANGE BAY, lo que abona en la tesis del control total y absoluto de WHITE PEAK sobre ORANGE BAY (al ser ambos, en la práctica, un mismo "ente").

Sobre este punto específico, solicitamos a la CONASEV que como parte de la investigación que en su momento decida efectuar sobre WHITE PEAK y ORANGE BAY, proceda a levantar la reserva bursátil de ORANGE BAY, para constatar que ésta no contaba con los fondos para efectuar una adquisición de esa magnitud (liquidación directa), así como verificar si estamos frente a una real y efectiva transferencia de fondos (transparencia de las operaciones).

Con esta afirmación queremos dar a entender que realmente se trataría de un solo "ente", disfrazado de dos personas jurídicas "independientes". La operación descrita y la constitución e historial de operaciones de ORANGE BAY –hechos que en su momento se dispondrá a investigar la CONASEV- son indicios contundentes de que ORANGE BAY y WHITE PEAK se encuentran realmente bajo el control de las mismas personas, y que en este contexto, sus actuaciones están dirigidas a obtener el mismo fin, que como veremos más adelante, es claramente el de reforzar la estrategia de adquisición de control absoluto sobre SIMSA que CLARION y el Sr. Beaty han trazado, bajo el parámetro de las indicaciones señaladas en la oferta extranjera descrita en el punto 2.6 del presente escrito.

Como fundamentos de esta afirmación, debemos decir lo siguiente:

- a) En primer lugar, se trató de una operación cruzada, donde Centura SAB (la misma sociedad agente de bolsa que participó en las 853 donaciones), como intermediario, representó e ingresó las propuestas al Sistema ELEX, tanto a nombre del comitente comprador como del comitente vendedor, es decir, de ORANGE BAY y de WHITE PEAK, respectivamente.
- b) Además de ser una operación cruzada, presumimos que la orden de venta tenía la instrucción de liquidarse directamente, es decir, a través de la propia SAB y

no a través de CAVALI, limitándose ésta última únicamente a recibir la confirmación de que se ha liquidado para proceder así a registrar la titularidad de los valores adquiridos en la respectiva cuenta matriz. Sin embargo, la liquidación no fue confirmada.

- c) En este sentido, en la etapa de la liquidación directa entre ORANGE BAY y WHITE PEAK no hubo un real y transparente flujo de dinero para el pago de las acciones de SIMSA, dado que como hemos puesto de manifiesto, tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY son realmente el mismo "ente" y por lo tanto, no hubo un desprendimiento real del control de las acciones de propiedad de las señoras Mónica y Rocío Arias Vargas.
- d) Por último y en este orden de ideas, las acciones de propiedad de WHITE PEAK siguen estando bajo el control de sus accionistas controladoras, es decir, Mónica y Rocío Arias Vargas ya que son estas personas las que a su vez son las accionistas controladoras de ORANGE BAY, empresa "titular" de las acciones transferidas.

Lo cierto es que, si bien se produjo una transferencia de los valores de WHITE PEAK hacia ORANGE BAY (a través de sus cuentas), no hubo un desprendimiento real del control de las acciones. Asimismo, tampoco hubo una transferencia real de flujos de ORANGE BAY a favor de WHITE PEAK. Por lo tanto, solicitamos a CONASEV que requiera a WHITE PEAK, así como a ORANGE BAY que acrediten la transferencia de dinero por dichas acciones, así como a Centura SAB que informe -a nivel de detalle- cómo se realizó y liquidó la operación.

De no poder acreditarlo, habrían realizado una transacción simulada, dado que a pesar de haberse disfrazado la operación como una compraventa de acciones, realmente no hubo traspaso de dinero efectivo de una sociedad a otra; vulnerando así la integridad y transparencia del mercado. Asimismo, tampoco hubo un desprendimiento del control de dichas acciones -pasando del control de un grupo de personas a ese mismo grupo de personas

Es necesario precisar que a pesar de que ORANGE BAY es quien ahora ostenta el 24.51% de las acciones de SIMSA, WHITE PEAK es quien la dirige¹, ello debido a que como hemos mencionado, ambas son realmente el mismo "ente", controladas y dirigidas por las

mismas personas: Mónica y Rocío Arias Vargas. En este orden de Ideas y conforme a lo explicado líneas arriba, llegamos a la conclusión que sigue existiendo un control efectivo en SIMSA por parte de WHITE PEAK, sólo que de una manera indirecta, al utilizar éste a ORANGE BAY como vehículo.

Resumiendo hasta este punto, se tiene que a través de una transacción simulada, WHITE PEAK "vende" el 24.51% de sus acciones en SIMSA a ORANGE BAY, quedando la participación accionaria de la Compañía de la siguiente manera:

Accionista	Porcentaje
Clarion Holding Ltd.	44.81%
Orange Bay Commercial Inc.	24.51%
White Peak Resources Inc.	8.29%
Talingo Corporation	22.36%
Accionistas minoritarios	0.03%
TOTAL	100%

Finalmente, respecto a la operación de compra de ORANGE BAY a WHITE PEAK sobre las acciones de SIMSA, solicitamos a la CONASEV que se levante la reserva bursátil y se investigue dicha transacción, ya que si bien se trató de una operación bursátil con liquidación directa, tenemos conocimiento que propiamente no hubo transferencia de dinero, con lo cual haría a esta transacción una operación simulada e irreal.

II. LA CONCERTACIÓN ENTRE WHITE PEAK, ORANGE BAY, CLARION y EL SR. BEATY

Una vez analizada la vinculación entre WHITE PEAK y ORANGE BAY y estableciendo que ambos son realmente un mismo "ente", debemos decir que con la intervención de ambas empresas se inició la maniobra de toma de control sobre SIMSA. Así pues, no podemos dejar pasar por alto el hecho que de acuerdo a los indicios dados en el presente procedimiento, existiría una clara confabulación entre WHITE PEAK, ORANGE BAY (ambos actuando como un solo "ente"), CLARION y el Sr. Beaty; confabulación que tendría como finalidad contribuir a la toma de control sobre SIMSA por parte de CLARION y el Sr. Beaty.

¹ Además, como hemos explicado, producto de la transferencia simulada entre WHITE PEAK y ORANGE BAY, se generó una cuenta por cobrar de WHITE PEAK hacia ORANGER BAY por lo que además de vinculadas la primera es acreedora de la segunda.

En este punto, entraremos a ver que existen indicios que razonablemente llevarían a pensar que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY estarían actuando (o dejando de actuar) en concertación con la estrategia armada por CLARION y el Sr. Beaty, para llegar a tomar el control absoluto de la Compañía y cumplir así con la oferta explicada más adelante en este mismo escrito.

Sobre este punto podemos señalar por ejemplo, que el señor Jaime de Orbegoso Rapuzzi es abogado asociado del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados, estudio patrocinante de CLARION, específicamente a través de sus abogados, los señores Eduardo López Sandoval, Diego Jesús Peschiera Miffilin y Efraín José Salazar Echeagaray, tal como se verifica en los reiterados escritos presentados dentro del expediente².

En esta línea, la supuesta independencia entre ambas empresas no puede dejar de ser cuestionada, ya que evidentemente, al pertenecer a un mismo Estudio de abogados, la interacción entre una y otra persona -y por consiguiente, de las empresas CLARION Y WHITE PEAK- no puede ser negada.

Una vez hecha esta introducción, entraremos a ver como existen 5 fuertes indicios y hechos que sustentan la vinculación y previa concertación entre WHITE PEAK, ORANGE BAY, CLARION y el Sr. Beaty, los mismos que son los siguientes:

- 1) La manera como se dio la transferencia de las acciones de WHITE PEAK a favor de CLARION y el Sr. Beaty;
- 2) El hecho que WHITE PEAK siga siendo accionista: La tenencia de WHITE PEAK luego de las transferencias;
- 3) La actuación de WHITE PEAK y ORANGE BAY en el presente procedimiento;
- 4) La votación de WHITE PEAK y ORANGE BAY en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA de fecha 10 de octubre de 2008; y,
- 5) La oferta de compra de acciones por parte de Cheliabinsk Zinc Plant (en adelante, "CHELIABINSK")

² Conforme se puede ver de los diversos escritos presentados por CLARION, la parte inferior de cada una de las caras de los mismos presentan un código determinado, conteniendo las palabras "REMA", siglas que significan "Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados", así como "ELS" siglas que significan "Eduardo López Sandoval". Asimismo, mediante escrito de fecha 1 de diciembre de 2008, se le otorgan poderes a los señores Diego Peschiera y Efraín Salazar, ambos abogados del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano

2.1 La manera como se dio la transferencia de las acciones de WHITE PEAK a favor de CLARION y el Sr. Beaty: La venta de acciones por parte de WHITE PEAK a CLARION

Luego de la transacción simulada realizada con ORANGE BAY y descrita líneas arriba, WHITE PEAK decide vender 4'300,000 acciones comunes adicionales de SIMSA, para lo cual, a través de su representante, el señor Christian Heinrich Funcke, cursa una orden de venta a Credibolsa SAB en dichos términos. Seguidamente, CLARION, representada por el señor Víctor Ostolaza Fernández Prada, ingresa a Credibolsa SAB una orden de compra, por la cantidad de 3'300,000 acciones comunes de SIMSA, con la finalidad de realizar una operación cruzada. Este número de acciones en conjunto, representan un porcentaje de 4.04% del capital social de SIMSA, con lo cual CLARION pasaría a tener el 48.85%.

Ahora bien, como primer punto dentro del esquema de toma de control que involucra a CLARION –previamente concertado con WHITE PEAK (y ORANGE BAY)-, tenemos la venta realizada el 11 de julio de 2007, por un monto de 3'300,000 acciones comunes de SIMSA, el cual representa el 4.04% del capital social de la Compañía a favor de CLARION.

CLARION, así como WHITE PEAK (y por ende, ORANGE BAY), sabían que si la primera adquiría la totalidad de acciones que WHITE PEAK estaba ofreciendo, pasaría a tener más del 50% de las acciones comunes de SIMSA, con lo cual debía realizar una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, "OPA").

2.1.1 El trasfondo de la venta de acciones por parte de WHITE PEAK a CLARION

Aunque a simple vista esta venta puede parecer algo casual y descoordinado, no podemos dejar de mencionar una pieza fundamental de la historia y es que al momento en el que se realizaron las transferencias de las acciones a favor de CLARION y del Sr. Beaty, se encontraban presentes en las oficinas de Credibolsa, el señor Víctor Ostolaza Fernández-Prada, en su calidad de representante legal de CLARION; el señor Christian Heinrich Funcke, representante de WHITE PEAK; la Sra. Margaret Burns Olivares, abogada y directora de SIMSA; y por supuesto, la señora Victoria Isabel Arías Vargas de Millership, accionista controladora de CLARION e ideóloga de la operación. Los tres se encontraban físicamente presentes al momento de efectuarse esta transferencia, así como la del numeral siguiente.

En palabras de la propia CLARION, la cual en su escrito de fecha 30 de enero de 2008 nos explica que:

"Es así que, con fecha 11 de julio de 2007, el señor Victor Ostolaza Fernández-Prada, en calidad de representante legal de Clarion, se reunió con el representante legal de White Peak, señor Christian Heinrich Funcke y con su abogada, doctora Margaret Burns Olivares, en las oficinas de Credibolsa, (...) con el propósito de implementar la operación de compraventa previamente acordada. Nos acompañó en dicha reunión la directora de SIMSA, señora Isabel Arias de Millership (...)" (La negrita es nuestra)

En palabras de la propia CLARION –y es algo que en su momento la CONASEV deberá indagar- el Sr. Christian Heinrich Funcke, representante de WHITE PEAK se encontraba presente en las oficinas de Credibolsa junto con el señor Victor Ostolaza Fernández-Prada, representante de CLARION, así como por la señora Isabel Arias Vargas de Millership, accionista controladora de CLARION y orquestadora de toda la estrategia, como lo veremos más adelante. ¿Cuál era la necesidad de efectuar esa reunión en una venta (supuestamente) casual y ordinaria? Hasta el momento, dicha respuesta sigue sin ser proporcionada por ninguno de sus integrantes.

Esta intervención no puede ser pasada por alto y debe ser tomada como uno de los indicios que llevan a la conclusión que la actuación de WHITE PEAK se encuentra previamente coordinada con CLARION.

2.2 La manera como se dio la transferencia de las acciones de WHITE PEAK a favor de CLARION y el Sr. Beaty: Venta de acciones comunes de WHITE PEAK a favor del Sr. Beaty

Inmediatamente después de la adquisición por parte de CLARION de las 3'300,000 acciones comunes³, y tal como se describe en la contestación de CLARION, presentada con fecha 30 de enero de 2008, la señora Isabel Arias Vargas de Millership, directora de SIMSA y actualmente accionista principal de CLARION, contacta al Sr. Beaty para que sea él quien adquiera el 1'000,000 de acciones comunes restantes de WHITE PEAK, el cual representa el 1.22% acciones del capital social de SIMSA; justo lo necesario para superar el 50% de acciones en la Compañía.

³ Cabe reiterar que tal y como lo hemos mencionado en diversas oportunidades, las adquisiciones de CLARION y del Sr. Beaty se llevaron a cabo con tan solo unos sospechosos 14 segundos de diferencia.

Esta operación ya había sido planeada y diseñada por la Sra. Isabel Arias Vargas de Millership por más de un año, en diversas conversaciones mantenidas tanto en Lima, como en Canadá.

En las propias palabras de CLARION:

"Durante dicha reunión, la señora Isabel Arias de Millership comunicó a los presentes que conocía del interés del señor Beaty en adquirir también una participación minoritaria en SIMSA. (...) Asimismo, en ese mismo acto White Peak instruyó también a Credibolsa para que realice la venta del paquete adicional de 1'000,000 de acciones de SIMSA a favor del señor Beaty (...)." (La negrita es nuestra).

Asimismo, tal y como lo señala el propio Sr. Beaty en su escrito de fecha 3 de octubre del 2008:

"Con fecha 11 de julio de 2007, la Sra. Isabel Arias de Millership, volvió a tomar contacto con el recurrente, preguntándome si estaba interesado en adquirir acciones de Simsa al precio de venta por acción de S/. 8.20. El recurrente (...) solicitó se tome contacto con Seminario y Cía. Agente de Bolsa S.A.B. (...)" (La negrita es nuestra)

2.2.1 El trasfondo de la venta de acciones por parte de WHITE PEAK al Sr. Beaty

Como podemos apreciar de los hechos, Credibolsa SAB, a Instancias de la señora Isabel Arias Vargas de Millership -accionista controladora de CLARION-, se comunica con el Sr. Beaty a efectos de la adquisición de acciones de WHITE PEAK. Sin embargo, al igual que con el caso de la adquisición de CLARION, el representante de WHITE PEAK, señor Christian Heinrich Funcke se encontraba presente en las coordinaciones, estando plenamente consciente de lo que estaba pasando e inclusive, interviniendo en éstas.

Algo que no podemos dejar de resaltar es que en ambas adquisiciones, además de encontrarse presente el representante de WHITE PEAK, ambas operaciones fueron coordinadas y orquestadas por la accionista principal de CLARION, es decir, la señora Isabel Arias Vargas de Millership, con pleno conocimiento y aval de WHITE PEAK (y por ende, de ORANGE BAY).

Hasta ahora la interrogante planteada de cuál era la necesidad de efectuar esas coordinaciones y que hacía la señora Isabel Arias Vargas sigue pendiente. Por otro lado,

WHITE PEAK deberá explicar qué hacía estando presente en dicha reunión, coordinando y asegurándose que la transacción se efectúe.

De esta manera, el Sr. Beaty obtuvo el 1.22% de las acciones del capital social de SIMSA, quedando el cuadro accionario de la Compañía conformado de la siguiente manera:

Clarion Holding Ltd.	48.85%
Orange Bay Commercial Inc.	24.51%
Talingo Corporation	22.36%
White Peak Resources Inc.	3.03%
Ross J. Beaty	1.22%
Accionistas minoritarios	0.03%
TOTAL	100%

Luego de haber explicado las operaciones realizadas, consideramos que las actuaciones realizadas por WHITE PEAK (y por ende por ORANGE BAY) son bastante cuestionables, ya que se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- a) WHITE PEAK vende el número de acciones exacto para que -inicialmente- CLARION incremente su porcentaje accionario, sin pasar el umbral establecido para realizar una OPA;
- b) Inmediatamente después, WHITE PEAK vende al Sr. Beaty el número de acciones necesarias para que, -actuando conjuntamente- ,CLARION y el Sr. Beaty, consigan la mayoría absoluta (más del 50% del accionariado total) en SIMSA. Esto por supuesto, una vez que hayan realizado los contratos de donación y se haya adaptado la Compañía a una sociedad anónima abierta, bajando así los quórums y mayorías que en algún momento, todos los accionistas de SIMSA aceptaron en su estatuto (dejando de ser la sociedad de los "consensos").
- c) El representante de WHITE PEAK, señor Christian Heinrich Funcke se encontraba presente en las oficinas de Credibolsa, plenamente consciente de las operaciones y en constante coordinación con la señora Isabel Arias Vargas de Millership. En este orden de ideas, se encontraba plenamente consciente del número y

porcentaje de acciones transferido, así como los destinatarios y las razones de las transferencias.

Siguiendo esta línea, debemos recalcar que fue WHITE PEAK la que vendió el número de acciones exacto para que tanto CLARION como el Sr. Beaty tengan –de manera conjunta y concertada - más del 50% del accionariado de SIMSA.

WHITE PEAK vendió 4'300,000 acciones: 3'300,000 acciones a favor de CLARION y 1'000,000 a favor del Sr. Beaty. Todo esto, según la propia CLARION y conforme se desprende de su escrito de contestación, acordado previamente entre ellos y ejecutado en las oficinas de Credibolsa. Si el Sr. Christian Heinrich Funcke (representante de WHIRE PEAK) se encontraba presente al momento de la transacción e incluso del contacto con el Sr. Beaty, es innegable que WHITE PEAK sabía de la intervención de este último e incluso, que el número de acciones transferido le daría a CLARION y al Sr. Beaty más del 50%. ¿Cuál era la necesidad de WHITE PEAK de tener a un representante en las oficinas de Credibolsa para coordinar las transferencias? Evidentemente, ninguna.

En este orden de ideas, WHITE PEAK –y por ende también ORANGE BAY- tenían total conocimiento de la estrategia montada por CLARION y el Sr. Beaty para la toma de control de SIMSA, al punto de haber concertado previamente cada una de las adquisiciones que se produjeron en el lapso de tan solo unos segundos; operaciones que obtuvieron como resultado final que CLARION y el Sr. Beaty sean titulares –en conjunto- de más del 50% de las acciones de SIMSA.

Ciertamente, se trató de un trabajo concertado de adquisiciones y ventas sucesivas que, si bien aisladamente aparentan ser casuales y desordenadas, vistas como indicios, examinadas en su conjunto y analizadas a la luz de lo que explicaremos en el punto 2.6 que sigue, todas las partes involucradas, es decir, CLARION, WHITE PEAK, ORANGE BAY y el Sr. Beaty, tenían un mismo objetivo, que es el de tomar el control absoluto de la Compañía a través de medios fraudulentos e ilegales, afectando los derechos de los demás accionistas; todo con la finalidad de posteriormente tomar provecho de la situación y vender las acciones y activos de la Compañía a una empresa minera extranjera.

2.3 La tenencia de WHITE PEAK luego de las transferencias efectuadas: ¿por qué no se vendió todo?

Ya hemos visto la etapa de la transferencia de las acciones de WHITE PEAK hacia CLARION y el Sr. Beaty; sin embargo, en estos puntos entraremos a ver la etapa posterior a esas transferencias. Si recordamos, WHITE PEAK se quedó con un 8.29% del accionariado de SIMSA luego de la venta a favor de ORANGE BAY. Posteriormente a esto, transfirió la cantidad de 4'300,000 acciones, quedándose únicamente con un 3.03%.

Aunque a simple vista no pareciera un hecho relevante, hay que tener en cuenta que WHITE PEAK empezó con un porcentaje de acciones de 32.79% para llegar a poco más del 3%; porcentaje inútil en una sociedad en la que no se pueden tomar acuerdos principales sino es con el consenso de 80% de las acciones⁴. En este sentido, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿Por qué WHITE PEAK se quedaría con tan sólo un 3.03% del accionariado de SIMSA?

En efecto, conforme es de conocimiento en el presente procedimiento, luego de transferir el 24.51% de acciones comunes de SIMSA a ORANGE BAY, WHITE PEAK transfirió a CLARION la cantidad de 3'300,000 acciones (equivalentes al 4.04%) y al Sr. Beaty la cantidad de 1'000,000 acciones (equivalentes al 1.22%), quedándose con tan sólo el 3.03% de las acciones de SIMSA. Aunque el hecho de vender las acciones no es indicio de una concertación, sí debemos cuestionar las razones que motivarían a WHITE PEAK a "vender" un paquete tan importante de acciones (contando el ya "vendido" a ORANGE BAY, explicado párrafos arriba) para quedarse al final con un minúsculo porcentaje de 3.03%. ¿No hubiera sido lo óptimo vender todo?

Decimos esto ya que, como hemos venido repitiendo a lo largo de diversos escritos, SIMSA es una sociedad "de consensos" en la que se requiere de quórum y mayorías de 80% para la adopción de acuerdos principales, viéndose los accionistas en la necesidad de adoptar acuerdos de manera unánime. En este marco, realmente no tiene sentido el quedarse con un accionariado tan pequeño en una sociedad en la que los quórum y mayorías para la adopción de acuerdos son tan altos, ya que se estaría perdiendo totalmente control sobre la dirección de la Compañía, teniendo una muy escasa

⁴ Como es de conocimiento de la CONASEV, el artículo vigésimo quinto del estatuto social de SIMSA dispone que el quórum para la celebración de Juntas Generales es de 80% de las acciones suscritas con derecho a voto en primera o segunda convocatoria, y de 51% de las acciones suscritas con derecho a voto, en tercera convocatoria. Asimismo, se exige una mayoría calificada de por lo menos el 80% de las acciones suscritas con derecho a voto para la adopción de acuerdos trascendentales para la sociedad, tales como la modificación del Estatuto, la emisión de obligaciones, la distribución de dividendos y la aprobación del presupuesto y plan anual de la sociedad.

posibilidad de adoptar un acuerdo o nombrar un director. Lo lógico -desde nuestro punto de vista- hubiese sido venderlo todo, en vez de quedarse con tan solo el 3,03%.

No obstante ello, la actuación de WHITE PEAK ha sido contraria a toda lógica. De este suceso podría válidamente inferirse que WHITE PEAK decidió quedarse con un porcentaje mínimo de acciones para poder así mantenerse en la Compañía, a sabiendas que CLARION (actuando conjuntamente con el Sr. Beaty) llegarían a tener el control absoluto de SIMSA luego de ejecutados los contratos de donación y adaptada la misma a una sociedad anónima abierta.

En este orden de ideas, WHITE PEAK habría ayudado a CLARION a tomar el control de SIMSA, vendiéndole acciones a ésta y al Sr. Beaty; pero no obstante esto, se habría mantenido en la Compañía con un porcentaje ínfimo de acciones.

Asimismo, afirmamos que WHITE PEAK (y ORANGE BAY) no solo ayudó a CLARION y al Sr. Beaty al venderle el número de acciones exacto que necesitaba, sino que además, tenía conocimiento de lo que pasaría después, vale decir, sabía que en un momento posterior, CLARION forzaría la figura de la sociedad anónima abierta vía el uso fraudulento de los contratos de donación, bajando los quórums y encontrándose en una posición óptima para asumir el control y concretar un negocio sobre las acciones y activos de SIMSA, sin conocimiento del Directorio o el resto de accionistas.

En efecto, WHITE PEAK no entregó el control a otro accionista sin recibir nada a cambio. La realidad es que WHITE PEAK disminuyó su participación accionaria de manera intencionada -llegando a un porcentaje minúsculo- para luego recibir (como veremos) un beneficio económico. Esto, a todas luces, denota una intención oculta, nacida de una previa concertación entre WHITE PEAK, CLARION y el Sr. Beaty .

Esto, obviamente, dejaría entrever que existiría un acuerdo entre ambas partes en la que CLARION les habría ofrecido beneficios económicos al momento de adoptar el control de SIMSA, viéndose entonces beneficiados WHITE PEAK y ORANGE BAY con la operación montada por CLARION y el Sr. Beaty. Esto, como lo veremos más adelante, es totalmente cierto y existen pruebas al respecto.

Adicionalmente, podríamos incluso decir que WHITE PEAK ya recibió un beneficio económico al ayudar a CLARION y al Sr. Beaty con su estrategia de toma de control; beneficio que consistiría en recibir la prima de control que ambos accionistas pagaron

por hacerse del control de la Compañía (tomando en cuenta que entre los dos adquirieron más del 50% de SIMSA). Recordando lo ya expuesto en nuestros anteriores escritos, tanto CLARION como el Sr. Beaty pagaron S/. 8.20 por las acciones, precio que claramente reflejaba la prima de control pagado por ambos como reflejo de su pretensión de toma de control. Esta prima de control se encuentra sustentada en el informe de valorización que obra en el expediente.

No obstante esto, existe otro beneficio adicional al quedarse en SIMSA, que como veremos más adelante consiste en obtener una salida de la Compañía a través de un comprador extranjero, CHELIABINSK, que la señora Isabel Arias Vargas de Millership, promotora de toda la operación (utilizando como fachada a su empresa CLARION), habría ya conseguido para vender SIMSA a espaldas del accionista TALINGO.

2.4 La actuación de WHITE PEAK y ORANGE BAY en el presente procedimiento: La pérdida del derecho de veto

Otro punto a tener en cuenta, vinculado directamente con lo expuesto en párrafos anteriores, es el hecho que WHITE PEAK y ORANGE BAY (aparentemente) se "encuentran"⁵ en la misma situación que TALINGO, en el sentido que éstos estarían también perdiendo el derecho de veto que el estatuto de SIMSA le ha conferido a todos los accionistas y que se fundamenta, como ya hemos explicado, en la idea de una sociedad de consensos; idea que además, ha regido la vida societaria de SIMSA desde hace muchos años.

Debemos entender, como ya lo hemos venido adelantando, que la actuación concertada entre CLARION y el Sr. Beaty (una vez que la Compañía haya sido maliciosamente adaptada a una sociedad anónima abierta) tiene como finalidad adquirir el control de SIMSA y dejar sin derecho de veto a los demás accionistas de la Compañía, para aprovechar la situación y vender los activos y acciones de SIMSA a un tercero (CHELIABINSK), sin que nadie pueda oponerse a los acuerdos adoptados concertadamente por CLARION y el Sr. Beaty.

TALINGO, consciente de esta estrategia, y como era de esperarse, interpuso una denuncia en contra de CLARION y el Sr. Beaty, así como ha venido adoptando una serie

⁵ Hacemos uso de las comillas en esta palabra ya que WHITE PEAK y ORANGE BAY no se encuentran realmente en la misma situación que TALINGO, dado que se encuentran confabulados con CLARION y, por ende, en una clara situación de ventaja frente a

de medidas para impedir que CLARION y el Sr. Beaty asuman efectivamente el control de SIMSA, mermando así los derechos de los demás accionistas.

Sin embargo, resulta incoherente que otros accionistas que se encuentran en la misma calidad de afectados que TALINGO adopten una posición neutral, dejando que un accionista asuma -o pretenda asumir- el control de la sociedad de la cual forman parte. Este es justamente el caso de WHITE PEAK y ORANGE BAY, los cuales estarían en la misma posición que TALINGO, vale decir, corriendo el riesgo de perder su derecho de veto⁶.

Resulta pues inusual que un accionista esté dispuesto a tolerar esta situación y a permitir, tranquila y pacíficamente, que lo despojen del poder de veto que mantiene sobre la administración de una empresa; poder de veto que viene rigiendo la toma de decisiones en SIMSA desde hace tiempo y que desde sus inicios fue aceptada por los accionistas.

Ahondando en esta idea, uno de los fundamentos que sustentan los reclamos de TALINGO es la de hacer valer las obligaciones que rigen el sistema del Mercado de Valores, específicamente la de efectuar una OPA cuando se desea tomar el control de una compañía. En este sentido, TALINGO -como un accionista consciente de lo que realmente está pasando detrás de toda esta operación- desea que se haga una OPA, para recibir así la prima de control que le corresponde de acuerdo a la legislación bursátil. La pregunta que cae por su propio peso es ¿Por qué no reclaman también WHITE PEAK y ORANGE BAY el mismo derecho? ¿Es que acaso les habrían prometido algún otro beneficio?

Ante esta situación, solamente queda una de dos opciones: (i) la primera es que ni WHITE PEAK ni ORANGE BAY se encuentran enterados de la pretensión de toma de control por parte de CLARION y el Sr. Beaty; o, (ii) ni a WHITE PEAK ni a ORANGE BAY les afecta en nada la referida pretensión, dado que se encuentran totalmente de acuerdo con la estrategia montada y hasta recibirían un beneficio por su actuación.

TALINGO. Sin embargo, a efectos de explicar este punto, tomaremos como válido el supuesto negado que tanto WHITE PEAK y ORANGE BAY se encuentran en la misma situación de desventaja frente a CLARION que TALINGO.

⁶ Como recordaremos, al transformarse SIMSA en una sociedad anónima abierta, los quórums y mayorías bajan hasta el máximo establecido por la Ley General de Sociedades (artículo 257°)

Dado que descartamos la posibilidad de que dos accionistas principales⁷ de SIMSA no conozcan del conflicto de accionistas que hoy en día asalta a la empresa, debemos inevitablemente llegar a la conclusión que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY no sólo saben de este conflicto sino que además, se ven beneficiados con el hecho que CLARION y el Sr. Beaty asuman el control de la Compañía, es decir, los consienten, toleran y hasta contribuyen a su realización. Es decir, se encuentran coludidos.

De los indicios y hechos aquí expuestos denunciarnos que estas empresas se encuentran confabuladas con CLARION y el Sr. Beaty y que además recibirían un beneficio como producto de su actuación. Este beneficio, tal y como adelantamos, comprende una salida a través de un comprador previamente contactado (CHELIABINSK), así como probablemente un acuerdo previo con CLARION y el Sr. Beaty para dirigir conjuntamente SIMSA. En otras palabras, la concertación entre estas empresas no se habría limitado a la venta de las acciones, sino también incluiría apoyo en esta etapa posterior.

Queremos dejar en claro que nuestra posición es la de un accionista que intenta hacer valer sus derechos y evitar que otro accionista (con el cual además hemos compartido la dirección de SIMSA durante años) decida ahora arrebatar el control de SIMSA mediante actuaciones concertadas y prácticas cuestionables, sin pagar la prima de control que corresponde conforme a la regulación de OPA; todo con la finalidad última de beneficiarse indebidamente con los activos y acciones de la Compañía.

Si TALINGO reacciona de esta manera ante los hechos ya conocidos en el presente procedimiento ¿porqué no WHITE PEAK u ORANGE BAY hacen lo mismo? La respuesta creemos, es más que obvia.

Partiendo de esta explicación, podemos decir además que, debido a los indicios presentados en este escrito, así como de la conducta asumida por WHITE PEAK y ORANGE BAY, ninguno de éstos debería ser considerado como destinatario de la OPA que en su momento CONASEV se disponga ordenar, dado que, como hemos explicado (i) éstos ya recibieron la prima de control que CLARION y el Sr. Beaty han pagado por adquirir el control de SIMSA (S/. 8.20 por acción); y, (ii) están actuando concertadamente con estos dos últimos accionistas, para justamente adquirir el control

⁷ Hacemos referencia a WHITE PEAK como "principal" ya que, por más que actualmente ostente tan solo el 3.03% del accionariado, no fue hasta hace mucho que mantenía una participación de más del 20%

de la Compañía y beneficiarse posteriormente con esto, por lo que deberían lanzar conjuntamente una OPA en vez de ser destinatario de una.

2.5 La votación de WHITE PEAK y ORANGE BAY en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA de fecha 10 de octubre de 2008

Nuestro quinto Indicio se ve plasmado en la Junta Obligatoria Anual de fecha 10 de octubre de 2008 y reforzado por el escrito de CLARION, presentado con fecha 14 de noviembre de 2008 a la CONASEV. En dicho escrito, utilizado como un argumento para supuestamente desvirtuar nuestra denuncia, la propia CLARION afirma lo siguiente:

*"Como puede apreciarse en el acta adjunta, de los cuatro principales accionistas, Talingo es el que siempre se opone a los acuerdos que, de no ser por ella, **serían aprobados por consenso.***

*Efectivamente, acuerdos tan importantes como la aprobación del presupuesto anual, el número de directores alternos, la elección del vicepresidente del Directorio y la retribución de los directores **contaron con el voto favorable de Clarion, Orange Bay y White Peak, además de otros accionistas minoritarios**⁸." (La negrita es nuestra)*

Como podemos apreciar, con fecha 10 de octubre se llevó a cabo la Junta Obligatoria Anual de SIMSA, acta que fue puesta en conocimiento de CONASEV mediante escrito presentado por CLARION de fecha 14 de noviembre de 2008. Sin embargo, contrario a la aparente intención que tenía CLARION, dicha acta y el respectivo escrito no hacen mas que evidenciar una sola cosa: CLARION, ORANGE BAY y WHITE PEAK se encuentran concertados al adoptar todos y cada uno de los acuerdos en el mismo sentido.

Así pues, podemos mencionar tres ejemplos contundentes: la aprobación del Plan y Presupuesto Anual 2008; la elección de la Sra. Margaret Burns Olvires como directora; y, la elección del Vicepresidente del Directorio. Sobre el punto de la aprobación del Plan y Presupuesto Anual del año 2008, CONASEV podrá confirmar que éste fue aprobado en bloque por los representantes de los accionistas CLARION, ORANGE BAY y WHITE PEAK, oponiéndose TALINGO a la aprobación del mismo.

⁸ Cabe precisar que estos "otros accionistas minoritarios" es el Sr. Victor Hugo Cabrera Salvatierra, quien fue representado en la referida Junta Obligatoria Anual por Diego Peschiera Miffin, abogado del estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Estudio Patrocinante de WHITE PEAK.

La razón de nuestra oposición era elemental ¿cuál era la razón para aprobar el Plan y Presupuesto Anual del año 2008 cuando ya era octubre? Conforme lo expresó el representante de TALINGO, Dr. Eduardo Ferrero Costa, hecho que fue reconocido y aceptado por la propia administración de SIMSA que lo exponía, dicho Plan se encontraba desfasado y no era consistente con lo ocurrido en el año 2008. En efecto, resulta totalmente incoherente aprobar una planificación de un año que está a punto de terminar, cuando lo lógico era –en todo caso- aprobar el del año que venía.

No obstante esto, tanto CLARION, así como ORANGE BAY y WHITE PEAK (actuando los tres al unísono) votaron a favor de dicho Plan y Presupuesto. Comportamiento que más que racional y autónomo, solo puede ser identificado como una actuación concertada y conversada.

Asimismo, la elección de la Sra. Margaret Burns Olivares como directora de SIMSA es también un indicio de la relación entre WHITE PEAK y ORANGE BAY y de cómo ambas empresas no son realmente personas jurídicas independientes sino que, todo lo contrario, actúan al unísono y se encuentran bajo una sola dirección y gestión.

Al respecto, no nos resulta comprensible, cómo es posible que la directora de WHITE PEAK, la Sra. Margaret Burns Olivares haya salido electa si es que WHITE PEAK cuenta únicamente con un 3% del accionariado total de la Compañía y –se supone- cada accionista vota por su propio candidato. La razón es muy simple y es que ORANGE BAY emitió votos a favor de la referida candidata, para que pudiera salir elegida. Esta situación no hace más que revelar la evidente relación y cercanía entre ambas empresas.

Adicionalmente, con respecto a la elección del Vicepresidente del Directorio, resulta curioso ver como tanto CLARION, ORANGE BAY y WHITE PEAK proponen a la propia Isabel Arias Vargas de Millership, directora de CLARION y además, accionista controladora de dicha empresa.

Sin embargo, tal y como se consigna en el acta, el 76.36% de los votos, los cuales representan la participación sumadas de CLARION, WHITE PEAK y ORANGE BAY votaron y aprobaron designar a Isabel Arias Vargas de Millership como Vicepresidenta del Directorio, persona que además y como veremos más adelante, planificó las razones de la estrategia que ella mismo montó con el Sr. Beaty, utilizando para esto a su empresa CLARION.

Nuevamente, no nos resulta comprensible o lógico que ORANGE BAY y WHITE PEAK hayan votado a favor de la candidata –y accionista controladora de CLARION-, la señora Isabel Arias Vargas de Millership. Este comportamiento de votación en bloque únicamente puede ser explicado mediante una concertación entre los tres accionistas mencionados.

De manera adicional, podemos mencionar que el Sr. Jaime de Orbegozo Rapuzzi, representante de ORANGE BAY es director de SIMSA y que la señora Mónica Arias Vargas es su directora alterna. Como hemos mencionado, la señora Mónica Arias Vargas es accionista controladora de WHITE PEAK, por lo que si hubiera independencia real entre ambas empresas, el Sr. Jaime de Orbegozo Rapuzzi tendría como alterno a otra persona no vinculada. Sin embargo, el hecho que esto no sea así es una razón más para afirmar que WHITE PEAK y ORANGE BAY se encuentran bajo la dirección y control de un mismo grupo de personas.

En este orden de ideas, dicha acta es una prueba fehaciente de que la concertación que nosotros señalamos existe y es verídica, por lo que WHITE PEAK y ORANGE BAY se encontraban coordinados con CLARION de manera previa, habiendo efectuado las transferencias a favor del Sr. Beaty y CLARION de manera concertada, anticipando que CLARION tenía la intención de adquirir el control de SIMSA conjuntamente con el Sr. Beaty; previa transformación de SIMSA a una sociedad anónima abierta.

Queremos dejar constancia que el hecho que el Sr. Beaty no haya podido asistir a la mencionada junta de fecha 10 de octubre de 2008 –por encontrarse los derechos de sus acciones suspendidos mediante medida cautelar dictada por CONASEV- no prueba que la concertación entre éste y CLARION no haya existido. Esto es un tema que se verá en su momento.

Sin embargo, dicha acta y el contenido de la misma, de la cual CONASEV ya tiene conocimiento, es prueba plena que WHITE PEAK y ORANGE BAY se encuentran concertados con CLARION, adoptando acuerdos de manera unánime. Utilizando la misma lógica, podemos afirmar que WHITE PEAK y ORANGE BAY iban a votar a favor de la transformación de SIMSA en una sociedad anónima abierta en la junta general de accionistas convocada para el pasado 7 de agosto de 2008.

Como sabemos, la referida junta general de accionistas tenía como finalidad adaptar a SIMSA a una sociedad anónima abierta, con la intención de bajar los quórum y mayorías a los máximos permitidos por la Ley General de Sociedades⁹. Esto, como ya hemos establecido, tenía el único propósito de darle el control absoluto a CLARION y al Sr. Beaty, al haber adquirido conjuntamente más del 50% de las acciones con derecho a voto y haber obtenido así la mayoría absoluta para la adopción de acuerdos.

Siguiendo el razonamiento explicado a lo largo de este escrito y sobre la base de la toma de decisiones de la Junta Obligatoria Anual de fecha 10 de octubre, no es descabellado pensar que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY se disponían a votar a favor de la transformación de SIMSA a una sociedad anónima abierta.

2.6 La oferta de compra de acciones por parte de CHELIABINSK: La última pieza

Finalmente, como último -aunque no el menos importante- tenemos un hecho que vincula a ORANGE BAY y WHITE PEAK a CLARION de manera innegable y contundente: la oferta de adquisición de acciones efectuada por CHELIABINSK, una empresa minera de nacionalidad rusa, dirigida de manera personal a la accionista controladora de CLARION y vicepresidente del Directorio de SIMSA, doña Isabel Arias Vargas de Millership.

De acuerdo al documento de oferta que adjuntamos a la presente, la empresa CHELIABINSK dirigió a Isabel Arias Vargas de Millership una oferta en los siguientes términos:

- Se ofrecía adquirir el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA;
- La adquisición tenía como condición precedente que se varíe las características de gobierno de SIMSA, suprimiendo la supermayoría que venía imperando en el estatuto de SIMSA;
- Asimismo, la adquisición involucraba la participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos;
- Asimismo, la oferta establecía la posibilidad de adquirir un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA; y,

⁹ Como sabemos, la Ley General de Sociedades establece límites máximos de quórum y mayorías para la adopción de acuerdos, límites considerablemente menores a los establecidos en el estatuto de SIMSA. Dichos topes eran justamente los que la Sra. Isabel Arias Vargas de Millership buscaba al transformar a la Compañía a una sociedad anónima abierta; obteniendo así el control absoluto de la misma.

- Le daba el 100% de los contratos comerciales de minerales que SIMSA tenía

Como vemos, la condición precedente de suprimir la supermayoría que regía la toma de decisiones en SIMSA, del 80% de las acciones requería ser eliminado para que la oferta proceda, razón por la cual CLARION procedió a efectuar los contratos de donación con los trabajadores de la Compañía, bajo el falso pretexto de "liberar" a SIMSA del "entrampamiento" del que se encontraba. De la misma manera, CLARION debía obtener más del 50% del accionariado de SIMSA, a efectos de otorgarle a CHELIABINSK la opción de compra sobre un mayor número de acciones.

Justamente en este último punto es donde tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY intervinieron, a efectos de darle el número de acciones necesario para la venta y beneficiarse también con lo que la minera rusa pudiera pagar sobre el 27.54% de acciones que ambas mantenían.

Así pues, tal y como lo menciona la cláusula 4 -denominada "precondiciones"- del documento de oferta de CHELIABINSK:

"La oferta se encuentra sujeta a la aceptación y el respaldo de la gerencia y el Directorio de SIMSA. El anuncio de la oferta formal estará sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones previas:

(...)

*b) Resolver los asuntos de gobierno corporativo, **Incluyendo la cláusula de mayorías especiales, la cual debería ser cambiada por un gobierno de mayoría simple para la toma de decisiones importantes**" (La negrita es nuestra)*

De igual manera, respecto a la necesidad de tener el 50% + 1 de las acciones de SIMSA, la cláusula 5 -denominada "opción del comprador"- del documento de oferta de CHELIABINSK, esta establece que:

*"Chelyabinsk Zinc Plant recibirá una opción para incrementar su capital en un **50% + 1 de las acciones con derecho a voto de SIMSA** en el 2010, ya sea mediante la emisión de nuevas acciones o a través de la compra de acciones existentes. El precio de opción será determinado por el banco de inversión acordado u otra compañía de valoración externa." (La negrita es nuestra)*

Por último, el penúltimo párrafo de la cláusula 3 -denominada estructura de la operación- del documento de oferta de CHELIABINSK establecía lo siguiente:

"Junto con la participación en el capital de SIMSA, Chelyabinsk Zinc Plant recibirá el 51% de interés en los proyectos de exploración de SIMSA, Incluyendo la propiedad Tarmatambo y los prospectos de Tambomaría y San Roque. Estos activos serían previamente escindidos de SIMSA." (La negrita es nuestra)

Estas citas no son más que extractos del documento que adjuntamos a la presente denuncia; sin embargo, la claridad con la que desenmascaran las verdaderas intenciones de CLARION y, específicamente de la señora Isabel Arias Vargas de Millership es innegable. En efecto, el documento que en su oportunidad se sirva analizar CONASEV es la razón fundamental por la que CLARION decidió adquirir - concertadamente con el Sr. Beaty- más del 50% de las acciones de SIMSA; asimismo, fue esta la razón por la que decidió efectuar los contratos de donación para transformar a la Compañía a una sociedad anónima abierta, bajando así los quórums y mayorías.

Cabe hacer hincapié en que el documento de la oferta de CHELIABINSK es de fecha 17 de julio de 2007, por lo que si armamos de manera breve los acontecimientos hasta la fecha podemos arribar al siguiente esquema de acontecimientos:

- En algún momento a principios de julio (o antes) de 2007, la señora Isabel Arias Vargas de Millership y CHELIABINSK empezaron negociaciones para la venta de un porcentaje significativo de acciones. En dichas negociaciones, CHELIABINSK estableció que las condiciones eran las siguientes: (i) adquiriría en principio el 27% del accionariado de WHITE PEAK y ORANGE BAY); (ii) Adicionalmente, adquiriría el 51% de la propiedad de los proyectos mineros Tarmatambo, Tambomaría y San Roque (previa escisión); (iii) Por último, aumentaría la participación al 50% + 1 de las acciones sobre el accionariado de SIMSA;
- La primera parte de la estrategia fue hacer que el 11 de julio de 2007, WHITE PEAK, con pleno conocimiento de las negociaciones descritas, venda un paquete de acciones a CLARION y al Sr. Beaty, para que ambos tengan el 50.07% de las acciones de SIMSA;

- La oferta de CHELIABINSK, efectuado este paso previo, es formalizada en escrito 6 días después, es decir, el 17 de julio de 2007 (documento adjunto);
- Una vez formalizada la oferta, la estrategia para transformar a SIMSA en una sociedad anónima abierta comienza en el mes de diciembre de 2007, vía la ilegal donación de acciones. La razón de esto es que CLARION esperaba que al 31 de diciembre de 2007, SIMSA tuviera los suficientes accionistas para ser considerada una sociedad anónima abierta en el 2008¹⁰. Con esto, la precondition descrita en la cláusula 4 de la oferta de CHELIABINSK (y citada arriba) se habría iniciado.
- CLARION, aún convencido de que SIMSA ya era una sociedad anónima abierta -cosa que hasta el momento negamos rotundamente-, debía adecuar los estatutos, bajando los quórum y mayorías a los máximos permitidos por la Ley General de Sociedades. En este punto es que a CLARION le es útil el 50.07% adquirido concertado con el Sr. Beaty, dado que estaba seguro que podría haber efectuado el cambio de estatutos sin necesidad de la ayuda de nadie más.
- Esta etapa de la estrategia, sin embargo, falló, ya que mediante resolución no. 03 expedida por el décimo séptimo juzgado especializado en lo civil de lima, la junta convocada y que tenía la finalidad de adaptar los estatutos de SIMSA a una sociedad anónima abierta nunca se llevó a cabo. Así pues, los ilícitos planes de CLARION -y particularmente- de Isabel Arias Vargas de Millership, se vieron frustrados desde diciembre de 2008 hasta ahora.

Sin embargo, de haberse logrado esta etapa, se habría cumplido con la precondition establecida en la oferta efectuada por CHELIABINSK y tanto esta empresa como la señora Isabel Arias Vargas de Millership habrían procedido a la siguiente etapa de la oferta planteada: la venta del 27% del accionariado de SIMSA (de propiedad de WHITE PEAK y ORANGE BAY); todo esto por supuesto, sin conocimiento del Directorio

¹⁰ En efecto, la señora Isabel Arias Vargas de Millership, confiada en su estrategia, basó la estrategia de la venta de las donaciones en el segundo párrafo del artículo 263 de la Ley General de Sociedades, el que a la letra dice que: "*La adaptación a sociedad anónima abierta tendrá carácter obligatorio cuando al término de un ejercicio anual la sociedad alcance alguna de las condiciones previstas en los numerales 1, 2 ó 3 del artículo 249 (...)*"

(Incluyendo al propio Presidente del Directorio Don Jesús Arias Dávila), la Junta de Accionistas, accionistas minoritarios o inclusive, el mercado mismo¹¹.

2.6.1 La venta del 27% de SIMSA: WHITE PEAK y ORANGE BAY

Es acá donde entramos al punto central del asunto, dado que aquí se ve claramente la vinculación de WHITE PEAK y ORANGE BAY con la oferta de CHELIABINSK y por ende, con toda la estrategia orquestada por la señora Isabel Arias Vargas e implementada a través de CLARION y el Sr. Beaty.

Si recordamos, luego de la venta de las acciones hacia CLARION y el Sr. Beaty, el accionariado entre WHITE PEAK y ORANGE BAY quedó así:

Accionista	Porcentaje
White Peak Resources Inc.	3.03%
Orange Bay Commercial Inc.	24.51%
TOTAL	27.54%

Si observamos, el accionariado de WHITE PEAK y ORANGE BAY suman el porcentaje de acciones que CHELIABINSK ofrecía adquirir del accionariado de SIMSA en su oferta de 17 de julio de 2007. Si sumamos este indicio al hecho que WHITE PEAK se quedó con tan solo ese 3.03% (que parecía ilógico) no nos queda duda en afirmar que el beneficio que recibiría WHITE PEAK y ORANGE BAY al quedarse en SIMSA (sin manifestar molestia alguna por la actitud de CLARION) era recibir la cantidad de US\$ 13'635,000.00 por sus porcentajes; es decir, la suma de S/. 42'677,550.00.

Esto, no solo demuestra y revela las verdaderas razones por las que WHITE PEAK permaneció con un porcentaje tan pequeño, sino que además, revela la actitud de ambos frente a los acontecimientos que rodeaban a SIMSA; ambos accionistas sabían que eventualmente iban a vender sus acciones a favor de CHELIABINSK, por lo que al tener un comprador asegurado, no importaba perder el derecho de veto que el estatuto de SIMSA les había otorgado.

Las actitudes, aparentemente, pacíficas y despreocupadas de WHITE PEAK y ORANGE BAY (que antes parecían erráticas y confusas), aparecen ahora totalmente coherentes.

¹¹ Sin embargo, no descartamos que los directores propuestos por WHITE PEAK, ORANGE BAY y CLARION (además de la propia

lógicas y destinadas a un solo propósito: obtener un beneficio a cambio de la ayuda brindada a CLARION y el Sr. Beaty.

De esta manera, queda demostrado que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY sabían de la estrategia de CLARION y el Sr. Beaty para transformar la sociedad y obtener más del 50% (en el marco de la operación de CHELIABINSK) y que no sólo la ayudaron a implementar sino que la aceptaban y avalaban totalmente; dado que iban a recibir un beneficio económico directo por esto.

2.6.2 La inminencia de la entrada en vigencia de la oferta de CHELIABINSK

A esto, cabe agregar un par de temas adicionales. El primero es que toda la estrategia de adquisición concertada, donación de las acciones (bajo la cínica excusa de ser un "beneficio" para los trabajadores) fue fraudulenta e ilegal y tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY se vieron involucrados. Esto los hace cómplices de las acciones de CLARION y el Sr. Beaty y por lo tanto, una investigación debería iniciarse en contra de ambas.

Por último y como segundo tema a tener en cuenta, debemos puntualizar que la oferta de CHELIABINSK era una oferta firme y que estaba en vías de ejecución. Así, tal cual se establece en el numeral a) de la cláusula 4, así como en la cláusula 8 de la oferta de fecha 17 de julio de 2007, la oferta estaba condicionada a que se bajen los quórums y que se realice un due diligence sobre SIMSA.

Como bien lo demuestran los acuerdos de confidencialidad entre el Sub-Gerente General de SIMSA, el Sr. Mario del Río Amézaga¹² y los representantes de CHELIABINSK, así como entre el primero y los representantes de EUROMIN; estos últimos en su calidad de representantes de CHELIABINSK en el Perú, el due diligence sobre SIMSA era inminente, por lo que la oferta de la empresa minera rusa, lejos de ser preliminar, era bastante formal y prácticamente definitiva.

Cabe puntualizar que dichos acuerdos de confidencialidad tienen como fechas 12 de febrero y 15 de mayo de 2008, respectivamente. A todo esto cabe preguntarse: Una oferta por el 27% del accionariado con posibilidad de adquirir el 50% + 1; una

Isabel Arias Vargas de Millership) si hayan tenido conocimiento de dicha oferta.

¹² A pesar de que su nombramiento en Registros Público es solo de Sub-Gerente, el Sr. Del Río Amézaga firma como Gerente General, sin conocimiento del Directorio o la Junta General de Accionistas de SIMSA, hecho que en su momento será indagado.

obligación de adecuar los estatutos de SIMSA; la escisión de tres prospectos mineros (dejando a SIMSA sin prácticamente nada) ¿alguna vez fue algo de esto comunicado al Directorio, a la Junta General de Accionistas o al mercado en general (siendo que era una empresa pública)?

La respuesta es negativa ya que estas tratativas formales fueron mantenidas ocultas por Isabel Arias Vargas de Millership, CLARION, WHITE PEAK y ORANGE BAY, tanto al resto de accionistas (minoritarios incluidos), al Presidente del Directorio, el Directorio y al mercado en general.

Esta actitud, creemos, inclusive fue en contra de lo deseado por CHELIABINSK, dado que en su oferta de compra de acciones de SIMSA establece en repetidas oportunidades lo siguiente¹³:

"La oferta se encuentra sujeta a la aceptación y el respaldo de la gerencia y el Directorio de SIMSA.

(...)

***"Tanto el contenido del presente documento, así como el interés de Chelyabinsk Zinc Plant en SIMSA, tienen un carácter estrictamente confidencial y no podrán ser revelados sin el consentimiento previo por escrito de Chelyabinsk Zinc Plant, a cualquier otra parte que no sea el Directorio o los asesores financieros o legales de SIMSA. "* (La negrita es nuestra)**

Tomando en cuenta que la oferta es de julio de 2007 y los acuerdos de confidencialidad de febrero y mayo de 2008 ¿Cuándo esperaba la señora Isabel Arias Vargas de Millership informar esto al Directorio de SIMSA? ¿Estaba acaso ocultando esta información de los accionistas no involucrados en su operación, es decir, TALINGO y los accionistas minoritarios?

Esto es algo que creemos que la propia Isabel Arias Vargas de Millership debería de contestar cuando se le cite a prestar su declaración testimonial en virtud de la prueba ofrecida por TALINGO.

III. CONCLUSIONES

¹³ Dichas citas corresponden a la cláusula 4 y 9 de la oferta de CHELIABINSK, respectivamente. Asimismo, el documento siempre hace referencia a las negociaciones con "SIMSA", no con "CLARION" o con "Isabel Arias Vargas" a título personal. Esto no hace más que demostrar que la oferta, se suponía, iba dirigida a SIMSA como sociedad en su conjunto; hecho que nunca llegó a suceder.

- 3.1 Conforme lo hemos expuesto en anteriores escritos, debemos recordar que un indicio es un hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado que, analizado en conjunto con otros indicios, conducen a la certeza sobre un hecho desconocido que tiene relación con la materia controvertida¹⁴.

En tal sentido, podemos explicar al indicio como aquel hecho aislado que aparentemente no guarda ninguna relación con el hecho denunciado o alegado pero que apunta, luego de una interpretación, a señalar como verídico un hecho o una situación de la cual, en un principio, desconocemos a ciencia cierta si es que sucedió o no.

Como ya hemos recalcado en anteriores oportunidades, ni el análisis de los indicios por separado, ni su contradicción de manera aislada resultan siendo suficientes o válidos al momento de intentar desvirtuar la presunción de algún hecho. En este sentido, se requiere de algo más para poder llegar a hablar correctamente de una "prueba indiciaria"; específicamente, un ejercicio de análisis en conjunto.

- 3.2 Luego de analizados los indicios expuestos en el presente escrito, podemos válidamente inferir y concluir lo siguiente:

- No solamente existe una relación entre WHITE PEAK y ORANGE BAY sino que ambas empresas, a pesar de aparentar ser dos personas jurídicas independientes son realmente un mismo "ente", controlado y dirigido por las mismas personas: Mónica Arias Vargas y Rocío Arias Vargas.

En este orden de ideas, la actuación de una se encuentra coordinada con la otra, por lo que la presente denuncia es dirigida en contra de ambas sociedades, por encontrarse ambas en coordinación con CLARION y el Sr. Beaty.

- La transferencia de acciones a favor de CLARION y el Sr. Beaty se coordinaron con, y se efectuaron en la presencia de, WHITE PEAK; por lo que ésta supo exactamente quienes recibirían las acciones y en qué porcentaje. Asimismo, hemos establecido que tanto el representante de CLARION, el representante de WHITE PEAK y la señora Isabel Arias Vargas de Millership se encontraban presentes en las oficinas de Credibolsa al momento de hacerse las transferencias, estando los dos primeros coordinados en las

¹⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Armando rompecabezas incompletos, el Uso de la Prueba Indiciaria" en: Derecho & Sociedad 25, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. Pág. 229.

transferencias efectuadas y bajo la dirección de la accionista principal de CLARION, la señora Isabel Arias Vargas de Millership.

Por lo demás, éste es un indicio que WHITE PEAK ayudó a montar e implementar la estrategia, ejecutando el primer paso de ésta: la adquisición conjunta por parte de CLARION y el Sr. Beaty por más de 50% de las acciones de SIMSA.

- Luego de efectuadas las transferencias, WHITE PEAK mantuvo un porcentaje minúsculo de acciones –a penas por encima del 3%-. Esta situación (a primera vista) carece de todo sentido ya que como sabemos, SIMSA es una sociedad que se maneja por consensos, requiriendo quórums y mayorías de 80%.

Por esta razón, no tenía sentido que alguien que en algún momento tuvo más del 30% de las acciones de SIMSA transfiera acciones para quedarse con tan sólo un 3%. Esto, indudablemente, implica que WHITE PEAK –así como ORANGE BAY- tenían algún interés en mantenerse en la Compañía. Este interés, como ya hemos mencionado, era tener una salida segura de la Compañía a través de la adquisición de sus acciones por parte de un comprador extranjero (CHELIABINSK).

Asimismo, esto nos hace llegar a la conclusión que WHITE PEAK, y consecuentemente ORANGE BAY, se encontraban plenamente conscientes de las etapas de la operación de toma de control a ser implementada por CLARION y el Sr. Beaty.

- Ligado al punto precedente y como un argumento más para reforzar el hecho que WHITE PEAK y ORANGE BAY conocían perfectamente de la estrategia a ser implementada por CLARION y el Sr. Beaty, se encuentra el extraño comportamiento que ha venido teniendo WHITE PEAK y ORANGE BAY a lo largo del procedimiento y, es más, desde que se inició la toma de control de SIMSA desde el mes de diciembre de 2007.

A pesar de tener una posición accionaria similar a la de TALINGO y correr el mismo peligro de tener sus derechos afectados por la actuación de CLARION y el Sr. Beaty, su preocupación es nula; es decir ninguna de las dos empresas aquí denunciadas han manifestado oposición o preocupación alguna ante los acontecimientos expuestos a lo largo del presente procedimiento.

Asimismo, no obstante haber presentado nosotros una denuncia y sendos escritos - tanto a nivel administrativo como judicial- poniendo en conocimiento de las respectivas autoridades el irregular comportamiento de CLARION y el Sr. Beaty, WHITE PEAK y ORANGE BAY parecen no inmutarse ni preocuparse en lo absoluto por las consecuencias de los irregulares actos debidamente denunciados. No encontramos otra explicación a este hecho, salvo que estos accionistas no sólo se encuentran plenamente conscientes de la estrategia montada, sino que además, la avalan y respaldan; es decir, se encuentran en concertación con CLARION.

En este sentido, se sienten tranquilos de tener una salida segura de la Compañía.

- Por otro lado, y como materialización de lo que estamos denunciando en el presente escrito, tenemos la Junta Obligatoria Anual de fecha 10 de octubre de 2008; junta en la que claramente se ve -y además CLARION afirma con sus propias palabras- que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY siguen a CLARION en la adopción de acuerdos, votando estas tres empresas en bloque y manifiesto consenso; no habiendo absolutamente ninguna Independencia por parte de las dos empresas objeto de la presente denuncia.

Esta junta de accionistas no es más que la plasmación y resultado del acuerdo entre CLARION, WHITE PEAK y ORANGE BAY.

- Por último y como hecho que ata a todo el resto, tenemos la oferta efectuada por CHELIABINSK y dirigida a Isabel Arias Vargas de Millership. Oferta que deja muy en claro las verdaderas intenciones que tuvieron CLARION y el Sr. Beaty al adquirir las acciones y efectuar los contratos de donación. De igual manera, revela que la actuación de WHITE PEAK y ORANGE BAY al vender las acciones y posteriormente, adoptar una posición de "actuación en bloque" con CLARION, tenían un verdadero sustento y era el de vender su participación (ascendente al 27.54%) a la minera CHELIABINSK.

Esta oferta, más que un indicio, es una prueba contundente de que la actuación y estrategia denunciada por nosotros no era fortuita o "inventada" como inferían CLARION y el Sr. Beaty sino que, todo lo contrario era coordinada, planificada y, más importante aún, tenía la ayuda y cooperación de tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY.

Como es de conocimiento de CONASEV, nuestra actitud es totalmente en contra de la de CLARION y el Sr. Beaty, por lo que hemos intentado impedir a toda costa la toma de control

por parte de éstos en SIMSA. Sin embargo, la actitud adoptada por WHITE PEAK y ORANGE BAY ante estos acontecimientos, sumados a la oferta de CHELIABINSK, no deja otra alternativa salvo pensar que ambos saben perfectamente acerca de la estrategia de toma de control montada por CLARION y el Sr. Beaty, reforzándola y consintiéndola. Por ese motivo, interponemos la presente denuncia, con la finalidad que CONASEV inicie las acciones pertinentes.

Por último, ante esta actitud y partiendo de la premisa que tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY se encuentran inmersos en la estrategia armada por CLARION y el Sr. Beaty, no nos queda otra cosa más que interpretar que ambos accionistas pretendían emitir un voto concertado con CLARION y el Sr. Beaty en la junta general de accionistas suspendida con fecha 7 de agosto del 2008. En este orden de ideas, no dudamos en inferir que las ilícitas actuaciones denunciadas en su oportunidad, no solo les era conocida sino que, de resultar la estrategia de toma de control de SIMSA por parte de CLARION y el Sr. Beaty, les iba a resultar favorable.

POR TANTO:

Es por todo lo expuesto que solicitamos a la Dirección de Emisores de CONASEV inicie la respectiva investigación a WHITE PEAK y ORANGE BAY por los indicios aquí expuestos, levantando la reserva bursátil de ser necesario, por ser indicios de la concertación que tienen éstas con CLARION y el Sr. Beaty.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que, para efectos de la investigación que disponga CONASEV, cumplimos con señalar los domicilios de White Peak Resources Inc. y Orange Bay Commercial Inc.:

White Peak
Resources Inc.: Estudio Burns, Pacheco y Funcke
Los Libertadores 395
San Isidro
Lima.

Orange Bay
Commercial Inc.: Atención: Sr. Christian Heinrich Funcke Cliriani
/ Sra. Margaret Grace Cecilia Burns Olivares
Estudio Rolando Castellares
Avenida José Galvez Barrenechea 246
San Isidro
Lima.

Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.
Avenida San Felipe 758
Jesús María
Lima.

Atención: Jaime de Orbegoso Rapuzzi

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, adjuntamos los siguientes documentos en calidad de medios probatorios:

- Copia de la página web del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano en el que consta como parte de sus abogados a la fecha el señor Jaime de Orbegoso Rapuzzi, representante de Orange Bay Commercial Inc., así como los señores Eduardo López Sandoval y Efraín Salazar Echegaray, abogados de CLARION y el Sr. Diego Peschiera Mifflin, representante del Sr. Víctor Hugo Cabrera Salvatierra en la última Junta Obligatoria Anual de fecha 10 de octubre de 2008. (Anexo 1);
- Copia de la página web del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano en el que consta como cliente la empresa Panamerican Silver Corp (Anexo 2);
- Copia de la Junta Obligatoria Anual de Accionistas de fecha 10 de octubre de 2008 (Anexo 3);
- Copia de la traducción certificada de la oferta efectuada por la empresa Cheliabinsk Zinc Plant a la señora Isabel Arias Vargas de Millership, accionista controladora de Clarion Holding Ltd. de fecha 17 de julio de 2007 (Anexo 4);
- Copia de la traducción certificada del acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub-Gerente de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., Sr. Mario del Río Amézaga y el representante de Cheliabinsk Zinc Plant, Sr. Berislav Galovic (Anexo 5); y,
- Copia de la traducción certificada del acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub-Gerente de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., Sr. Mario del Río Amézaga y el representante de Euromin S.A., Sr. Gustavo Bedoya Cámara (Anexo 6).

Asimismo, ofrecemos los siguientes medios probatorios:

- Que CONASEV ordene el levantamiento de la reserva bursátil a Centura SAB, a efectos de determinar cómo se efectuó la transferencia de las 20'014,696 acciones de White Peak Resources a favor de Orange Bay Commercial Inc.;
- Exhibición por parte de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. de la documentación original de (i) la oferta efectuada por Cheliabinsk Zinc Plant a la señora Isabel Arias Vargas de Millership, accionista controladora de Clarion Holding Ltd. de fecha 17 de julio de 2007; (ii) acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub-Gerente de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., Sr. Mario del Río Amézaga y el representante de Cheliabinsk Zinc Plant, Sr. Berislav Galovic; y, (iii) acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub-Gerente de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., Sr. Mario del Río Amézaga y el representante de Euromin S.A., Sr. Gustavo Bedoya Cámara; y,
- Declaración testimonial del Sr. Gustavo Bedoya Cámara, representante de Euromin S.A., para que brinde su declaración acerca de lo siguiente: (i) Las razones por las cuales celebren un acuerdo de confidencialidad con Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.; y, (ii) La vinculación entre Euromin S.A. y la minera rusa Cheliabinsk Zinc Plant.

CONASEV 000000032

A tales efectos, cumplimos con informar que las direcciones a las que se les deberá notificar a Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. y al Sr. Gustavo Bedoya Cámere, representante de Euromin S.A. son las siguientes:

Compañía Minera Av. Paseo de la República 3832, Oficina 101
San Ignacio de San Isidro
Morococha S.A.: Lima.

Atención: Sra. Victoria Isabel Arias Vargas de
Millership
Directoria
Euromin S.A.: Av. Miguel Dasso 230, Oficina 702
San Isidro
Lima.

Atención: Sr. Gustavo Bedoya Cámere



Rafael Picasso Salinas
Reg. C.A.L. 12946

Lima, 13 de enero de 2009



Eduardo Ferrero Costa
Talingo Corporation

CONASEV 000000033

Anexo 4

TRADUCIDO SIN LEGALIZACIONES OFICIALES

TRADUCCIÓN SIMPLE SIN VALOR OFICIAL

TRA. 0009-09/P 01811

**CHELYABINSK ZINC PLANT
PRESIDENTE DEL DIRECTORIO**

17 de julio de 2007

ESTRICTAMENTE CONFIDENCIAL

Para: Isabel Arias de Millership
Directora
Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.
Av. Paseo La República 3832, Oficina 201, San Isidro
Lima 27 - Perú

Estimada señorita Arias,

**Ofertas Indicativas por el 27% de las acciones con derecho a voto de SIMSA,
Perú**

Chelyabinsk Zinc Plant y Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (SIMSA) han sostenido varias reuniones durante los últimos meses, a fin de explorar las formas mediante las cuales las dos compañías podrían trabajar de manera conjunta. Después de la debida consideración, Chelyabinsk Zinc Plant ha llegado a la conclusión de que la mejor opción que maximizaría las sinergias entre ambas compañías, sería la de hacer una oferta para la participación en el capital de SIMSA, con sujeción a que esta propuesta sea respaldada por la gerencia y el Directorio de SIMSA.

1. Base Estratégica

Chelyabinsk Zinc Plant dentro de su estrategia de integración vertical está interesada en los activos y prospectos operativos de SIMSA, incluyendo la mina San Vicente y los proyectos de exploración en el Perú. Reconocemos que SIMSA necesitaría acelerar sus operaciones y proyectos de inversión, y consideramos que las actividades comerciales combinadas de Chelyabinsk Zinc Plant y SIMSA se beneficiarán de la cooperación. Asimismo, Chelyabinsk Zinc Plant comprará el total de la producción de los concentrados de zinc de SIMSA.

2. Propuesta Indicativa

Con sujeción a las condiciones previas que se establecen más adelante y sobre una base indicativa, Chelyabinsk Zinc Plant estaría preparada para realizar una oferta en efectivo, a fin de adquirir el 27% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, a un monto de US\$ 13 635 000, el cual concuerda con nuestra valoración del total de la compañía que asciende a US\$ 50 500 000 al contado y libre de deudas. Esta valoración indicativa se encuentra sujeta a la situación geológica, la producción, los gastos operativos y los requerimientos de inversión según la definición propuesta por Santa Bárbara en su modelo de flujo de efectivo antes de la deducción de impuestos,

CONASEV 000000057

así como a nuestras suposiciones respecto a los tipos impositivos corporativos y la depreciación de activos. El precio de oferta final será condicional en una futura debida diligencia.

3. Estructura del Acuerdo

Chelyabinsk Zinc Plant adquiere el 27% de las acciones con derecho a voto de SIMSA por el monto que se indica en el punto que antecede, con una escala de regalías en base a los precios promedios anuales del zinc para el período 2009-2013.

El monto de las regalías será calculado como el 42% de cada incremento del dólar en el precio promedio anual del zinc en la Bolsa de Metales de Londres sobre el nivel de precio definido en el modelo de Santa Bárbara (1700, 1900, 2000, 2200 y 2200 en el periodo 2009-2013, respectivamente) multiplicado por el 27% de la producción de concentrados de zinc en la mina San Vicente.

Junto con la participación en el capital de SIMSA, Chelyabinsk Zinc Plant recibirá el 51% de interés en los proyectos de exploración de SIMSA, incluyendo la propiedad Tarmatambo y los prospectos de Tambomaría y San Roque. Estos activos serían previamente escindidos de SIMSA.

Chelyabinsk Zinc Plant y SIMSA firmarán el acuerdo de prelevo por el 100% de la producción de concentrados a partir del 2010.

4. Condiciones Previas

La oferta se encuentra sujeta a la aceptación y el respaldo de la gerencia y el Directorio de SIMSA. El anuncio de la oferta formal estará sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones previas:

- a) Acceso y cooperación para un nivel razonable de debida diligencia, incluyendo debida diligencia técnica, geológica, financiera y legal.
- b) Resolver los asuntos de gobierno corporativo, incluyendo la cláusula de mayorías especiales, la cual debería ser cambiada por un gobierno de mayoría simple para la toma de decisiones importantes.

La oferta formal estaría sujeta a los términos y condiciones usuales aplicables a una oferta para una compañía pública, incluyendo la obtención de compensaciones de fusión relevantes.

5. Opción del Comprador

Chelyabinsk Zinc Plant recibirá una opción para incrementar su capital en un 50% + 1 de las acciones con derecho a voto de SIMSA en el 2010, ya sea mediante la emisión de nuevas acciones o a través de la compra de acciones existentes. El precio de opción será determinado por el banco de inversión acordado u otra compañía de valoración externa.

6. Compromisos de Inversión del Comprador

Chelyabinsk Zinc Plant se comprometerá a financiar el programa de gastos de capital de SIMSA, incluyendo la construcción de un túnel de desagüe y exploración, cuyo costo anticipado se ha establecido en este momento en US\$ 30 millones aproximadamente y que sería completado durante el periodo comprendido entre los años 2009 y 20012.

Estas inversiones serán financiadas con la deuda, así como con las fuentes de capital.

7. Asuntos de Gobierno Corporativo

De conformidad con el acuerdo, Chelyabinsk Zinc Plant estará representada en el Directorio de manera proporcional a su patrimonio de capital.

Asimismo, Chelyabinsk Zinc Plant tendrá el derecho de designar a un gerente general de minas.

8. Cronograma

Una vez recibida la información y el acceso para llevar a cabo la debida diligencia, Chelyabinsk Zinc Plant requeriría cuatro (4) semanas para completar el ejercicio de la debida diligencia enfocado y, con sujeción a sus resultados y al cumplimiento de las demás condiciones previas antes mencionadas, se encontrará en posición de anunciar una oferta formal.

9. Confidencialidad y Exigibilidad

Tanto el contenido del presente documento, así como el interés de Chelyabinsk Zinc Plant en SIMSA, tienen un carácter estrictamente confidencial y no podrán ser revelados sin el consentimiento previo por escrito de Chelyabinsk Zinc Plant, a cualquier otra parte que no sea el Directorio o los asesores financieros o legales de SIMSA.

Para evitar cualquier tipo de dudas, este documento no tiene una naturaleza legalmente vinculante y únicamente pretende transmitir el interés indicativo de Chelyabinsk Zinc Plant en una posible transacción y sus expectativas actuales con respecto a la forma que dicha transacción pudiera tener. Ni el interés de Chelyabinsk Zinc Plant, ni el contenido del presente documento serán interpretados o considerados como una oferta formal o evidencia de una intención de oferta formal hecha a SIMSA.

Chelyabinsk Zinc Plant queda a la espera de su respuesta respecto a la propuesta aquí contenida.

Atentamente,

(fdo.) Sergei Moiseyev
 Presidente del Directorio

GV/ML-pa
 330009A9.3

TRADUCCIÓN SIMPLE SIN VALOR OFICIAL

CONASEV 000000059

mp
 Lic. Mariela Cármen Pizarro Sabogal
 Colegio de Traductores del Perú N° 51

9 JUL 17 15 23

RECEPCION DE DOCUMENTOS
NO INDICA CONFECCION

Expediente	2007036571
Sumilla	Absuelve escritos de Talingo

A LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE LA COMISION NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES - CONASEV:

Clarion Holding Limited Corporation (en adelante, "**Clarion**"), una compañía gobernada bajo las leyes de la República de Panamá, con domicilio real en Apartado Postal 0832-0886 W.T.C., Panamá, y con domicilio para estos efectos en Avenida San Felipe N° 758, Jesús Maria, Lima, Perú, debidamente representada por el señor Víctor Ostolaza Fernández – Prada, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08191933, según poderes que obran en el expediente, en los seguidos por Talingo Corporation (en adelante, "**Talingo**"), por presunta infracción de las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, la "**LMV**") y el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, el "**ROPA**"), atentamente decimos:

Que hemos tomado conocimiento de (i) el escrito presentado por Talingo el 13 de enero de 2009, en cuya virtud solicita el inicio de investigación contra Orange Bay Commercial Inc. (en adelante, "**Orange Bay**") y White Peak Resources Inc. (en adelante, "**White Peak**"), por presunta actuación concertada con Clarion y el señor Ross Beaty (en adelante, el "**señor Beaty**"), y (ii) el escrito presentado por Talingo el 21 de enero de 2009, en que ofrece un indicio adicional, consistente en las presuntas negociaciones con Cheliabinsk Zinc Plant (en adelante, "**Cheliabinsk**") sobre venta de activos, concentrados y parte del accionariado de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "**SIMSA**").

Por medio de este escrito, absolvemos lo expuesto por Talingo en los mencionados escritos, demostrando las contradicciones en que incurre respecto de la posición que

CONASEV 000001

inicialmente sostuvo en su denuncia del 28 de diciembre de 2007 (en adelante, la "Denuncia"), así como que el indicio adicional ofrecido más bien desvirtúa el débil argumento de la concertación esgrimido por Talingo. Asimismo, nos referiremos a la mala fe que evidencia Talingo en su conducta procedimental, al presentar traducciones maliciosamente manipuladas, en vista de lo insostenible de su argumento de la actuación concertada. Finalmente, analizaremos el verdadero propósito perseguido por Talingo al presentar la Denuncia.

I. **EL NUEVO INDICIO APORTADO POR TALINGO**

Tanto en su escrito del 13 de enero de 2009 (en adelante, la "Ampliación de la Denuncia"), como en el escrito del 21 de enero de 2009, Talingo se refiere a un indicio adicional que, a su criterio, constituye la "última pieza" de su argumentación, dado que "ata, ordena y da sentido" a sus indicios y argumentos.

Dicho indicio adicional es la supuesta existencia de negociaciones con Cheliabinsk para la venta de activos, concentrados y parte del accionariado de SIMSA, todo ello condicionado a la modificación del estatuto de SIMSA para la eliminación del derecho de veto de los accionistas que cuentan con más del 20% de participación accionaria.

Como demostraremos en las secciones siguientes, el indicio adicional mencionado por Talingo ha sido interpretado de manera sesgada y maliciosa con la única finalidad de hacerlo encajar, forzosamente, en el esquema ideado por Talingo. De hecho, el nuevo indicio no sólo no fortalece la argumentación que ha venido sosteniendo Talingo, sino que la debilita, ya que siguiendo su propio razonamiento, la supuesta concertación entre Clarion y el señor Beaty no tendría razón de ser.

CONASEV 000000

1 Los documentos no evidencian negociaciones sostenidas por Clarion

- 1.1 En primer lugar, hacemos notar que el documento del 17 de julio de 2007 (en adelante, la "Oferta") está dirigido a la señora Isabel Arias Vargas, en su condición de Directora de SIMSA, y no hace referencia a Clarion o a algún otro accionista de SIMSA. Incluso, en el primer párrafo, se menciona expresamente que las reuniones han sido sostenidas entre Chelyabinsk y SIMSA.

Asimismo, en la Oferta no figura constancia de recepción por parte de la supuesta destinataria o de algún representante de Clarion.

- 1.2 De otro lado, Clarion no es parte de los convenios de confidencialidad del 12 de febrero de 2008 y del 15 de mayo de 2008 (conjuntamente, los "Convenios de Confidencialidad"). En efecto, conforme se puede apreciar de sus propios términos, dichos instrumentos fueron celebrados entre SIMSA, Cheliabinsk y Euromin, sin intervención de los accionistas de SIMSA.

Como reconoce la propia Talingo, los Convenios de Confidencialidad fueron suscritos por el señor Mario Del Río Amezaga, en representación de SIMSA.

- 1.3 Pese a que Clarion no es el destinatario de la Oferta ni es parte de los Convenios de Confidencialidad, Talingo pretende vincular a Clarion con la Oferta señalando que la señora Isabel Arias Vargas sería su accionista controladora.

Sin embargo, tal hecho no ha sido debidamente probado por Talingo, como debe hacer todo sujeto que afirme algo en un procedimiento administrativo. En consecuencia, sustentándose la imputación de vinculación de Clarion y la señora Isabel Arias Vargas en una mera

CONASEV 000000

afirmación de Talingo, debe ser desestimada por la Dirección de Emisores.

- 1.4 Asimismo, cabe resaltar que los Convenios de Confidencialidad no hacen referencia a la Oferta o a las presuntas negociaciones de julio de 2007, por lo que la vinculación entre la Oferta y los Convenios de Confidencialidad es otro hecho que no se desprende de los mismos, sino que se sustenta únicamente en lo afirmado por Talingo.
- 1.5 Cabe resaltar que más forzada aun resulta la pretendida vinculación de Clarion con los Convenios de Confidencialidad, los cuales hacen referencia en todo momento a SIMSA y están firmados por un miembro de su gerencia.

Por tanto, si Talingo como accionista y los directores propuestos por ella no tenían conocimiento de un documento presuntamente firmado por un miembro de la gerencia de SIMSA, lo que ello evidencia es más bien un deficiente cumplimiento de los deberes de fiscalización que les corresponde a dichos directores.

2 La Oferta constituye una muestra de interés no vinculante

- 2.1 Talingo sostiene que la Oferta era "*firme y que estaba en vías de ejecución*"¹. Sin embargo, como demostraremos a continuación, ello es totalmente falso.
- 2.2 En primer lugar, la Oferta se denomina "*non-binding Offer*", cuya traducción fiel al castellano sería "oferta no vinculante". No obstante, en la traducción presentada por Talingo, dicho término es traducido como "ofertas indicativas", lo que no brinda una idea clara de su sentido, siendo más bien una traducción deliberadamente confusa.

¹ Escrito de Talingo del 21 de enero de 2009, p. 12.

Del mismo modo, en la sección 2 de la Oferta, se menciona expresamente que ella se hace sobre una base no vinculante ("*non-binding basis*"), lo que vuelve a ser traducido en forma maliciosa por Talingo como "indicativo", restándole claridad al término.

2.3 Adicionalmente, en la sección 8 del documento se menciona que, únicamente luego de realizar un due diligence y que se cumpla las condiciones, Chelyabinsk estaría en condiciones de realizar una oferta formal. De ello se colige que la Oferta no es una oferta firme, sino una simple manifestación que evidenciaría el interés de Chelyabinsk en invertir en SIMSA, pero nada más.

2.4 En conclusión, la afirmación de Talingo sobre que la Oferta constituye una oferta firme y en vías de ejecución carece de todo sustento, por lo que deberá ser descartada por la Dirección de Emisores.

3 Descripción del verdadero contenido de los documentos presentados por Talingo

3.1 Sin perjuicio de que, como ya demostramos, la Oferta y los Convenios de Confidencialidad no evidencian negociaciones sostenidas por Clarion y que la Oferta es sólo una manifestación inicial de interés dirigida a una directora, cuya efectiva recepción por ésta no ha sido acreditada, creemos pertinente hacer algunos comentarios sobre la interpretación de los términos de la Oferta que realizó Talingo.

3.2 Dejamos constancia de que, pese a que en los siguientes párrafos se pueda hacer referencia a Orange Bay, White Peak y al señor Beaty, ello no constituye una defensa de tales personas, como maliciosamente podría sugerir Talingo, sino una referencia necesaria dado que vamos a efectuar un análisis del contenido de la Oferta y de la interpretación planteada por Talingo.

CONASEV 000000

CLARION HOLDING LTD. CORP.

3.3 A continuación, analizaremos cada uno de los términos de la Oferta, a fin de evidenciar la mala fe con que procedió Talingo al realizar su sesgada interpretación:

(i) Venta del 27% de acciones de SIMSA

En virtud de la Oferta, Chelyabinsk habría manifestado interés en adquirir hasta el 27% de acciones emitidas por SIMSA. Sin embargo, en ningún momento se hace referencia a quiénes serían los vendedores en dicha operación.

En efecto, que los vendedores vayan a ser Orange Bay y White Peak es una presunción apresurada y sin sustento de Talingo que no se desprenden de los términos de la Oferta.

Sin perjuicio de ello, siguiendo por un momento el equivocado y tendencioso razonamiento de Talingo, si las acciones que iba a comprar Chelyabinsk eran las de Orange Bay y White Peak, ¿por qué la oferta no era por el 27.54% de acciones de SIMSA? ¿Por qué mantendrían esas sociedades un 0.54% de participación en SIMSA?

Como vemos, la equivocada tesis del "derecho de salida" esgrimida por Talingo es inconsistente, dado que, según ella, Orange Bay y White Peak venderían parcialmente su participación, quedándose con un 0.54%. Ello no se condice con el carácter de derecho de salida que para dichas sociedades, según Talingo, supondría la Oferta.

Por tanto, la teoría de que el 27% de acciones de SIMSA a que se refiere la Oferta sería vendido por Orange Bay y White Peak no sólo es una presunción de Talingo sin mayor sustento que su sola afirmación, sino que entraña una contradicción en sí misma.

CONASEV 000000

(ii) Supuesta venta de los activos de SIMSA

Un segundo punto destacado por Talingo en su interpretación de la Oferta es la supuesta venta de activos de SIMSA a favor de Chelyabinsk. Los activos que, según Talingo, serían vendidos consistían en el 51% de participación en ciertos proyectos de exploración de SIMSA.

La interpretación de Talingo nuevamente es forzada y tendenciosa, dado que en ningún momento la Oferta se refiere a la venta de los referidos activos, sino a una escisión.

Esto último es un elemento fundamental que intencionalmente pretende soslayar SIMSA, ya que en una escisión, quienes reciben las acciones derivadas de la transferencia del bloque patrimonial segregado son los accionistas de la sociedad escindida.

Así, siguiendo el razonamiento de Talingo, de producirse la escisión del referido bloque patrimonial, todos los accionistas de SIMSA, incluyendo a Talingo, recibirían acciones emitidas por la receptora del bloque segregado. Adicionalmente, los accionistas que no estuvieran de acuerdo con la operación, estarían adecuadamente tutelados por el derecho de separación regulado en la Ley General de Sociedades. En consecuencia, no se puede sostener que la supuesta escisión perjudique a los accionistas o, en particular, a Talingo.

Cabe destacar que si, como sostiene Talingo, se produjera la referida escisión, el 49% de los proyectos mineros restante quedarían en titularidad de SIMSA, la sociedad escindida. Por tanto, la alusión a que Clarion adquiriría la titularidad de ese 49% es manifiestamente insostenible, tiene el propósito de confundir

CONASEV 000000

a la Dirección de Emisores y demuestra, una vez más, la mala fe con que viene actuando Talingo en el presente procedimiento.

De otro lado, siendo la Oferta una propuesta dirigida a SIMSA, suponemos que partía de la premisa de que los accionistas necesarios estuvieran de acuerdo. En caso de no estarlo, simplemente la escisión no se concretaría.

Finalmente, la eventual adaptación a sociedad anónima abierta sería consecuencia de la aplicación de la Ley General de Sociedades, como consecuencia de las legítimas donaciones efectuadas por Clarion, cuya validez es materia de un proceso judicial. Por consiguiente, sobre tales hechos no corresponde que se pronuncie CONASEV.

Por tanto, pese a los esfuerzos de Talingo para confundir a la Dirección de Emisores, solicitamos que dicho órgano analice las presuntas infracciones a la regulación de Oferta Pública de Adquisición (en adelante, "OPA") de manera independiente a la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, dado que lo que se discute en el proceso judicial y en este procedimiento administrativo son cuestiones totalmente independientes.

En efecto, como detallaremos más adelante, hacemos notar que la materia que se discute en este procedimiento sancionador no tiene vinculación alguna con la adaptación, al punto que lo que CONASEV resuelva no incidirá, en absoluto, en la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, una vez que se declare infundada la demanda de Talingo en el ámbito judicial.

CONASEV 000000

(iii) Opción de compra a favor de Chelyabinsk

En este punto es que Talingo pone en evidencia, con mayor claridad, su mala fe e intención de confundir a la Dirección de Emisores.

De acuerdo con la sección 5) de la Oferta, la opción que Chelyabinsk recibiría era para incrementar su participación hasta el 50%+1 de acciones de SIMSA ("an option to increase its stake to 50%+1"). Como quiera que, según la propia Oferta, Chelyabinsk adquiriría en un primer momento el 27% de acciones de SIMSA, la opción sería por 23%+1 de acciones, que iba a ser lo que le faltaría para llegar al 50%+1 de acciones referido en la sección 5) de la Oferta.

Sin embargo, en una muestra adicional de la mala fe con que Talingo viene actuando en este procedimiento, en la traducción que presenta se señala que Chelyabinsk "recibirá una opción para incrementar su capital en un 50%+1 de las acciones con derecho a voto de SIMSA"².

Como podrá apreciar la Dirección de Emisores, la forma correcta de traducir la sección 5) de la Oferta es que la opción que se recibe es para incrementar su participación a un 50%+1 y no en un 50%+1. La diferencia, aunque consiste en una sola palabra, es sustancial, debido a que implica una variación en el porcentaje de acciones que involucraría la opción.

Teniendo en consideración la forma de actuar de Talingo en este procedimiento, la que ha incluido el ofrecimiento como indicios de hechos manifiestamente impertinentes³ y la omisión de

² Escrito de Talingo del 21 de enero de 2009, p. 6.

³ Nos referimos al nombramiento de Andrés Dasso como director de SIMSA. Talingo señaló que era un indicio más de la supuesta concertación. Sin embargo, como demostramos, el señor

hechos relevantes⁴, no queda sino presumir que la equivocación en la traducción presentada por Talingo es deliberada y tiene por propósito confundir a la Dirección de Emisores.

En efecto, dado lo insostenible de su tesis, Talingo no sólo se ve obligada a inventar hechos que pretende presentar como indicios, sino que también debe manipular la información de los documentos que presenta, tales como la Oferta, a fin de que encajen en el artificioso argumento de la actuación concertada.

Como demostraremos, la intencional inexactitud de la traducción presentada por Talingo es necesaria para justificar la participación del señor Beaty en la supuesta concertación.

Así, siguiendo el razonamiento de Talingo, en un primer momento el 27% de acciones inicial iba a ser vendido por Orange Bay y White Peak.

En un segundo momento, analizando el verdadero contenido del documento presentado por Talingo, Chelyabinsk iba a tener la opción de adquirir un 23%+1 adicional (para llegar al 50%+1 de acciones de SIMSA). En este punto, Talingo, apoyándose en su deliberadamente incorrecta traducción, señala que la supuesta adquisición concertada iba a permitir a Clarion y al señor Beaty tener el número de acciones necesario para cumplir con la opción de compra de Chelyabinsk⁵. Esta última afirmación no es consistente con lo que en realidad señala el documento presentado por Talingo.

Dasso es director de SIMSA desde antes de que Clarion fuera accionista de SIMSA e, incluso, fue propuesto para el cargo, en anterior oportunidad, por Talingo.

⁴ Nos referimos a la omisión de toda referencia a la operación del 8 de junio de 2007. Según Talingo, el precio pagado por Clarion el 11 de julio de 2007 (S/. 8.20) refleja el pago de una prima. Sin embargo, la propia Talingo intervino el 8 de junio de 2007 en una operación en que era evidente que no se transfería participación significativa y el precio pagado fue S/. 8.80, lo que desvirtúa plenamente la tesis de que el precio pagado por Talingo incorporaba una prima.

⁵ Escrito de Talingo del 21 de enero de 2009, p. 7.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

De acuerdo a lo que hemos explicado, según el verdadero contenido del documento aportado por Talingo, la opción iba a ser otorgada por 23%+1 de acciones de SIMSA, por lo que para su cumplimiento Clarion tenía el número suficiente de acciones, sin que sea necesaria la participación del señor Beaty. En efecto, incluso siguiendo el tendencioso razonamiento de Talingo, al ser titular del 48.85% de acciones de SIMSA, Clarion podría por sí misma cumplir con otorgar la opción por el 23%+1, sin requerir el concurso del señor Beaty o cualquier otro accionista. Entonces, siempre siguiendo el torcido razonamiento de Talingo, ¿para qué concertaría Clarion con el señor Beaty?

Dada la experiencia de los asesores legales de Talingo, resulta poco verosímil que no hayan advertido una inconsistencia en su argumentación tan evidente. Lo único que nos resta pensar, como desarrollaremos más adelante, es que lo hacen ante la necesidad de forzar la aplicación de la regulación de OPA. Efectivamente, ellos saben que sin la imputación de una adquisición, individual o concertada, que implique alcanzar o incrementar participación significativa, no habría materia investigable por parte de CONASEV. En atención a ello y a su verdadero propósito, defender el derecho de veto que maliciosamente han ejercido, se ven forzados a referirse a una adquisición producida varios meses antes a la fecha en que iban a perder su derecho de veto. Sin embargo, al involucrar también a Orange Bay y White Peak han terminado enredados en el intrincado esquema que ellos mismos idearon.

En conclusión, como puede apreciar la Dirección de Emisores, la Oferta y la opción que ella contiene, en particular, no sólo no constituyen un indicio de concertación, sino que terminan siendo un indicio que claramente desvirtúa y debilita el artificioso argumento de la concertación esgrimido por Talingo.

CONASEV 000000

CLARION HOLDING LTD. CORP.**(iv) Transferencia del 100% de la producción de concentrados de SIMSA**

Con respecto a este punto, hacemos notar que lo único que señala el documento presentado por Talingo es que Chelyabinsk y SIMSA celebrarían un "off-take agreement" por el 100% de la producción de concentrados. Sin embargo, las condiciones de dicho contrato no están fijadas, por lo que del documento se desprende que esa afirmación es una manifestación de interés inicial, estando las condiciones sujetas a una posterior negociación entre Chelyabinsk y SIMSA, sin que en ella tome parte Clarion o algún otro accionista de SIMSA.

Ahora bien, como corresponde, cualquier pretensión de Chelyabinsk u otro tercero para negociar la adquisición de la producción de concentrados tendría que ser negociada con SIMSA, recibiendo esta última el pago correspondiente por los concentrados producidos.

En consecuencia, es falsa la afirmación de que Clarion dispondría de la producción de SIMSA. En efecto, SIMSA es la única persona que puede disponer de su producción y recibir a cambio la contraprestación respectiva. Entendemos que, precisamente, por esa misma razón la Oferta se dirige y refiere en todo momento a SIMSA y no a sus accionistas.

Por tanto, resulta forzada la interpretación que hace Talingo al pretender concluir a partir del documento que presenta que Clarion obtendría algún beneficio directo de la supuesta venta de la producción de concentrados.

CONASEV 000000

(v) Comunicación al Directorio y la Gerencia

Como último punto, Talingo destaca que era condición de la Oferta que sea comunicada al Directorio y la gerencia de SIMSA.

Al respecto, cabe destacar que lo que se estipulaba como condición en el documento presentado por Talingo era que la propuesta sea respaldada por el Directorio y la gerencia de SIMSA. De este modo, la consecuencia de no contar con este respaldo, sea por un rechazo expreso o por no haber tomado conocimiento del mismo, sería la imposibilidad de llevar a cabo la operación descrita en el documento que presentó Talingo, situación en la que Talingo no podría argumentar afectación alguna.

Sin perjuicio de ello, con sus actos, Talingo termina contradiciendo lo que sostiene en su escrito. Así, de un lado Talingo sostiene que la Oferta fue mantenida oculta por su presunta receptora, sin embargo presenta una copia sin indicar cómo accedió a ella. Esto último resulta fundamental, ya que salvo que Chelyabinsk les haya entregado la copia de la Oferta, no entendemos cómo es que un documento que la supuesta receptora mantuvo oculto llegó a manos de Talingo. Ciertamente, dependiendo de cómo fue que Talingo consiguió el documento, el argumento del ocultamiento quedaría totalmente desvirtuado.

Adicionalmente, Talingo ha realizado una serie de afirmaciones sin mayor sustento que su mera aseveración, por lo que deberán ser desestimadas por la Dirección de Emisores.

Así, Talingo no ha probado que: (i) la Oferta haya sido recibida por la directora Isabel Arias Vargas, (ii) exista vinculación entre

CONASEV 000000

Clarion y la señora Isabel Arias Vargas, o (iii) Clarion haya tenido conocimiento de la Oferta. Como podrá advertir la Dirección de Emisores, la acreditación de tales hechos es punto de partida indispensable para sustentar el argumento postulado por Talingo. Sin embargo, esta última omite cumplir con la carga de acreditar lo que sostiene y pretende basar su posición en meras afirmaciones.

4 Consecuencias de que se concrete una operación como la descrita en la Oferta

- 4.1 En la sección anterior hemos descrito el verdadero contenido de los documentos ofrecidos por Talingo, cuya maliciosa y sesgada interpretación parte de premisas que no han sido probadas y que, en ciertas secciones, fueron deliberadamente traducidos de manera incorrecta. Asimismo, hemos anticipado las evidentes inconsistencias de las que adolece el razonamiento de Talingo.

Ahora corresponde, como último paso del ejercicio, continuar analizando el razonamiento de Talingo, a fin de dilucidar si la Oferta, de ser cierta, constituiría una amenaza para los intereses de los demás accionistas de SIMSA o cualquier otra persona con intereses en ella.

- 4.2 Talingo sostiene que la Oferta supondría, en síntesis, que algunos accionistas de Clarion negociarían en conjunto la venta de sus acciones a un tercero. Entre esos accionistas no estaría Talingo.

Con respecto a tal supuesto, sin perjuicio de que negamos en todos sus extremos la imputación de haber concertado con White Peak, Orange Bay y/o el Señor Beaty, conviene destacar las siguientes premisas:

- (i) Las acciones emitidas por SIMSA son libremente transferibles. En efecto, siendo valores mobiliarios inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores y listados en la Bolsa de Valores

CONASEV 000000

de Lima, las acciones emitidas por SIMSA pueden ser negociadas y transferidas libremente por sus titulares, no existiendo derecho de adquisición preferente respecto de ellas.

Por tanto, cualquier accionista de SIMSA, incluso Talingo, podría negociar y, eventualmente, vender sus acciones, sin que los demás accionistas estén facultados objetar dicha transferencia.

- (ii) Los titulares de acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores y listados en la Bolsa de Valores de Lima pueden disponer de sus acciones en forma individual o conjunta.

Ciertamente, la concertación es una cuestión relevante sólo en caso de adquisición de acciones listadas en bolsa y siempre que se alcance participación significativa, en los términos del ROPA. Por tanto, la concertación para la venta de acciones listadas en bolsa es un hecho totalmente lícito, sin importar el porcentaje de acciones involucrado en la venta. Ciertamente, si el adquirente alcanza participación significativa, deberá cumplir con la regulación de OPA, pero es una obligación que sólo concierne al adquirente, no a los vendedores.

- 4.3 Ahora bien, aun si asumiéramos que, pese a sus notorias inconsistencias, la tesis de Talingo es correcta y algunos accionistas de SIMSA, entre los que no se encontraba Talingo, hubieran concertado para vender sus acciones a un tercero, los intereses de Talingo estarían adecuadamente tutelados por la normativa, no siendo necesario pronunciamiento alguno de CONASEV.

En efecto, si la mencionada adquisición de acciones entraña que el tercero vaya a alcanzar participación significativa en SIMSA, dicho tercero lanzará la OPA correspondiente, permitiendo a Talingo y a los demás accionistas beneficiarse de la prima. Ello es aplicable tanto en el momento de la adquisición inicial, como en el caso del ejercicio de la

opción que le permita al tercero alcanzar el 50%+1 de acciones de SIMSA.

De otro lado, si luego de realizada la(s) mencionada(s) OPA(s), Talingo permaneciera como accionista de SIMSA y no estuviera de acuerdo con la supuesta escisión, podría ejercer el derecho de separación que le confiere la Ley General de Sociedades.

Finalmente, la negociación de la producción de concentrados sería realizada, en su oportunidad, por la administración de SIMSA, quedando en beneficio de ésta la contraprestación que se pague.

En conclusión, la normativa vigente cautela adecuadamente los intereses de los accionistas de SIMSA en caso que se concretara lo descrito en el documento aportado por Talingo, incluso siguiendo su tendencioso razonamiento.

- 4.4 Sin perjuicio de lo anterior, si Talingo pretendiera sostener que la reducción de quórum y mayorías derivada de la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta causada por las donaciones de Clarion le genera algún perjuicio ilícito, ello no es un tema que corresponda dilucidar a CONASEV.

Al respecto, debe notarse que la sola adaptación a sociedad anónima abierta que debió producirse el 1 de enero de 2008 no configura un supuesto de adquisición o aumento de participación significativa, dado que en ese momento no se verifica uno de los presupuestos concurrentes para la obligación de efectuar una OPA: la adquisición de acciones a título oneroso. Sabiendo esto último, Talingo se vio obligada a buscar en el pasado una adquisición de acciones y trató de vincularla forzosamente a la adaptación, elaborando un argumento burdo y efectista que, estamos seguros, no confundirá a la Dirección de Emisores.

CONASEV 000000

- 4.5 A mayor abundamiento, tal como hemos sostenido, la adaptación a sociedad anónima abierta es un hecho totalmente independiente de la presunta adquisición de participación significativa imputada a Clarion, tanto a nivel de sus causas como de sus consecuencias.

Así, en el supuesto negado que CONASEV determinara que Clarion y el señor Beaty actuaron concertadamente, la infracción se habría cometido el 11 de julio de 2007, fecha en la que habrían rebasado el umbral de 50% previsto en el ROPA, sin que sea necesario hecho adicional alguno para que se configure la infracción. Por tanto, la eventual reducción de quóruns y mayorías es totalmente irrelevante para determinar si se cometió la infracción que denuncia Talingo.

Adicionalmente, cabe destacar que la adaptación a sociedad anónima abierta, incluyendo sus consecuencias legales como la reducción de quóruns y mayorías, es un hecho que ocurrirá con total independencia de lo que resuelva CONASEV en este procedimiento.

De hecho, como quiera que no es un hecho que cumpla con los presupuestos de la obligación de efectuar OPA previstos en el artículo 4° del ROPA, la adaptación a sociedad anónima abierta sólo depende de cómo se resuelva el cuestionamiento de Talingo a las donaciones efectuadas por Clarion, planteado en sede judicial, sin que sea relevante para estos efectos el pronunciamiento de CONASEV.

Ciertamente, incluso podría darse el supuesto que CONASEV sancione a Clarion por infracción a la regulación de OPA y el Poder Judicial declare infundada la demanda de nulidad de los contratos de donación planteada por Talingo, lo que acarrearía la adaptación a sociedad anónima abierta.

Para finalizar, el grado de independencia entre la investigación de la presunta infracción a la regulación de OPA y la validez de los contratos

CLARION HOLDING LTD. CORP.

de donación es tal que ambos temas se vienen tramitando paralelamente en sede administrativa y judicial, respectivamente.

- 4.6 Ahora bien, pese a lo evidente de la independencia de las materias discutidas en sede administrativa y judicial, Talingo pretende infructuosamente vincular la compra de acciones del 11 de julio de 2007 con la adaptación a sociedad anónima abierta.

Como desarrollaremos más adelante, el único objetivo que persigue con ello Talingo, denunciando a Clarion con el artificioso argumento de la adquisición concertada de participación significativa, es forzar la intervención de CONASEV, obstaculizando el ilícito mecanismo de supresión de derecho de veto promovido por Clarion.

II. EL NUEVO INDICIO DESVIRTÚA LA IMPUTACIÓN DE ACTUACIÓN CONCERTADA EFECTUADA POR TALINGO

1 Posición inicial de Talingo

- 1.1 En la Denuncia, Talingo sostuvo que las personas que actuaron concertadamente para adquirir participación significativa eran Clarion y el señor Beaty.

Dicha imputación fue sustentada en una serie de indicios que estaban referidos únicamente al momento de la adquisición. Clarion demostró que los hechos esgrimidos por Talingo no constituían indicios de concertación, sino que obedecían al simple hecho de que el vendedor era la misma persona y que Clarion no pudo comprar la totalidad del paquete ofrecido por el vendedor, porque de hacerlo iba a superar el umbral de 50% previsto en el ROPA, lo que nunca fue (ni es) su intención.

- 1.2 Como bien apuntó Clarion en su contestación presentada el 30 de enero de 2008 (en adelante, la "Contestación") y en diversos escritos

CONASEV 000000

presentados tanto en el expediente principal como en el cautelar, la Denuncia adolecía de la acreditación de la unidad de propósito con que estarían actuando los presuntos actores concertados, elemento fundamental en un esquema de adquisición concertada de participación significativa.

- 1.3 Al no existir dicha unidad de propósito, Talingo no pudo probarla, lo que inició el debilitamiento de su efectista argumento sobre la supuesta existencia de concertación entre Clarion y el señor Beaty.

Este hecho fue advertido por Talingo y sus asesores legales, por lo que trataron de crear nueva "evidencia" que sustentara su artificiosa tesis.

2 **Modificación de la posición inicial de Talingo y efectos del nuevo indicio**

- 2.1 En vista de la poca solidez de su posición y que la propia Dirección de Emisores ya se había pronunciado sobre la insuficiencia de indicios siquiera para dictar una medida cautelar a su favor en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 del 26 de febrero de 2008, Talingo se vio en la imperiosa necesidad de "aportar" nuevos elementos que sustentaran su argumentación.
- 2.2 Conducido por dicha necesidad, Talingo realizó dos actos procesales en el expediente principal: de un lado presentó la Ampliación de la Denuncia, imputando a Orange Bay y White Peak participación en la presunta actuación concertada de Clarion y el señor Beaty y, de otro lado, presentó como supuesto nuevo indicio de concertación la Oferta y los Convenios de Confidencialidad.

El propósito de tales actos, como Talingo menciona expresamente, era aportar el "hecho irrefutable" que daba sentido a los indicios y argumentos contenidos en la Denuncia: la presunta actuación concertada de Clarion y el señor Beaty. Así, según su propia

CLARION HOLDING LTD. CORP.

declaración, Talingo no estaba cambiando la posición sostenida en la Denuncia, sino aportando más indicios que, en teoría, la dotaban de mayor solidez.

Sin embargo, como ya anticipamos al momento de describir el verdadero contenido del documento presentado por Talingo, ambos actos resultan siendo manifiestamente inconsistentes con su posición inicial y terminan debilitando aun más el argumento efectista de la actuación concertada que planteó en la Denuncia.

- 2.3 Así, siguiendo el confuso razonamiento de Talingo, es pertinente que nos detengamos a analizar sus inconsistencias y contradicción con la posición inicial contenida en la Denuncia.

Dejamos constancia que, en el ejercicio que desarrollaremos en esta sección, asumimos como ciertas las citadas expresiones de Talingo, con el único propósito de demostrar su inconsistencia.

- (i) ¿Era necesario concertar con el señor Beaty para cumplir con lo supuestamente ofrecido a Chelyabinsk?

En la Ampliación de la Denuncia y en su escrito del 21 de enero de 2009, Talingo sostiene que, desde un inicio, Clarion, el señor Beaty, White Peak y Orange Bay estaban confabulados.

Así, en la Ampliación de la Denuncia, Talingo señala expresamente que *"tanto WHITE PEAK como ORANGE BAY estarían actuando (o dejando de actuar) en concertación con la estrategia armada por CLARION y el Sr. Beaty, para llegar a tomar el control absoluto de la Compañía"*⁶. En el mismo sentido, en su escrito del 21 de enero de 2009 manifiesta que el 11 de julio White Peak contaba con *"pleno conocimiento de las negociaciones"* con Chelyabinsk.

⁶ Ampliación de la Denuncia, p. 7

Si, en conjunto, Clarion, White Peak y Orange Bay son titulares del 76.39% de acciones de SIMSA y la venta y opción de compra descritas en la Oferta involucraban, como máximo, el 50%+1 de acciones, cabe hacer las siguientes preguntas:

- ¿Tenían Clarion, White Peak y Orange Bay las acciones suficientes para cubrir el 50%+1 supuestamente ofrecido a Chelyabinsk?
 - ¿Necesitaba Clarion concertar con el señor Beaty para cumplir con lo "ofrecido" a Chelyabinsk?
- (ii) ¿La Oferta representaba una salida para los "accionistas confabulados"?

Conforme a la tesis de Talingo, la Oferta representaba una posibilidad de salida ante el ingreso de un tercero a SIMSA. Así, en la Ampliación de la Denuncia señala que el beneficio para White Peak y Orange Bay *"comprende una salida a través de un comprador previamente contactado (CHELYABINSK)"*⁷.

Asimismo, en el escrito del 21 de enero de 2009, Talingo menciona que con la opción de compra prevista en la Oferta, Clarion y el señor Beaty tenían *"una alternativa de salida de SIMSA"*⁸.

De otro lado, en la Ampliación de la Denuncia, Talingo califica de contrario a la lógica el comportamiento de White Peak de quedarse con un, en sus términos, minúsculo 3.03% de acciones de SIMSA luego de la venta del 11 de julio de 2007. En este

⁷ Ampliación de la Denuncia, p. 17.

⁸ Escrito de Talingo del 21 de enero de 2009, p. 7.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

sentido, Talingo manifiesta que *"lo lógico (...) hubiese sido venderlo todo, en vez de quedarse con tan solo el 3.03%"*⁹.

Ahora bien, según la tesis de Talingo, el primer 27% de acciones de SIMSA iba a ser vendido por White Peak y Orange Bay a Chelyabinsk (quedándose con el 0.54% de acciones de SIMSA), mientras que la opción de compra por el 23%+1 adicional iba a ser cubierta con acciones de Clarion y el señor Beaty (quedándose con el 27.07% de acciones de SIMSA).

Sobre la base de lo expuesto, cabe preguntarnos:

- ¿Representaba la Oferta una verdadera posibilidad de salida para White Peak, Orange Bay, Clarion y el señor Beaty?
- ¿Qué interés tendrían White Peak y Orange Bay en quedarse, al final, con el 0.54% de las acciones de SIMSA¹⁰?
- ¿Qué interés tendrían Clarion y el señor Beaty en quedarse, al final, con el 27.07% de las acciones de SIMSA¹¹?
- ¿Ahora sí resulta lógico para Talingo que White Peak y Orange Bay se queden, en conjunto, con un minúsculo 0.54%?
- ¿Resulta lógico que los que supuestamente pretendían el control se queden con sólo el 27.07% de acciones de una sociedad anónima abierta?

⁹ Ampliación de la Denuncia, p. 14.

¹⁰ Cabe recordar que las participaciones de White Peak y Orange Bay sumadas ascienden a 27.54% del accionariado de SIMSA.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

- (iii) ¿Eran necesarios los votos de las acciones del señor Beaty, White Peak y/u Orange Bay para lograr la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta?

Como se indicó anteriormente, según Talingo, Clarion, White Peak, Orange Bay y el señor Beaty estaban "confabulados" desde un inicio.

En el escrito del 21 de enero de 2009, Talingo señala que la presunta adquisición concertada otorgaba a Clarion y al señor Beaty "el número suficiente de acciones para adoptar acuerdos relevantes y necesarios para el cumplimiento de la Oferta"¹². En el mismo escrito, Talingo agrega que "en este punto (la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta) es que le es útil el 50.07% adquirido concertadamente con el Sr. Beaty, dado que estaba seguro que podría haber efectuado el cambio de estatutos sin necesidad del voto favorable de nadie más."

De acuerdo con los artículos 249° y 263° de la Ley General de Sociedades, son sociedades anónimas abiertas las que tienen más de 750 accionistas al 31 de diciembre de un año.

Lo dispuesto en los citados artículo ha sido reglamentado por CONASEV¹³ mediante la Resolución CONASEV N° 111-2003-EF/94.10, que aprobó las Normas Relativas al Acceso a Información Vinculada a la Marcha Societaria y Convocatorias a Juntas en las Sociedades Anónimas Abiertas (en adelante, las "Normas de SAA").

Así, el artículo 2° de las Normas de SAA establece lo siguiente:

¹¹ Cabe recordar que las participaciones de Clarion y el Señor Beaty sumadas ascienden a 50.07% del accionariado de SIMSA.

¹² Escrito de Talingo del 21 de enero de 2009, p. 6

“Artículo 2°.- OPORTUNIDAD DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Los titulares de acciones de las sociedades anónimas abiertas están facultados a ejercer sus derechos conforme a dicha modalidad societaria, en los supuestos establecidos en el numeral 1 del artículo anterior, a partir del 1° de enero del ejercicio siguiente.”

Nótese que el citado artículo 2° denomina “sociedad anónima abierta” a las que han cumplido con las condiciones previstas en el artículo 249° de la Ley General de Sociedades, sin importar si ya han realizado la modificación de estatuto y pacto social a que se encuentran obligados conforme al artículo 263° de la Ley General de Sociedades.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de las Normas de SAA señala expresamente que *“será de aplicación el régimen de sociedades anónimas previsto en la Ley General de Sociedades producidas las condiciones establecidas en dicho artículo, aun cuando a dicha fecha no haya adecuado su pacto social y estatuto.”*

Como puede apreciarse, CONASEV, órgano competente para reglamentar la Ley General de Sociedades en lo que concierne a sociedades anónimas abiertas, ya adoptó una posición con respecto a un tema que Talingo caprichosamente pretende cuestionar.

De las normas citadas, se desprende con total claridad que la modificación del pacto social y estatuto de una sociedad que, al 31 de diciembre de cierto año, cumplió alguna de las condiciones para ser sociedad anónima abierta, es una mera formalidad que

¹³ Al amparo de la facultad de reglamentación prevista en el artículo 253° de la Ley General de

persigue adecuar los documentos societarios a una realidad legal: su condición de sociedad anónima abierta a partir del 1 de enero del siguiente año.

Precisamente por ser dicha adecuación una mera formalidad, el artículo 263° de la Ley General de Sociedades aclara que, para la adecuación de los documentos societarios, las juntas y acuerdos se adoptarán sin los requisitos de quórum y mayorías.

A partir de lo anterior, es posible concluir, incluso, que no cabe que en la respectiva junta se vote en contra de la adecuación de los documentos societarios de una sociedad que el 1 de enero de determinado año, para todo efecto legal, pasó a ser sociedad anónima abierta por aplicación de los artículos 249° y 263° de la Ley General de Sociedades.

Sobre la base de lo expuesto, es pertinente hacer las siguientes preguntas:

- Considerando que los acuerdos de adecuación de documentos societarios se adoptan sin los requisitos de quórum y mayorías, ¿Clarion necesitaba los votos de las acciones del señor Beaty?
- Si no cabe votar en contra de la adecuación de los documentos societarios de una sociedad en la situación de SIMSA a partir del 1 de enero de 2008, ¿necesitaba Clarion los votos de las acciones de White Peak, Orange Bay y el señor Beaty?
- Sin perjuicio de las respuestas a las preguntas anteriores, si Clarion estaba "confabulado" con White Peak y Orange Bay, sumando el 76.39% de acciones de

SIMSA, ¿estos tres accionistas necesitaban los votos de las acciones del señor Beaty?

- 2.4 En conclusión, el nuevo indicio aportado por Talingo y la Ampliación de la Denuncia no han hecho más que debilitar la argumentación de Talingo, haciéndola caer en evidentes contradicciones.

En efecto, para los propósitos que Clarion tenía según el forzado razonamiento de Talingo, la participación del señor Beaty era totalmente prescindible. Por tanto, la tesis de la concertación entre Clarion y el señor Beaty, argumento central de la Denuncia, no resiste el menor análisis lógico o de verosimilitud, debiendo ser desestimado por la Dirección de Emisores.

- 2.5 En vista de lo expuesto y habiendo quedado demostrado que la concertación con el señor Beaty no se sostiene siquiera en el tendencioso esquema urdido por Talingo en la Denuncia, cabe preguntarse por qué Talingo y sus asesores se empeñan en seguir señalando que Clarion habría actuado concertadamente con el señor Beaty el 11 de julio de 2007. Ensayaremos la respuesta a esta interrogante en la siguiente sección.

III. EL VERDADERO PROPÓSITO DE TALINGO

1. La "sociedad de consensos" y el accionista renegado

- 1.1 Como ha sido mencionado a lo largo de este procedimiento, por el régimen de quórums y mayorías, tanto a nivel de la Junta General de Accionistas como del Directorio, los accionistas de SIMSA titulares de más del 20% de acciones ostentan un derecho de veto estatutario, el cual les permite bloquear determinados acuerdos.

CONASEV 000000

CLARION HOLDING LTD. CORP.

Evidentemente, Clarion conocía de la existencia del derecho de veto estatutario y, en abstracto, no es algo que considere *per se* inviable o perjudicial para la sociedad.

- 1.2 Sin embargo, en el caso concreto de SIMSA, ese derecho de veto venía siendo ejercido por uno de los accionistas de manera abusiva, en perjuicio de los intereses de la sociedad.

Como oportunamente refirió Clarion en la Contestación, por razones que desconocemos, Talingo, a través de los directores elegidos a propuesta suya, frustró sistemáticamente la celebración de sesiones de Directorio. Así, dichos directores no asistían a las sesiones convocadas por el Presidente, excusándose en insulsos formalismos, imposibilitando su celebración por falta de quórum.

- 1.3 Del mismo modo, Talingo frustró la celebración de la Junta General de Accionistas. A estos efectos basta señalar que la Junta Obligatoria Anual de Accionistas de 2008 recién fue celebrada el 10 de octubre de 2008.

- 1.4 Adicionalmente, a fin de demostrar que la actitud renegada de Talingo persiste hasta la actualidad, manteniendo el desgobierno en SIMSA e impidiendo el normal desempeño de sus actividades, cabe resaltar que SIMSA no cuenta con Gerente General desde hace más de 15 meses.

En marzo de 2008, Jorge Best renunció al cargo de Gerente General. Entre los meses de marzo y julio de 2008, ocupó dicho cargo interinamente el señor Mario Del Río Amézaga.

Por tanto, desde el mes de julio de 2008, hace casi un año, la gerencia de SIMSA está acéfala. Ello, como es evidente, perjudica económicamente a SIMSA, al estar inmersa en una situación caótica y de desgobierno que no le permiten desempeñar en forma óptima sus actividades ni afrontar satisfactoriamente la crisis financiera mundial.

CONASEV 000000

La situación de desgobierno ha incidido también en el ánimo de los trabajadores, los que se muestran desconcertados ante la ausencia de un Gerente General por un período tan largo.

- 1.5 No obstante lo evidente de la urgencia de nombrar a un Gerente General, los directores propuestos por Talingo se resisten a realizar dicho nombramiento.

En concreto, Talingo y los directores propuestos por ella condicionan sus votos a favor de dicho nombramiento a que se concrete el ingreso de un socio estratégico. Como es evidente, la negociación del ingreso de un socio estratégico es una cuestión que puede tomar varios meses.

Así, a Talingo y los directores propuestos por ella no parece importarles el hecho que SIMSA quede acéfala durante todos esos meses, pese a que la importancia de contar con un Gerente General es una cuestión tan evidente que nos releva de seguir abundando en ello.

- 1.6 En conclusión, Clarion no tiene problema con la existencia del derecho de veto o el hecho que SIMSA sea una "sociedad de consensos", sino con la existencia de un accionista renegado que, en forma sistemática e irracional, impide que la sociedad tome acuerdos importantes para el desarrollo de sus actividades, tanto a nivel de la Junta General de Accionistas como del Directorio.

2. La supresión del derecho de veto

- 2.1 Teniendo en cuenta el escenario descrito y la constatación de lo perjudicial para SIMSA que había resultado el abusivo y malicioso ejercicio del derecho de veto por parte de Talingo, Clarion, actuando individualmente, decidió causar la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, mediante el ejercicio lícito de su derecho de disposición de acciones.

CONASEV 000000

A pesar que pudo haber transferido las acciones a terceros no vinculados a SIMSA, siendo ello plenamente lícito, Clarion optó por otorgar un beneficio a todos los trabajadores, como incentivo y muestra de aprecio del accionista mayoritario. Por reducido que pueda ser el valor del paquete de acciones transferido, es indudable que con él se incrementa el patrimonio de cada trabajador, por lo que el beneficio que produce la donación de acciones es incuestionable.

De este modo, Clarion cumplía, en un mismo acto, con dos objetivos: (i) causar la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, liberándola de la situación de entrapamiento y desgobierno a que la había conducido el abusivo ejercicio del derecho de veto estatutario por parte de Talingo, y (ii) otorgar un beneficio patrimonial a los trabajadores de SIMSA.

- 2.2 Dada la conducta obstruccionista y el abusivo ejercicio del derecho de veto que venía haciendo Talingo, era previsible que esta última no votaría a favor de la modificación estatutaria para su remoción en una eventual Junta General de Accionistas.

Es por ello que, como única alternativa para lograr la supresión del derecho de veto perniciosamente ejercido por Talingo, Clarion tuvo que recurrir a causar la adaptación a sociedad anónima abierta.

- 2.3 Teniendo en consideración la situación de SIMSA, la adaptación a sociedad anónima abierta y supresión del derecho de veto no era algo que podía ser considerado perjudicial por los demás accionistas, salvo por aquél que deseaba seguir ejerciendo en forma maliciosa su derecho de veto: Talingo.

- 2.4 Nótese que, con la adaptación, los accionistas minoritarios gozarían de la protección y derechos que brindan la Ley General de Sociedades y

normas reglamentarias dictadas por CONASEV a ese tipo de accionistas en sociedades anónimas abiertas.

- 2.5 Por su parte, los accionistas de inversión no verían afectada su situación. En efecto, como quiera que ellos no tienen derecho a voto, la modificación de quórum y mayorías es una cuestión totalmente irrelevante para los titulares de acciones de inversión.

De otro lado, debe tenerse presente que el riesgo de que la Junta General de Accionistas acuerde una escisión o cualquier otro acto que ellos consideren desfavorable se puede producir independientemente del tipo de sociedad anónima que sea SIMSA o el régimen de quórum y mayorías aplicable. En todo caso, la protección ante una escisión u otros acuerdos significativos viene dada por la Ley 27028, la que les otorga el derecho de redimir sus acciones de inversión.

3. La defensa del derecho de veto y la estrategia de Talingo

- 3.1 Ante la inminencia de la legítima pérdida de su derecho de veto, Talingo, el único accionista que ejercía maliciosamente tal derecho, diseñó toda una estrategia con el fin de obstaculizar un hecho a todas luces beneficioso para la sociedad: la supresión de un derecho estatutario que había sido abusivamente ejercido por Talingo en perjuicio de SIMSA y todos aquellos que tienen intereses en ella.
- 3.2 Si Talingo consideraba que el mecanismo utilizado por Clarion para suprimir el derecho de veto, consistente en causar la adaptación a sociedad anónima abierta, no se ajustaba a derecho, lo lógico era cuestionarlo en sede judicial, demandando la revisión de la validez de los contratos de donación celebrados por Clarion.

Ahora, como Talingo sabe que los contratos de donación son plenamente válidos y, por ende, el mecanismo empleado por Clarion es

lícito, necesitaba complicar deliberadamente el escenario, a fin de diferir todo lo posible la pérdida del derecho de veto.

Nótese que en una situación como la de SIMSA, cada día que conserve el derecho de veto del que legítimamente iba a ser privado constituye ganancia para Talingo.

- 3.3 En esa línea, pese a estar claramente identificado el punto controvertido: validez de los contratos de donación, y la autoridad competente: poder judicial, Talingo "fabricó" un caso que pudiera someter al conocimiento de CONASEV.

Así, trato de vincular forzosamente la adaptación a sociedad anónima abierta con una adquisición de acciones realizada medio año antes, creando el artificioso argumento de la actuación concertada, involucrando inicialmente al señor Beaty y luego a Orange Bay y White Peak, todos ellos totalmente ajenos al mecanismo utilizado para causar la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta.

Cabe agregar que, en un principio, Talingo llegó a solicitar a CONASEV que suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta, sabiendo que no era competente para ello, dando muestras claras del verdadero propósito que perseguía al presentar la Denuncia.

- 3.4 En este contexto, mal puede Talingo afirmar que actúa en defensa de los intereses de los demás accionistas minoritarios de SIMSA y de los titulares de acciones de inversión, cuando con el abusivo, malicioso e irracional ejercicio del derecho de veto fue el primero y único que los estuvo y está perjudicando. Muestra de esto último es su renuencia a elegir al nuevo Gerente General de SIMSA luego de casi un año de total acefalía.

CONASEV 000000

CLARION HOLDING LTD. CORP.

- 3.5 Al respecto, conviene destacar que ningún otro accionista de SIMSA o titular de acciones de inversión ha formulado denuncia o cuestionamiento alguno contra el mecanismo empleado por Clarion para liberarla de la situación de entrapamiento en que se encontraba, pese a que este conflicto llegó a ser tratado en los medios de comunicación.

Para cualquier sujeto razonable, la ausencia de denuncias o adhesiones a la Denuncia formulada por Talingo es un indicio claro de que la adaptación a sociedad anónima abierta no sólo es lícita, sino que no es percibida como perjudicial para SIMSA.

- 3.6 Ante ello, teniendo en cuenta su torcido razonamiento, sólo faltaría que Talingo arguya que Clarion estaba concertado con todos los demás accionistas de SIMSA y con todos los titulares de acciones de inversión, tesis que, por lo absurda, linda con lo risible.

En esa línea, también es irrisorio que Talingo pretenda ofrecer como indicio de concertación la votación en la Junta Obligatoria Anual celebrada el 10 de octubre de 2008. En efecto, según Talingo, la sola coincidencia en el sentido de la votación ya denota concertación.

Lo que la votación de esa junta prueba es que Talingo persiste en su actitud de accionista renegado que se opone a todo sin mayor fundamento. En la paranoica tesis de Talingo, la sola coincidencia en la votación en una junta constituye prueba fehaciente de la concertación imputada, lo que a todas luces es absurdo e insostenible.

POR TANTO:

Solicitamos a la Dirección de Emisores desestimar la Denuncia, actuando en forma coherente con lo expuesto en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 del 26 de febrero de 2008, toda vez que la Ampliación de la Denuncia y el nuevo indicio aportado por

Talingo no han hecho más que debilitar la posición planteada por Talingo en la Denuncia y hacerla incurrir en groseras contradicciones.

Lima, 15 de julio de 2009



Víctor Ostolaza Fernández Prada
Apoderado

CONASEV 000000

CLARION HOLDING LTD. CORP.

CONASEV

AREA TRAMITE DOCUMENTOS

9 AGO 20 15:14

Expediente	2007036571
Sumilla	Presenta traducción certificada

RECEPCION DE DOCUMENTOS
NO INDICA CONFIRMACION**A LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE LA COMISION NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES - CONASEV:**

Clarion Holding Limited Corporation (en adelante, "Clarion"), una compañía gobernada bajo las leyes de la República de Panamá, con domicilio real en Apartado Postal 0832-0886 W.T.C., Panamá, y con domicilio para estos efectos en Avenida San Felipe N° 758, Jesús Maria, Lima, Perú, debidamente representada por el señor Víctor Ostolaza Fernández – Prada, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08191933, según poderes que obran en el expediente, en los seguidos por Talingo Corporation (en adelante, "Talingo"), por presunta infracción de las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, la "LMV") y el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, el "ROPA"), atentamente decimos:

Que el 17 de julio de 2009 presentamos un escrito en que absolvimos lo expuesto por Talingo en (i) el escrito presentado por Talingo el 13 de enero de 2009, en cuya virtud solicita el inicio de investigación contra Orange Bay Commercial Inc. (en adelante, "Orange Bay") y White Peak Resources Inc. (en adelante, "White Peak"), por presunta actuación concertada con Clarion y el señor Ross Beaty (en adelante, el "señor Beaty"), y (ii) el escrito presentado por Talingo el 21 de enero de 2009, en que ofrece un indicio adicional, consistente en las presuntas negociaciones con Cheliabinsk Zinc Plant (en adelante, "Cheliabinsk") sobre venta de activos, concentrados y parte del accionariado de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "SIMSA").

CONASEV 000001

CLARION HOLDING LTD. CORP.

En dicho escrito, además de poner en evidencia las notorias incongruencias en que incurría Talingo y demostrar que el supuesto nuevo indicio, que en términos de Talingo es el que “*ata, ordena y da sentido*” a los presuntos indicios de concertación mencionados en su denuncia del 28 de diciembre de 2007 (en adelante, la “Denuncia”), en realidad debilitaba el argumento de la actuación concertada sostenido por Talingo, hicimos referencia a la deliberada presentación de una traducción inexacta por parte de Talingo, dado lo insostenible de su posición. Cabe destacar que dicha inexactitud resulta fundamental para que, siguiendo la postura de Talingo, la participación del señor Beaty en la supuesta concertación tenga alguna base racional.

En efecto, Talingo presentó una traducción de la Sección 5 del documento del 17 de julio de 2007 (en adelante, la “Oferta”), según la cual Chelyabinsk “recibirá una opción para incrementar su capital en un 50%+1 de las acciones con derecho a voto de SIMSA”¹, cuando como señalamos en nuestro escrito lo correcto era traducir que la opción que Chelyabinsk recibiría, según el documento presentado por Talingo, era para incrementar su participación hasta el 50%+1 de acciones de SIMSA (“*an option to increase its stake to 50%+1*”).

Sin perjuicio de que es evidente la inexactitud de la traducción presentada por Talingo, adjuntamos a la presente, en calidad de Anexo 1, una traducción certificada de María Rosario Ocampo Cayo, abogada y traductora certificada, en que se indica con toda claridad que la opción es “*para incrementar su participación hasta alcanzar el 50% de las acciones con derecho a voto de SIMSA para el año 2010*”, traducción que comparte el sentido de la que hacemos en el párrafo anterior y difiere de la presentada por Talingo.

Con ello, es indiscutible que la opción a que se refiere la sección 5) de la Oferta sería hasta por el 23%+1 de acciones de SIMSA, considerando que en un primer momento Chelyabinsk adquiriría el 27% de acciones de SIMSA, conforme a los términos de la Oferta. En este contexto, siguiendo lo expuesto por Talingo en la Denuncia tal como ha sido ampliada, **si el 27% inicial iba a ser vendido por Orange Bay y White Peak, Clarion no necesitaba concertar con el señor Beaty para poder satisfacer la**

¹ Escrito de Talingo del 21 de enero de 2009, p. 6.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

presunta opción², quedando totalmente desvirtuado el argumento de la concertación entre Clarion y el señor Beaty que es la base de la Denuncia³.

Como señalamos en nuestros anteriores escritos, presentar deliberadamente una traducción que es evidentemente inexacta y sustentar su argumentación en dicha inexactitud no hacen más que reafirmar la mala fe con que Talingo ha venido actuando en el presente procedimiento.

Ello, sumado al ofrecimiento como indicios de hechos manifiestamente impertinentes⁴ y la omisión de hechos relevantes⁵, constituye una infracción al principio de conducta procedimental que deberá ser valorada como poderoso contraindicio por la Dirección de Emisores al momento de evaluar la desestimación de la Denuncia. En efecto, quien tiene la razón no necesita confundir a la autoridad, ofreciendo indicios impertinentes, brindando información deliberadamente incompleta o apoyándose en evidentes errores de traducción.

Finalmente, cabe agregar que si la Licenciada María del Carmen Pizarro Sabogal, traductora a quien Talingo encargó la traducción de la Oferta, hubiera rectificado la inexactitud que apuntamos en nuestros escritos, la omisión de presentación de dicha rectificación a la Dirección de Emisores y a toda otra autoridad ante quien haya presentado la traducción inexacta constituiría una muestra más de la intención de Talingo por entorpecer deliberadamente el desarrollo del procedimiento y la haría incurrir en las responsabilidades previstas en la ley.

² Cabe recordar que al 11 de julio de 2007, Clarion era titular del 44.81% y, luego de la adquisición de ese día, pasó a ser titular del 48.84563%, siendo en todo momento capaz de atender la opción que refiere Talingo, ascendente a 23% + 1 de acciones de SIMSA, con sus propias acciones.

³ Recordemos que en su escrito del 21 de enero de 2009, p. 7, Talingo manifiesta que la supuesta adquisición concertada iba a permitir a Clarion y al señor Beaty tener el número de acciones necesario para cumplir con la opción de compra de Chelyabinsk.

⁴ Nos referimos al nombramiento de Andrés Dasso como director de SIMSA. Talingo señaló que era un indicio más de la supuesta concertación. Sin embargo, como demostramos, el señor Dasso es director de SIMSA desde antes de que Clarion fuera accionista de SIMSA e, incluso, fue propuesto para el cargo, en anterior oportunidad, por Talingo.

⁵ Nos referimos a la omisión de toda mención a la operación del 8 de junio de 2007. Según Talingo, el precio pagado por Clarion el 11 de julio de 2007 (S/. 8.20) refleja el pago de una prima. Sin embargo, la propia Talingo intervino el 8 de junio de 2007 en una operación en que por los porcentajes involucrados no se transfería participación significativa y el precio pagado fue S/. 8.80, lo que desvirtúa plenamente la tesis de que el precio pagado por Clarion en julio de 2007 incorporaba una prima.

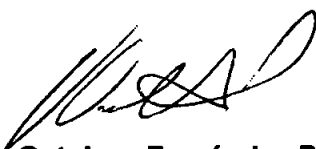
CLARION HOLDING LTD. CORP.**POR TANTO:**

Solicitamos a la Dirección de Emisores tener en consideración lo expuesto en este escrito, así como la traducción certificada que se adjunta, y desestimar la Denuncia, actuando en forma coherente con lo expuesto en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 del 26 de febrero de 2008, toda vez que la Denuncia, tal como ha sido ampliada, y el nuevo indicio aportado por Talingo no han hecho más que debilitar la posición planteada por Talingo en la Denuncia y hacerla incurrir en evidentes contradicciones.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Solicitamos a la Dirección de Emisores que oficie a la Licenciada María del Carmen Pizarro Sabogal, a su oficina ubicada en Las Begonias 552, Oficina 16, San Isidro, para que informe (i) si ha expedido una rectificación de la traducción de la Oferta presentada por Talingo, y (ii) si ha comunicado sobre dicha rectificación a Talingo y/o sus asesores legales.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Solicitamos a la Dirección de Emisores que, en caso la Licenciada María del Carmen Pizarro Sabogal hubiera expedido la rectificación de la traducción de la Oferta presentada por Talingo y comunicado sobre ella a Talingo y/o sus asesores legales, oficie a Talingo para que exponga las razones por las que no comunicó oportunamente sobre dicha rectificación a la Dirección de Emisores.

Lima, 20 de agosto de 2009



Víctor Ostolaza Fernández Prada

Apoderado

CONASEV 000004

Expediente: 2007036571

Señora
YVONKA HURTADO CRUZ
Directora de Emisores
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores –CONASEV
Presente.-

CONASEV
ÁREA TRÁMITE FIDUCIARIA9
NOV-2 10:13

De mi consideración:

WHITE PEAK RESOURCES INC., (en adelante **WHITE PEAK**) debidamente representada por don Christian Heinrich Funcke Ciriani, identificado con D.N.I. N° 07872322, con domicilio para los efectos del presente procedimiento en Libertadores N° 395, San Isidro, con relación a la denuncia presentada por **TALINGO CORPORATION** (en adelante **TALINGO**) contra **CLARION HOLDING LTDA.** (en adelante **CLARION**) y el Sr. Ross **BEATY** (en adelante el Sr. **BEATY**), por presunta actuación concertada para la toma del control de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante **SIMSA**) sin la obligación de formular una OPA, a usted atentamente decimos:

CONASEV 000001

1. Recientemente hemos tomado conocimiento de la Resolución del Directorio de CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1, la misma que se encuentra disponible en el Portal de vuestra institución¹, siendo de nuestra preocupación las alegaciones que **TALINGO** habría formulado en nuestra contra y que habrían sido además tomadas en cuenta por el Directorio de CONASEV, hecho que como es de notar nos puede causar perjuicio porque se nos quiere implicar en la presunta actuación concertada bajo investigación, lo cual nos fuerza a presentar este escrito; siendo una razón adicional el dar cuenta del menoscabo irreversible que el conflicto entre accionistas está ocasionando en **SIMSA** al punto de poner en peligro su continuidad en el

¹ Ver www.conasev.gob.pe

mercado.

En ese sentido, debemos dejar claramente establecido que nuestra empresa no toma partido por ninguna de las partes involucradas en los procedimientos administrativos o judiciales que se han iniciado y rechaza cualquier alegación que pretenda hacernos partícipes de una presunta actuación concertada para tomar el control de SIMSA, en todo caso, tan solo nos limitamos a solicitar a CONASEV que resuelva la denuncia en curso en el breve plazo y en el sentido que corresponda, pues aunque no somos parte en procedimiento, somos accionistas de SIMSA y la situación de desgobierno, como hemos señalado, está sumiendo a la empresa en un perjuicio económico irreparable.

2. A continuación, citaremos aquellos extremos de la resolución CONASEV que consideramos nos aluden, para luego pronunciarnos sobre ellos:
- Con fechas 13 y 21 de enero, así como 23 de febrero de 2009 TALINGO ha presentado escritos a la Dirección de Emisores que según ella, constituiría nuevos indicios de concertación entre CLARION, el Sr. BEATY, WHITE PEAK y ORANGE BAY, indicios que serían los siguientes: *i)* la forma en que se dio la transferencia de acciones de WHITE PEAK a favor de CLARION y el Sr. BEATY, *ii)* el hecho de que WHITE PEAK siga siendo accionista: la tenencia de la mencionada empresa después de la transferencia; *iii)* la actuación de WHITE PEAK; *iv)* La votación de WHITE PEAK y ORANGE BAY en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA de fecha 10 de octubre de 2008; *v)* la oferta de compra de acciones por Chelyabinsk Zinc Plan. (páginas 12 y 13).
 - El Directorio de CONASEV señala que: "en el contexto de la operación, llama la atención que los otros accionistas comprometidos con la eliminación de las súper mayorías no se hayan manifestado respecto de los hechos que están sucediendo al interior de la sociedad". (punto 3, página 16).

CONASEV 000002

- El Directorio de CONASEV afirma: "respecto a la posibilidad de sumar los porcentajes de participación accionaria de CLARION y del Sr. BEATY, así como las de WHITE PEAK y ORANGE BAY, empresas a las que también se les ha mencionado como parte de la actuación concertada, cabe precisar que estos aspectos deben ser materia de investigación por parte del órgano instructor en el procedimiento sancionador que iniciará de considerarlo pertinente". (punto 4, página 16).

- El Directorio de CONASEV señala: "respecto de lo manifestado por el señor Beaty en el sentido de que: i) Los compromisos de vender el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA; ii) Variar las características de gobierno de SIMSA suprimiendo la súper mayoría que venía imperando en el estatuto de SIMSA; iii) La venta de una participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos; iv) La posibilidad de que la compañía rusa adquiriera un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA y v) Entregar el 100% de los contratos comerciales de minerales de SIMSA, podían realizarse sin su intervención, debe mencionarse que pronunciarse sobre estos aspectos implica tomar posición a favor del argumento que sostiene que las compañías denominadas White Peak y Orange Bay se encuentran bajo un mismo controlador y que, por lo tanto, obedecen a una sola voluntad; investigación que corresponde efectuar al órgano instructor (...).

Con relación a este argumento, cabe precisar que de llegarse a la convicción que White Peak y Orange Bay tienen controladores distintos de Clarion o que obedecerían a disposiciones distintas, y por lo tanto no quieren vender o quieren permanecer siendo socios de la empresa rusa, en dicho supuestos, Clarion con su 48.85% necesitaría del porcentaje del señor Beaty quien posee 1.22% para lograr obtener la mayoría en SIMSA para que sumados dichos porcentajes se permita la implementación de los acuerdos contenidos en el acuerdo de confidencialidad celebrado entre Chelyabinsky Zinc Plant y SIMSA". (punto 16, página 19).

CONASEV 000003

3. Sobre la forma en que WHITE PEAK transfirió sus acciones en SIMSA

Hasta antes del 8 de junio de 2007 WHITE PEAK tenía una participación en SIMSA ascendente al 32.79% del capital social.

En la fecha antes citada nuestra empresa y también TALINGO, transferimos acciones de SIMSA a ORANGE BAY COMERCIAL INC. (en adelante ORANGE BAY) en el orden de 24.49% y 0.0035%, respectivamente, pasando esta última a ser titular del 24.51% de las acciones de SIMSA².

Utilizando la lógica que hoy utiliza TALINGO para pretender involucramos en la denuncia por presunta concertación, llama la atención lo siguiente:

- (i) que en aquel entonces TALINGO no haya formulado cuestionamiento a la venta de las acciones, pues, al margen de no haberse traspasado el umbral del 25% para formular una OPA, con la adquisición del 24.49%, ORANGE BAY estaba adquiriendo "poder de veto" en SIMSA de acuerdo a sus estatutos;
- (ii) que, si denuncia ahora que hay una actuación concertada también entre WHITE PEAK y ORANGE BAY, no haya denunciado en su momento que con la trasferencia del 24.49% de acciones sumada a nuestra tenencia remanente del 8.29% de entonces, ORANGE BAY sí habría adquirido **participación significativa** (24.49% + 8.29%) sin la obligación de formular una OPA;
- (iii) y, lo que resulta completamente insólito e inexplicable es que TALINGO en la misma fecha, haya vendido acciones también a ORANGE BAY³, empresa esta última con la que denuncia nos encontramos en concierto, además de CLARION y el Sr. BEATY.

² Según los Hechos de Importancia y Memoria Anual que fueran comunicados a CONASEV en su oportunidad.

³ Ver Hecho de Importancia comunicado a CONASEV el 11 de junio de 2007.

Lo único cierto es que luego de realizada la venta de acciones por parte de nuestra empresa, y siendo que el precio de las acciones en el mercado se encontraban en retroceso (según puede verse en el cuadro adjunto), decidimos vender un porcentaje más de acciones.

COTIZACIONES DE SIMSA -ACCIONES COMUNES

Fechas	Apertura	Cierre	Máxima	Mínima
mar-07	11	11	11	11
abr-07	12	12	12	12
may-07	9.2	8.8	9.2	8.8
jun-07	9	8.5	9	8.2
jul-07	8.2	8.2	8.2	8.2
ago-07	7.3	7	7.48	6
sep-07	5.18	5.7	5.7	5.18
oct-07	5.8	5.85	5.85	5.8
nov-07	0	0	0	0
dic-07	3.88	3.88	3.88	3.88

Fuente: Reportes mensuales BVL

El mercado conocía del interés de White Peak de efectuar una desinversión en Perú. Algún tiempo antes habíamos vendido el 100% de nuestras acciones en la Compañía Minera Poderosa S.A., operación que le es conocida a Talingo. Es más la primera oferta de compra de nuestras acciones en SIMSA la recibimos de Talingo, oferta que no aceptamos pues el precio ofertado era mucho menor al de cotización en bolsa las acciones de inversión. Como se aprecia del cuadro que antecede, cada vez el precio de nuestras acciones era menor, por lo que aceptamos vender una parte adicional de nuestro paquete accionario el 11 de julio de 2007 con CLARION, a quien transferimos 3'300,00 acciones de SIMSA y al Sr. BEATY transferimos 1'000,000 de acciones.

Al vender acciones de SIMSA por aproximadamente 5.26% del capital social (porcentaje mucho menor al transferido anteriormente a ORANGE BAY (24.49%)

WHITE PEAK no considera haberse beneficiado con el pago de prima de control alguna, pues como se desprende del cuadro adjunto, pocos meses antes las acciones de SIMSA se cotizaban en el mercado a S/. 12.00. La venta de las acciones se hizo a S/. 8.20, es decir a un valor inferior en más del 30% de S/. 12.00 e inferior a las cotizaciones de apertura, máxima y de cierre del mes anterior (S/. 9, S/. 8.5).

Ahora, es importante destacar que la cotización mínima del mes anterior (junio) fue de S/. 8.20, precio al que nosotros vendimos, por lo que resulta evidente que nuestra operación fue realizada A PRECIO DE MERCADO, sin ser beneficiados por una prima de control.

Si CLARION y el Sr. BEATY compraron las acciones actuando concertadamente y bajo una unidad de propósito no es un hecho que nos conste, por lo que no estamos en posición de afirmar o negar tal situación, hecho que en todo caso le corresponde probar al denunciante y a la autoridad administrativa, además de ser un hecho completamente ajeno a nuestro interés, como hemos señalado.

4. **Sobre el hecho de que WHITE PEAK siga siendo accionista de SIMSA**

De acuerdo a lo expuesto por la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 para TALINGO sería un indicio de que WHITE PEAK forma parte de la actuación concertada y unidad de propósito por el hecho de no haber vendido todas sus acciones y haberse quedado con un porcentaje minúsculo de acciones en SIMSA que no le otorga mayor beneficio político.

Es un derecho consagrado constitucionalmente el derecho a la propiedad, y a la libertad del propietario de disponer y enajenar el bien de la forma que mejor considere; la pregunta es ¿en qué norma, fuera de las elucubraciones construidas por TALINGO, se estipula que debíamos vender todas nuestras acciones?

Y lo que es peor, ¿qué autoridad tiene TALINGO sobre nosotros para esperar que WHITE PEAK tome sus decisiones de inversión (o desinversión) de acuerdo a lo


que su lógica financiera les dicta?. Nuestra empresa tiene la total libertad para decidir qué, cuánto y cuándo comprar o vender, sin que de ello se pueda derivar indicio alguno que sea válido.

Cuestionar que no tiene explicación que mantengamos un porcentaje accionarial minoritario en SIMSA es absurdo; siguiendo la enrarecida lógica de TALINGO, en el Perú ninguna empresa cotizada tendría accionistas minoritarios, pues como es sabido, las empresas peruanas se caracterizan por contar con estructuras accionariales altamente concentradas y por tanto, en la mayoría de los casos el gobierno y control absoluto de las empresas lo detentan de tres a cinco accionistas⁴. Sin ir muy lejos, ¿Qué sentido tiene entonces para TALINGO que existan otros accionistas minoritarios en SIMSA con 300, 100 ó 50 acciones comunes?.

Lo único cierto es que nadie, ni TALINGO, ni ninguna autoridad administrativa o judicial puede pretender sustituirse en la lógica que justifican las decisiones propias de inversión de una persona, de ninguna manera, porque ello responde a la esfera propia, particular de cada inversionista, quien ponderará "a su criterio" las variables que justifican su inversión.

5. Sobre la votación de WHITE PEAK en la Junta del 10 de octubre de 2008

El 10 de octubre de 2009 se llevó a cabo la Junta General de Accionistas Obligatoria Anual; no imaginamos cual es el cuestionamiento que TALINGO hace sobre el sentido de nuestras votaciones. En todo caso, lo que podemos afirmar es que no tenemos un sindicato de bloqueo con algún otro accionista de SIMSA, es más WHITE PEAK declara su plena disposición a apoyar las propuestas de cualquier otro accionista, incluso TALINGO, siempre que sea para el beneficio de SIMSA.


⁴ LEFORT, Fernando. Estructura de Propiedad y Gobierno Corporativo en los países Latinoamericanos –un panorama empírico, en ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OECD-. "White Paper" sobre Gobierno Corporativo en América Latina, 2004, pp. 58 y ss.

6. Sobre la oferta de compra de acciones por Chelyabinsk Zinc Plan y la presunta actuación concertada de WHITE PEAK con otros accionistas

Sobre este particular, WHITE PEAK declara no conocer más allá de lo que se encuentra expuesto en la Resolución emitida por el Directorio de CONASEV. Por lo que rechazamos la alegación de TALINGO según la cual pretende comprometernos dentro de una "actuación concertada", que tendría como unidad de propósito final que se otorgue el control de SIMSA a la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plan.

AHORA BIEN, EN EL SUPUESTO NEGADO QUE WHITE PEAK ESTUVIESE CONCERTADA CON CLARION, ORANGE BAY Y EL SR. BEATY PARA LA TOMA DE CONTROL DE SIMSA Y POSTERIOR VENTA DE LA EMPRESA A CHELYABINSK ZINC PLAN, CABE PREGUNTARSE: ¿CUÁL ERA ENTONCES LA NECESIDAD DE WHITE PEAK DE TRANSFERIR ACCIONES AL SR. BEATY?, ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA GRAVITANTE QUE ESTE SEÑOR CUMPLE DENTRO DE LA ACTUACIÓN CONCERTADA QUE SE NOS IMPUTA?, SI ACTUAMOS BAJO CONCIERTO, HUBIESE SIDO SUFICIENTE CON TRANSFERIR UN PORCENTAJE DE ACCIONES ÚNICAMENTE A CLARION (DADO QUE LA SUMA DE NUESTRAS TENENCIAS ES MAYOR AL 50%+1 DE LAS ACCIONES); ES MÁS, HUBIESE SIDO MÁS INTELIGENTE Y BENEFICIOSO ECONÓMICAMENTE PARA NUESTROS INTERESES NO VENDER NADA, PORQUE SI EL "CONCIERTO DE VOLUNTADES" CON CLARION YA EXISTÍA, NO HUBIERAMOS CORRIDO EL RIESGO QUE LA UNIDAD DE PROPÓSITO FRACASE VENDIENDO ACCIONES A NUESTRA CONTRAPARTE DEL CONCIERTO, EXPONIENDONOS TONTAMENTE A QUE CUALQUIER ACCIONISTA DENUNCIE EL HECHO A CONASEV, Y EN SEGUNDO LUGAR, LLEGADO EL MOMENTO PODRÍAMOS HABER VENDIDO DIRECTAMENTE A LA EMPRESA RUSA UN PORCENTAJE MAYOR DE ACCIONES QUIZA A UN MEJOR PRECIO.

Como se advierte las intenciones de TALINGO de involucramos dentro de una presunta "actuación concertada" no soporta la menor coherencia y, una vez más

afirmamos que desconocíamos totalmente que existiese un convenio de confidencialidad con la empresa rusa citada.

Lo que si podemos señalar es que todos los socios, incluido TALINGO, estamos de acuerdo en que la única manera de sacar a SIMSA de la grave situación económica y financiera en que se encuentra es incorporando un socio estratégico que inyecte capital fresco a la empresa y necesarias políticas de Buen Gobierno Corporativo. Así, de acuerdo al Hecho de Importancia comunicado a CONASEV el 28 de agosto de 2009, el Directorio de SIMSA reunido el 27 de agosto de 2009 acordó por unanimidad (es decir con los votos de los directores elegidos por TALINGO) "(...) que se contrate a un Banco de Inversión e invitar a empresas que puedan estar interesadas en participar como socio estratégico de la sociedad, previa firma de un convenio de confidencialidad (...)".

Es importante resaltar que en el marco del acuerdo de búsqueda de un socio estratégico no se ha considerado invitar a la citada empresa rusa, en consecuencia, el acuerdo deberá concretarse con una empresa distinta a Chelyabinsk Zinc Plan.

No obstante, el citado acuerdo no ha podido prosperar hasta la fecha porque TALINGO ha manifestado que no está dispuesto a transferir parte de sus acciones al socio estratégico que se consiga, pretendiendo abusivamente que el porcentaje de acciones que se pueda otorgar al socio estratégico se obtenga sobre la base de una disminución de las tenencias de los demás accionistas de SIMSA, excluido él.

7. **Sobre la extrañeza de CONASEV por el silencio de los otros accionistas**

Como hemos afirmado, el Directorio de CONASEV señala que le llama la atención que los otros accionistas comprometidos con la eliminación de las "súper mayorías" no se hayan manifestado respecto de los hechos que están sucediendo al interior de la sociedad.

Sobre el particular WHITE PEAK nada tiene que manifestar, pues como quiera que su porcentaje de participación en el capital social de SIMSA asciende actualmente a 3.03%, no se encuentra comprometido en la eliminación de las "súper mayorías", dado que de acuerdo a los estatutos para gozar del "poder de veto" debería tener un porcentaje igual o mayor al 20% de las acciones.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena mencionar que de acuerdo al artículo 142° del Código Civil, el silencio no importa manifestación de voluntad, salvo que la ley o el convenio le atribuyan ese significado.

8. Sobre la apreciación del Directorio de CONASEV que aluden a WHITE PEAK

Consideramos necesario citar nuevamente de forma textual lo expuesto por el Directorio de CONASEV en el punto 16 (página 19) de la Resolución N° 047-2009-EF/94.01.1:

"respecto de lo manifestado por el señor Beaty en el sentido de que: i) Los compromisos de vender el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA; ii) Variar las características de gobierno de SIMSA suprimiendo la súper mayoría que venía imperando en el estatuto de SIMSA; iii) La venta de una participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos; iv) La posibilidad de que la compañía rusa adquiriera un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA y v) Entregar el 100% de los contratos comerciales de minerales de SIMSA, podían realizarse sin su intervención, debe mencionarse que pronunciarse sobre estos aspectos implica tomar posición a favor del argumento que sostiene que las compañías denominadas White Peak y Orange Bay se encuentran bajo un mismo controlador y que, por lo tanto, obedecen a una sola voluntad; investigación que corresponde efectuar al órgano instructor (...)

Con relación a este argumento, cabe precisar que de llegarse a la convicción que White Peak y Orange Bay tienen controladores distintos de Clarion o que obedecerían a disposiciones distintas, y por lo tanto no quieren vender o quieren permanecer siendo socios de la

empresa rusa, en dicho supuestos, Clarion con su 48.85% necesitaría del porcentaje del señor Beaty quien posee 1.22% para lograr obtener la mayoría en SIMSA para que sumados dichos porcentajes se permita la implementación de los acuerdos contenidos en el acuerdo de confidencialidad celebrado entre Chelyabinsky Zinc Plant y SIMSA". (El subrayado es agregado).

Con el debido respeto del caso, consideramos que la argumentación que formula el Directorio de CONASEV es excesiva y además contradictoria para los efectos de delinear el camino para probar que WHITE PEAK es parte de una presunta "actuación concertada" tomando como punto de prueba nuestra disposición a vender o no nuestro remanente de acciones en SIMSA.

En efecto, es excesiva y contradictoria porque determina que cualquiera sea nuestra respuesta o los resultados de la investigación de CONASEV, en un caso o en otro, el regulador podría concluir sin más que WHITE PEAK actuó en concierto con las partes denunciadas, veamos:

- Si WHITE PEAK declarase que está dispuesta a vender sus acciones restantes, entonces TALINGO podría decir que ello es la prueba suficiente de nuestra participación en la "actuación concertada", pues, a su entender, nuestro fin último dentro de la "unidad de propósito" era vender nuestras acciones a la empresa rusa.
- Si WHITE PEAK declarase que no venderá sus acciones y que CLARION no nos controla, entonces como señala CONASEV: CLARION con su 48.85% necesitaría del porcentaje del Sr. BEATY quien posee 1.22% para lograr obtener la mayoría en SIMSA para que sumados dichos porcentajes se permita la implementación de los acuerdos contenidos en el acuerdo de confidencialidad celebrado entre Chelyabinsky Zinc Plant.

Entonces, a estas alturas, si WHITE PEAK declarase que no venderá sus acciones remanentes, TALINGO seguramente dirá que dicha declaración

se hace intencionalmente para favorecer a sus "demás partes en concierto" y así evitar que se sancione a CLARION y al Sr. BEATY.

Como se advierte, la argumentación de CONASEV en este extremo de por sí nos pone en una situación delicada, sobre la cual simplemente no tenemos respuesta, pues, se ha llegado al punto que cualquiera que esta fuese "sería un indicio de concertación", lo cual consideramos debe ser tenido en cuenta por la Dirección de Emisores de CONASEV.

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha mencionado en párrafos anteriores, en la búsqueda de un socio estratégico no se ha considerado invitar a la empresa rusa.

9. Sobre la delicada situación económica y financiera de SIMSA

Como habíamos adelantado, los conflictos societarios en los que se encuentran sumidos SIMSA han perjudicado su situación económica y financiera, así como su capacidad de gestión, causando perjuicios irreparables no sólo a sus accionistas sino a todos sus *Stakeholders*: trabajadores, acreedores, fisco, y demás partes relacionadas.

Ante la pugna de TALINGO y CLARION se ha instalado el desorden y desgobierno en SIMSA, las autoridades administrativas y judiciales han emitido sendas resoluciones curiosamente orientadas a prevenir la consumación de un perjuicio; pero, ¿por un momento han pensado los accionistas o las autoridades el perjuicio irreparable que se está causando a SIMSA?

Ni CONASEV, ni el Poder Judicial deberían permitir que el problema de SIMSA revierta en una convulsión social como Andahuasi o Doe Run. En efecto, ello no es exagerar las cosas, SIMSA cuenta con 649 trabajadores y a la fecha tiene importantes adeudos laborales con ellos, lo que ha traído consigo malestar, paralizaciones y huelgas en la empresa (lo cual se acredita con los documentos

adjuntos al presente), son miles familias cuya subsistencia depende únicamente del salario de los trabajadores de SIMSA.

En segundo lugar se mantienen deudas impagas con entidades bancarias y otros acreedores, así por ejemplo Scotiabank y Citibank se han visto en la obligación de protestar títulos valores por importantes sumas ante la falta de pago (copia de los documentos también se adjunta al presente). Adicionalmente, mediante Hecho de Importancia comunicado a CONASEV el 26 de agosto de 2009 SIMSA ha informado que ha celebrado contratos de financiamiento con Scotiabank y Citibank por un total de 5 millones de dólares, con la finalidad de "RECOMPONER SU CAPITAL DE TRABAJO" y reperfilarse su deuda, constituyéndose en respaldo de los préstamos un Fideicomiso en garantía sobre la Planta Concentradora de la Unidad Minera San Vicente y sobre los bienes muebles, maquinarias y equipos e inmuebles que la integran.

Finalmente, en un hecho sin precedentes para una empresa y más aún para una que cotiza en Bolsa, los conflictos societarios han hecho que en la práctica SIMSA no cuente con un Gerente General desde marzo del 2008, fecha en la que renunció al cargo el señor Jorge Best, mientras que en julio del 2008 renunció también al cargo el Sub Gerente General señor Mario del Río.

Como se advierte, la situación de desgobierno no sólo se circunscribe a la Junta de Accionistas, sino también al Directorio y a los demás órganos de administración de SIMSA, haciendo peligrar su subsistencia en el mercado, además de incurrirse en frecuentes incumplimientos e infracciones administrativas que serán imputadas a la propia empresa, mermando más su situación económica, prueba de ello es que la Junta Obligatoria Anual de Accionistas correspondiente al ejercicio económico 2007 recién se llevó a cabo el 10 de octubre de 2008, cuando la información financiera y memoria que aprueba la Junta se debe presentar a CONASEV a más tardar el 15 de abril del 2008, ¿acaso serán los accionistas en conflicto quienes asumirán el pago cuando se sancione a SIMSA o es que este dinero deberá de salir de los fondos de SIMSA, perjudicando al patrimonio de ésta, a sus accionistas y Stakeholders?.

POR LO EXPUESTO:

A la Dirección de Emisores de CONASEV señalamos:

1. Que WHITE PEAK rechaza toda alegación que la quiera implicar como parte concertada para adquirir el control del SIMSA, sin formular una OPA; y,
2. Que, dada la grave situación económica y financiera por la que atraviesa SIMSA, solicitamos a CONASEV resolver a la brevedad el expediente en trámite y así ponerse fin a la situación de desgobierno imperante.

Debe tenerse presente que TALINGO interpuso la denuncia en diciembre del 2007, es decir han transcurrido 22 meses desde entonces, tiempo que consideramos no puede seguir prolongándose dada la delicada situación de SIMSA, por lo que CONASEV debe poner fin a esta problemática, en el sentido que corresponda de acuerdo a ley; luego, si la denuncia de TALINGO tiene fundamentos, entonces somos los primeros en pedir que se impongan las sanciones y correctivos que el Reglamento de OPAs y el Reglamento de Sanciones establecen sobre el particular.

Lima, 27 de octubre de 2009


Christian Heinrich Funke Giriani
D.N.I. 07872322

CONASEV 000014

02173

Lima, 13 de noviembre de 2009

Señores
**COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA
DE EMPRESAS Y VALORES**
Presente.-

Atención: Yvonka Hurtado
Dirección de Emisores

RECEPCIONADO EN DOCUMENTOS
NO INDICA COMPLETUD

9 NOV 17 11:44

De mi mayor consideración:

Me dirijo a ustedes en atención a que he tomado conocimiento que Talingo Corporation ha solicitado a CONASEV que se me cite para prestar mi declaración con respecto a una oferta no vinculante presentada por la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant (CHELYABINSK), en el marco de las investigaciones seguidas contra CLARION por presunto incumplimiento de las normas de mercado de valores.

Al respecto, adelantándome a cualquier citación, con la finalidad de contribuir a esclarecer los hechos objeto de análisis, y sin perjuicio de mi total disposición a colaborar con las investigaciones conducidas por su institución, debo manifestar lo siguiente:

1. Me desempeño como Gerente General de Euromin Perú S.A. (EUROMIN PERU) desde el año 1993. EUROMIN PERU es una empresa constituida en el Perú que representa los intereses de Euromin S.A. en el país. Euromin S.A. es una empresa del Grupo Vitol, un importante conglomerado del sector Energía a nivel mundial. Euromin S.A. cuenta con reconocido prestigio y experiencia internacional en la comercialización en el sector minero y metalúrgico, y tiene presencia en Europa, América del Norte, Rusia, Latinoamérica, África, el Medio Oriente y China. Euromin S.A. es, además, un *Associate Trader Member* de la *London Metal Exchange* y ha desarrollado una alianza estratégica con CHELYABINSK, empresa listada en Londres, que es la más grande fundidora de Zinc en Rusia.
2. En octubre de 2007, conociendo el interés de CHELYABINSK en invertir en una empresa minera productora de zinc y aprovechando la presencia de Isabel Arias, directora de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (SIMSA), a eventos del sector a desarrollarse en las ciudades de Lisboa (International Lead & Zinc Study Group) y Londres (London Metal Exchange Week), Euromin S.A., a solicitud de CHELYABINSK, decidió generar un primer contacto entre CHELYABINSK y SIMSA.

CONASEV 000001

NOTARIA DANNON
Av. Javier Prado Oeste 798
Magdalena Lima - Perú
Telfs. 2610009-2619081
Fax: 4602011

- 3. Luego del primer contacto al que me he referido, el 12 de febrero de 2008, CHELYABINSK suscribió un Convenio de Confidencialidad con SIMSA, representada por el señor Mario Del Río Amezaga, quien se identificó como el Gerente General de SIMSA, a fin de poder acceder a cierta información que le permitiera formarse una idea inicial sobre el valor de SIMSA, con miras a explorar la posibilidad de realizar una inversión en esta última.
- 4. En mayo de 2008, la empresa Saint Barbara LLC., una empresa consultora con sede en el Reino Unido, realizó, por encargo de CHELYABINSK, una visita a la mina operada por SIMSA con el objeto de evaluar la situación de la misma y de sus resultados económicos.

Saint Bárbara estuvo representada en dicha visita por el señor Dick Wilkinson. CHELYABINSK estuvo representada por el señor Berislav Galovich. Yo acompañé a las mencionadas personas a la mina, máxime cuando ninguna de ellas habla el idioma castellano. Mi rol, como representante de EUROMIN PERU fue la de facilitar las gestiones que se desarrollaban por interés de CHELYABINSK respecto a SIMSA. Es con esa ocasión de mi presencia en la indicada mina que SIMSA pide suscribir un convenio de confidencialidad también con EUROMIN PERU, con la finalidad de estar también en condiciones de acceder a la información que SIMSA, representada por el señor Mario Del Río Amezaga, entregaría.

- 5. El 17 de julio de 2008, Berislav Galovich, representante de CHELYABINSK, remite un correo electrónico al señor Patrick Weller y a mi persona, por Euromin, mediante el cual nos comunica el texto de la oferta no vinculante (*Non-binding Offer*) que se enviaría el día siguiente a SIMSA. Dicho texto se encontraba en un archivo adjunto al mencionado correo. El correo mencionado y el texto de la indicada oferta se incluyen como Anexo 1 y Anexo 2, respectivamente. He notado que la oferta se fechó erradamente con el año 2007, cuando debió ser fechado con el año 2008, que es cuando se haría llegar la mencionada oferta no vinculante condicionada a SIMSA. En mi conocimiento, CHELYABINSK solo hizo planteamientos previos a SIMSA, para intentar conocer sus expectativas, todos ellos con posterioridad a la evaluación que hizo Saint Barbara en mayo de 2008.

Adicionalmente, en dicho correo se adjuntó (como archivo Excel) el resultado de las estimaciones que hizo la empresa Saint Barbara que permitieron llegar a la mencionada oferta. Se adjunta el contenido de dichas estimaciones como Anexo 3.

- 6. El 18 de julio de 2008 me fue copiado un correo electrónico mediante el cual Berislav Galovich anuncia a SIMSA que ese mismo día recibirían la oferta que haría CHELYABINSK para comprar o suscribir acciones e invertir en SIMSA. No fui copiado ni informado de otro modo respecto a dicho envío. Se incluye copia del mencionado correo electrónico como Anexo 4.
- 7. Con fecha 12 de noviembre de 2009 solicité vía correo electrónico al señor Berislav Galovich que me envíe copia del texto final de la oferta no vinculante que iba a ser enviada a SIMSA el 18 de julio de 2008, como había anunciado el

CONASEV 000002

NOTARIA DANNON
Av Javier Prado Oeste 706
Magdalena Lima - Perú
Teléfono: 2610009-2619081
Fax: 4602011

correo electrónico al que me refiero en el punto 6. anterior, así como me informe respecto a la forma como fue enviada la referida oferta a SIMSA.

El día de hoy he recibido respuesta del señor Galovich, adjuntándome un correo electrónico que CHELYABINSK dirigió al señor Mendiola, de SIMSA, el 18 de julio de 2008, con el texto adjunto de la oferta final.

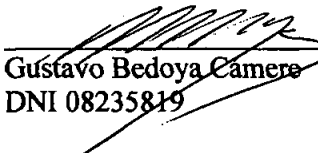
El texto del correo que recibí hoy del señor Galovich se incluye como Anexo 5 del presente. El texto del correo que el 18 de julio de 2008, CZP dirige a SIMSA, atención Sr. Mendiola, se incluye como Anexo 6. El texto de la oferta no vinculante, adjunta al último de los correos electrónicos mencionados, se incluye como Anexo 7.

El señor Galovich, asimismo, me confirmó que el año "2007" consignado en la fecha del cuerpo de dicha oferta no vinculante es equivocado, siendo el correcto el de "2008". Además, el señor Galovich me informó que la mencionada oferta no vinculante fue enviada via courier.

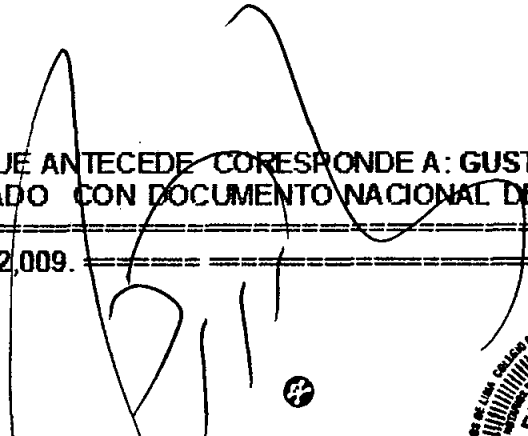
8. A mi entender, la oferta no vinculante estaba dirigida a SIMSA, no a ningún accionista en particular.
9. Finalmente, entiendo que la oferta no vinculante de CHELYABINSK no recibió respuesta alguna por parte de SIMSA, por lo que se dio por terminada toda negociación.

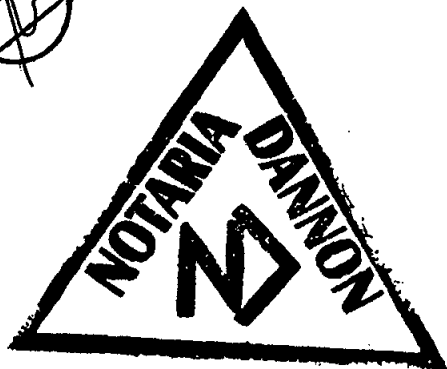
Sin otro particular, agradezco la atención brindada a la presente y reitero mi disposición para colaborar con las investigaciones conducidas por su entidad. Mi domicilio para estos efectos es Miguel Dasso 230, Oficina 702, San Isidro, Lima.

Atentamente,


Gustavo Bedoya Camere
DNI 08235819

CERTIFICO: QUE LA FIRMA QUE ANTECEDE CORRESPONDE A: GUSTAVO JORGE BEDOYA CAMERE, IDENTIFICADO CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD NUMERO 08235819.
LIMA, 16 DE NOVIEMBRE DE 2009.


Dr. LUIS DANNON BRENDRER
ABOGADO
NOTARIO DE LIMA



NOTAR... DANNON
Av Javier Prado Este 705
Magdalena Lima - Peru
Telfs. 2610009-2619001
Fax: 4602011



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02514

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA UNION NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA

Resolución GERENCIA GENERAL N° 008-2010-EF/94.01.2

Lima, 19 de marzo de 2010

VISTOS:

El Expediente N° 2010007703 y el Memorando N° 680-2010-EF/94.04.1 de fecha 18 de marzo de 2010 de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante escrito presentado el 9 de marzo de 2010, Talingo Corporation, en adelante Talingo formula queja contra la Dirección de Emisores por inconducta funcional y paralización del procedimiento en la denuncia formulada por ella contra Clarion Holding Ltda, en adelante Clarion y el señor Ross Beaty, en adelante el señor Beaty por una presunta toma de control de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., en adelante SIMSA, sin haber cumplido con la realización de una OPA;

Que, mediante Memorando N° 637-2010-EF/94.01.2 de fecha 12 de marzo de 2010 se corre traslado de la queja a la señora Yvonka Hurtado Cruz, Directora de Emisores(e)¹ a fin de que presente el informe que estime conveniente, el mismo que es absuelto a través del Informe N° 139-2010-EF/94.06.3 de fecha 13 de marzo de 2010;

Que, Talingo sustenta la queja interpuesta en los siguientes argumentos:

1. Señala que existe inconducta funcional de la Dirección de Emisores, en la tramitación de la denuncia formulada por Talingo contra Clarion y el señor Beaty, pues no obstante haber transcurrido dos años, dos (2) meses y catorce (14) días desde que se presentó la denuncia a la Dirección de Emisores y siete (7) meses y ocho (8) días desde que el Directorio confirmó lo dispuesto por el Tribunal Administrativo señalando que era función de la Dirección de Emisores dar el inicio formal al procedimiento sancionador para lo cual debían dar inicio a las investigaciones preliminares correspondientes, hasta la fecha no se ha avanzado mucho;

2. Manifiesta su preocupación de que tal inconducta funcional de la Dirección de Emisores no se prolongue al extremo de llegar a declarar en unos meses la prescripción de la infracción;

3. Indica Talingo que ha tomado conocimiento por parte de los propios funcionarios de la Dirección de Emisores que en las últimas semanas del mes de febrero del presente año se han venido realizando algunas declaraciones testimoniales de los implicados lo que reflejaría que recién en las últimas semanas se han empezado las investigaciones preliminares, a pesar que el pronunciamiento del Directorio es de julio de 2009 y que dichas actuaciones preliminares se han realizado sin tomar en cuenta a Talingo, es decir sin que este pueda ejercer su derecho de defensa respecto de las declaraciones actuadas;

¹ Cabe precisar que si bien la presente queja fue interpuesta contra la Dirección de Emisores, en la medida que no se indicó expresamente el nombre del funcionario quejado, se entiende que esta ha sido dirigida contra la persona que tiene a su cargo dicha dirección, es decir señora Yvonka Hurtado Cruz.

CONASEV 000008

4. Menciona que desde hace un (1) mes y medio aproximadamente la Dirección de Emisores decidió no dar a Talingo, acceso al expediente en las instalaciones de CONASEV, sin mediar explicación alguna. Precisa que hasta esa fecha se había venido revisando periódicamente el expediente en virtud de lo señalado por el Tribunal Administrativo y confirmado por el Directorio en calidad de tercero interesado en el procedimiento, prueba de ello son los registros que mantiene CENDOC de cada una de las visitas que se han hecho con dicha finalidad;

Que, mediante el Informe N° 139-2010-EF/94.06.3 la señora Ivonka Hurtado Cruz, Directora de Emisores manifiesta que la queja interpuesta por Talingo carece de fundamento por lo siguiente:

a. Señala que las referencias a los derechos de parte de Talingo que habrían sido señalados en los considerandos de la Resolución del Tribunal Administrativo N° 208-2008-EF/94.01.3 se refieren expresamente al procedimiento administrativo sancionador, en el entendido que este se hubiera iniciado, sin embargo ello todavía no ha ocurrido, pues actualmente se encuentran en la etapa de evaluación de la procedencia de la formulación de cargos² respecto a los denunciados, es decir se trata de la etapa previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, que responde a una actuación previa de indagación, que es reconocida por la Ley del Procedimiento Administrativo General;

b. Menciona que en el expediente administrativo se han realizado diversas actuaciones y toma de testimoniales de diversas personas que intervinieron en la operación materia de la denuncia de Talingo, a efecto de acopiar información relevante para el análisis respectivo y añade que se han sostenido diversas reuniones de indagación con los denunciados, así como con el denunciante;

Asimismo, indica que desde el momento que el expediente fue remitido nuevamente a la Dirección de Emisores, es decir a partir del mes de agosto de 2009 se ha iniciado la evaluación de la abundante documentación presentada durante los trámites de apelación de la medida cautelar y además desde esa fecha se encargó a un nuevo analista legal la revisión del expediente, por renuncia del anterior, el cual tuvo que revisar los fundamentos de las resoluciones del Tribunal Administrativo y del Directorio de CONASEV, así como los documentos y diversos medios probatorios presentados posteriormente por los denunciados;

Indica, también la Directora de Emisores que durante este lapso, se han sostenido diversas reuniones periódicas con los representantes de Clarion, el señor Beaty, White Peak Resources Inc, Orange Bay Commercial Inc y la propia Talingo. Agrega que todas estas actuaciones fueron necesarias para preparar en forma idónea los cuestionarios de preguntas a las diversas personas que fueron citadas para sus testimoniales respectivas;

c. Señala que no obstante lo anteriormente expresado, se ha verificado que TALINGO ha accedido a través del CENDOC de CONASEV, al expediente en diversas oportunidades, así como a la documentación respectiva de la medida cautelar solicitada y agrega la Directora de Emisores que en estas actuaciones previas de indagación e investigación el órgano instructor ha actuado de conformidad con la normativa vigente, interrogando directamente a todas aquellas personas que pudieran dar información para tener mejores elementos para decidir si concurren los

² En su escrito de descargos la Directora de Emisores precisa que la formulación de cargos es el acto que permite al administrado conocer los hechos imputados que se califican como ilícitos para que articule todas las garantías de defensa y debido procedimiento que le reconoce la Ley del Procedimiento Administrativo General.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02516

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA

Resolución GERENCIA GENERAL N° 008-2010-EF/94.01.2

elementos suficientes para disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador;

d. Finalmente, con relación al peligro de prescripción aludido en la queja, señala que de acuerdo con la LPAG, en caso se determine la existencia de elementos que justifiquen el inicio del procedimiento administrativo sancionador, el plazo de prescripción se suspende y en la medida que se sigan realizando actuaciones dentro del procedimiento dentro de los veinticinco (25) días útiles siguientes a la última actuación, este plazo no continuará su cómputo, por lo que no solo el transcurso del tiempo es necesario para que opere la prescripción sino también la inactividad por más de veinticinco (25) días útiles por causa no imputable al administrado;

Que, la queja de conformidad con lo dispuesto por el artículo 158³ de la LPAG se presenta por defecto de tramitación y en especial por paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de deberes de funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva;

Que, dado que en el caso analizado la queja presentada por Talingo se sustenta en: i) Dilatación en la tramitación del expediente, ii) No se reconoce a Talingo derechos de parte interesada en la etapa de investigaciones preliminares antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, iii) No se le permite acceder al expediente administrativo, hace aproximadamente un mes, resulta necesario revisar tales aspectos;

Que, con relación a la presunta dilatación en la tramitación del expediente administrativo, debe señalarse que si bien la denuncia fue presentada el 28 de diciembre de 2008, como consecuencia de la medida cautelar interpuesta por Talingo, se emitió la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, que declara fundada en parte la solicitud de Talingo, la misma que al ser materia de apelación por parte de los denunciados, originó la expedición de la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 con fecha 30 de julio de 2009, que declara infundadas las apelaciones de los denunciados, motivo por el que a la Dirección de Emisores se le remitió el expediente recién en el mes de agosto del año 2009 y es a

³ LPAG

Artículo 158.- Queja por defectos de tramitación

158.1 En cualquier momento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva.

158.2 La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.

158.3 En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya presentado queja, y la resolución será irrecurrible.

158.4 La autoridad que conoce de la queja puede disponer motivadamente que otro funcionario de similar jerarquía al quejado, asuma el conocimiento del asunto.

158.5 En caso de declararse fundada la queja, se dictarán las medidas correctivas pertinentes respecto del procedimiento, y en la misma resolución se dispondrá el inicio de las actuaciones necesarias para sancionar al responsable."

CONASEV 000010

partir de esa fecha que se inicia según indica la Directora de Emisores la evaluación de la abundante documentación presentada durante los trámites de los recursos de apelación de la medida cautelar, así como la revisión de los fundamentos de la Resolución del Tribunal Administrativo y Resolución CONASEV, así como documentos y diversos medios probatorios presentados posteriormente por los denunciados. Cabe precisar que los expedientes que contienen la denuncia y la medida cautelar suman más de cuatro mil (4,000) folios;

Que, adicionalmente resulta necesario mencionar que según lo expuesto por la Directora de Emisores desde el mes de agosto de 2009, también se han sostenido diversas reuniones periódicas con los representantes de Clarion, el señor Beaty, White Peak Resources Inc, Orange Bay Commercial Inc y Talingo con la finalidad de preparar en forma idónea los cuestionarios de preguntas a un grupo de personas, para lograr llegar a la verdad material respecto de la denuncia formulada por Talingo, habiéndose verificado en el expediente N° 2007036571 que en efecto la Dirección de Emisores ha venido efectuando una serie de actuaciones y diligencias preliminares en la etapa previa a la formulación de cargos;

Que, también debe tenerse en cuenta que en la normativa vigente no se establecido un plazo para resolver denuncias como la formulada por Talingo;

Que, por consiguiente, teniendo en cuenta lo expuesto por la Directora de Emisores y dada la verificación efectuada en el expediente N° 2007036571 de la realización de actuaciones y diligencias en la etapa previa a la formulación de cargos, se concluye que la referida Dirección viene actuando en forma regular en la tramitación de la denuncia formulada por Talingo contra la Clarion y el señor Beaty;

Que, de otro lado, respecto de la preocupación manifestada por Talingo de que dado el tiempo transcurrido, puede existir la posibilidad de que prescriba la facultad de CONASEV de sancionar en el caso de la denuncia formulada por Talingo contra Clarion y el señor Beaty, debe indicarse que para que la prescripción opere se requiere no solo el transcurso del tiempo sino también la inactividad por más de veinticinco días útiles por causa no imputable al administrado ya que conforme a lo dispuesto por la LPAG, en caso se inicie el procedimiento administrativo sancionador, el plazo de prescripción se suspende con la formulación de cargos, en la medida que se sigan realizando actuaciones dentro del procedimiento dentro de los veinticinco (25) días útiles siguientes a la última actuación, este plazo no continuará su cómputo;

Que, en cuanto a lo manifestado por Talingo de que no se le reconocen derechos de parte interesada en la etapa de indagaciones e investigación preliminar al inicio del procedimiento sancionador cabe precisar que en los considerandos 20 al 25 de la Resolución N° 206-2008-EF/94.01.3 el Tribunal Administrativo con sujeción a lo dispuesto por la LPAG se señala que Talingo tiene interés en el resultado del procedimiento administrativo sancionador materia de su denuncia, pudiendo intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo;

Que, asimismo debe precisarse que la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 teniendo en cuenta lo señalado por la mencionada Resolución del Tribunal Administrativo, reconoce el interés legítimo individual de Talingo en el caso analizado y le permite presentar ante dicha instancia documentación conteniendo nueva información;

Que, como puede apreciarse la Resolución del Tribunal Administrativo le reconoce a Talingo respecto de la denuncia interpuesta contra Clarion

CONASEV 000011



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02518

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA

Resolución GERENCIA GENERAL N° 008-2010-EF/94.01.2

y el señor Ross Beaty, el derecho a intervenir y participar en el procedimiento administrativo que se genere como consecuencia de su denuncia, sin embargo dicho procedimiento conforme lo señala la Directora de Emisores en sus descargos aún no se ha iniciado, pues actualmente se encuentran evaluando la procedencia de la remisión en la etapa del oficio de cargos a los denunciados, es decir que se encuentra en la etapa de actuación previa a la formulación de los cargos;

Que, en ese sentido, no resulta factible la participación de Talingo durante esta etapa previa a la formulación de cargos, en la que según lo manifestado por la Directora de Emisores, se estarían llevando a cabo una serie de actuaciones, y toma de declaraciones testimoniales, pues aún no se habría iniciado el procedimiento administrativo sancionador, el cual empieza con la formulación de cargos.

Que, en lo que respecta a lo manifestado por Talingo de que en el último mes la Dirección de Emisores le ha negado acceso al expediente administrativo, debe indicarse que tal situación resulta justificable en la medida, se están realizando diligencias e investigaciones preliminares a la formulación del oficio de cargos, es decir nos encontramos en la etapa previa al procedimiento administrativo sancionador, etapa en la que no existe obligación alguna por parte de la Dirección de Emisores de permitir el acceso al expediente por parte de Talingo, pues la intervención o no del denunciante queda a criterio de la referida Dirección, por lo que se considera que la actuación de la referida Dirección se ajusta a derecho;

Que, por las razones expuestas en los considerandos precedentes se concluye que en la tramitación del expediente N° 20070036571 no se ha verificado paralización de trámites e inconducta funcional por parte de la Dirección de Emisores, por lo que la queja formulada por Talingo debe ser declarada infundada;

Que, en cuanto al órgano competente para pronunciarse por la presente queja, debe señalarse que conforme al artículo 35 del Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF, que señala respecto de la Dirección de Emisores "(...) *Este órgano depende jerárquica y funcionalmente de la Gerencia General*", el superior jerárquico del Director de Emisores es el Gerente General de CONASEV, por lo que corresponde al Gerente General de CONASEV pronunciarse sobre la queja formulada por Talingo;

Estando a lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y por el artículo 35 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundada la queja interpuesta por Talingo Corporation contra la señora Yvonka Hurtado Cruz, en su condición de Directora de Emisores.

Artículo 2°.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 158 numeral 158.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General la presente resolución es irrecurrible.

CONASEV 000012

Artículo 3°.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su notificación.

Artículo 4°.- Transcribir la presente resolución Talingo Corporation y a la señora Yvonka Hurtado Cruz.

Regístrese y comuníquese.



Signed by: CARLOS FABIAN RIVERO ZEVALLOS

Carlos Rivero Zevallos
Gerente General (e)

CONASEV 000013

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

TRANSCRIPCIÓN N° 005

Resolución Gerencia General N° 008-2010-EF/94.01.2

Fecha : 19 de marzo de 2010

Señor (es): Talingo Corporation

Esta copia es la Transcripción Oficial.


Liliana Gil Rodríguez
Secretaría del Directorio



Miraflores, 23 de abril de 2010

INFORME INTERNO N° 253-2010-EF/94.06.3

A : Yvonka Hurtado Cruz
Directora de Emisores

DE : Luis Enrique Kanashiro Shinzato - Profesional
Ernesto Alvarez Cisneros – Profesional

ASUNTO : Denuncia sobre presunta infracción a las normas de
Oferta Pública de Adquisición, por parte de Clarion
Holding Limited Corporation y el señor Ross J. Beaty en
la empresa Compañía Minera San Ignacio de Morococha
S.A.

DENUNCIANTE : Talingo Corporation,

DENUNCIADOS : Clarion Holding Limited Corporation y Ross J. Beaty.

REFERENCIA : Expediente N° 2007036571

El presente informe analiza, en base a la documentación presentada y a las indagaciones preliminares realizadas por la Dirección, la determinación de la existencia o no de indicios de concertación entre los señores Clarion Holding Limited Corporation (en adelante CLARION) y Ross J. Beaty (en adelante ROSS BEATY) para la adquisición de participación significativa en la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante SIMSA) suficientemente verosímiles que permitan establecer que se ha infringido o no las normas sobre Ofertas Pública de Adquisición (en adelante OPA).

I. ANTECEDENTES

- 1.1 El Estatuto Social de SIMSA establece que para la adopción de acuerdos relevantes (aumentos de capital, elegir y remover directores, modificar estatutos, entre otros) se necesita un acuerdo del 80% de las acciones representativas del capital social.
- 1.2 Con fecha 11 de julio del 2007, CLARION adquirió en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima (en adelante BVL), 3 300 000 acciones comunes que representan el 4,03563% del capital social de SIMSA, con dicha adquisición incrementó su participación de 44,81% a 48,84563%.
- 1.3 El mismo día, 11 de julio del 2007, 14 segundos después, ROSS BEATY adquirió en Rueda de Bolsa de la BVL, 1 000 000 de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose así en titular del 1,224295% del capital social, de dicha sociedad.
- 1.4 Posteriormente, aproximadamente cinco meses después, entre los días 21 y 23 de diciembre del 2007, CLARION, a través de su apoderado y, a la vez, director



alterno de SIMSA, Señor Víctor Ostolaza, suscribió aproximadamente 852 contratos de donación mediante los cuales otorgó, a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de 10 acciones a cada uno, logrando de este modo que SIMSA llegue a tener más de 750 accionistas. En virtud de dichas donaciones SIMSA pasaría a ser una sociedad anónima abierta en estricta aplicación del artículo 249 de la Ley General de Sociedades.

- 1.5 El 28 de diciembre del 2007, Talingo Corporation (en adelante, TALINGO), titular del 22,36% del capital social de SIMSA, formuló denuncia contra CLARION y ROSS BEATY, por una presunta toma de control de SIMSA sin haber cumplido con la realización de una OPA.
- 1.6 El 16 de enero de 2008, TALINGO solicitó a la Dirección de Emisores de CONASEV, que se le conceda una Medida Cautelar, hasta que CONASEV resuelva definitivamente la denuncia, y en ese sentido, disponga lo siguiente: (i) que, ordene la suspensión provisional del ejercicio de derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION Y ROSS BEATY; (ii) que, ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en sociedad anónima abierta.
- 1.7 Con fecha 26 de febrero de 2008, la Dirección de Emisores mediante Informe N° 164-2008-EF/94.06.3, elevado al Tribunal Administrativo a propósito de la medida cautelar solicitada, concluye lo siguiente:
 - (i) Que de la evaluación conjunta de los indicios presentados por TALINGO, éstos no permiten razonablemente determinar un grado de verosimilitud respecto a la existencia de una supuesta actuación concertada entre CLARION y ROSS BEATY con la intención de adquirir el control absoluto de SIMSA. Por lo tanto, correspondería declarar infundada la pretensión de TALINGO de solicitar la medida cautelar para la suspensión del ejercicio de los derechos políticos de CLARION y ROSS BEATY.
 - (ii) Que en lo referente a la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en sociedad anónima abierta, ésta no se encuentra dentro de los alcances de la competencia de CONASEV al no existir un mandato legal expreso que permita la inaplicación por vía administrativa de la obligación de adecuación a sociedad anónima abierta dado uno de los supuestos configurado en el artículo 249 de la Ley General de Sociedades, donde el cumplimiento de la obligación de adecuación no tiene carácter discrecional por parte de CONASEV.
- 1.8 Como parte de las indagaciones previas se citó para la toma de manifestación respectiva a los señores Andrés Milla Comitre, gerente general de Credibolsa S.A.B. y el señor Roberto Seminario Pizzorni, gerente general de Seminario S.A.B., para el día 06 de marzo de 2008, los mismos que quedaron suspendidos hasta nuevo aviso, debido al recurso de apelación interpuesto por TALINGO al Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3, de la Dirección de Emisores, que determinaba que de conformidad con lo establecido en el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.



- 1.9 Mediante Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, se declaró, entre otros:
- (i) FUNDADA en parte la solicitud de TALINGO, disponiéndose la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION en número de 3 300 000 y a ROSS BEATY en número de 1 000 000 que fueron adquiridas por dichas personas el 11 de julio de 2007, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;
 - (ii) INFUNDADA, la solicitud de TALINGO, en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de adaptarse a sociedad anónima abierta;
 - (iii) De Oficio se ordenó la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones mencionadas;
 - (iii) Que, CONASEV supervisará la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que si fuera necesario poder variarla para que no pierda eficacia, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de SIMSA, que infrinja las normas de OPA;
 - (iv) Que, la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente contra CLARION y ROSS BEATY;
- 1.10 Con fecha, 20 de Agosto del 2008, CLARION interpone recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, solicitando que se disponga el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas.
- 1.11 Con fecha, 03 de octubre del 2008, ROSS BEATY interpone recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, solicitando se revoque la medida cautelar concedida indebidamente.
- 1.12 Mediante Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1, de fecha 30 de julio del 2009, el Directorio de CONASEV declaró:
- (i) INFUNDADO el recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, presentado por ROSS BEATY;
 - (ii) FUNDADA en parte la apelación de CLARION contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, en el extremo de declarar la nulidad del artículo 5 de la resolución que ordena a la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra CLARION y ROSS BEATY.



- 1.13 Sobre la base de la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1, que indicaba que le corresponde a la Dirección de Emisores actuar como órgano instructor en los casos bajo su competencia y ser ella quien decida iniciar un procedimiento administrativo sancionador, esta Dirección retomó las actuaciones indagatorias suspendidas desde marzo de 2008, y cursó los respectivos oficios para retomar las tomas de manifestaciones ya planificadas.
- 1.14 Así, luego de las notificaciones y citaciones respectivas, desde el 15 al 19 de febrero de 2010 se realizaron las tomas de testimoniales a la señora Margaret Burns Olivares, asesora legal de WHITE PEAK; al señor Christian Funcke Ciriani, apoderado de WHITE PEAK; al señor Gustavo Bedoya Cámere, gerente general y accionista de Euromin Perú S.A.; el señor Alfredo Mendiola Cabrera, ex gerente financiero de SIMSA; el señor Mario del Río Amézaga, ex gerente general de SIMSA; el señor Andrés Milla Comitre, ex gerente general de Credibolsa S.A.B.; el señor Roberto Seminario Pizzorni, gerente general de Seminario S.A.B.; y la manifestación escrita remitida desde Chile por el señor Jaime de Orbegoso Rapuzzi, apoderado de Orange Bay.
- 1.15 Asimismo, con fechas 26 y 29 de marzo de 2010, se realizó la toma de manifestación a la señora Victoria Isabel Arias Vargas de Millership, directora y vicepresidente de directorio de SIMSA y al señor Andrés Antonio Dasso Chopitea, director de SIMSA y vicepresidente senior de operaciones de PanAmerican Silver.
- 1.16 De la misma manera con fecha 07 de abril de 2010, se realizó la toma de manifestación al señor Victor Augusto Cayetano Ostolaza Fernández-Prada, director alterno de SIMSA y apoderado de CLARION, y la manifestación a través de videoconferencia del señor ROSS BEATY, la cual contó con la presencia de su representante, y la traducción e interpretación de la señora María Llubitz Larrauri Pineda, traductora registrada, contratada por CONASEV para esta diligencia.
- 1.17 Finalmente, con fecha 09 de abril de 2010, TALINGO solicita que no habiéndosele notificado para que asista a las actuaciones preliminares realizadas, se actúe nuevamente las declaraciones testimoniales, que se les notifique de dichos actos y que se actúen los medios probatorios que TALINGO presentó con anterioridad y reitera en dicha comunicación.

II. ANÁLISIS

Sobre la posible concertación para la adquisición de participación significativa por parte de CLARION y ROSS BEATY, a continuación procederemos a analizar los indicios que conducen a esta demanda y los descargos efectuados.

2.1. De los indicios de la denuncia de TALINGO.

La denuncia sobre concertación para adquirir participación significativa de SIMSA por parte de CLARION y ROSS BEATY de TALINGO se basa en los siguientes indicios presentados:

- 2.1.1. Oportunidad de la adquisición: Diferencia entre las adquisiciones de 14 segundos.



TALINGO argumenta que su primer indicio de actuación concertada es la diferencia de 14 segundos, entre la operación de compra de CLARION y la de ROSS BEATY. Indicio que, hace hincapié TALINGO, deberá ser analizado en forma conjunta y no como un hecho aislado.

2.1.2. Proximidad de los porcentajes adquiridos a efectos de alcanzar participación significativa: Justo por encima del 50%.

TALINGO argumenta también como indicio de actuación concertada el hecho de que la participación conjunta resultante de la adquisición del 11 de julio del 2007 sea de 50,07%, porcentaje apenas por encima del 50% de participación. Advierte TALINGO también que este indicio debe ser tomado en conjunto con los demás a presentar.

2.1.3. Precio pagado por las acciones: Pago de una prima de control.

Uno de los puntos expresados por TALINGO, que sostiene además que sería el único indicio necesario para establecer una actuación concertada, es el precio pagado tanto por CLARION como por ROSS BEATY, que fue de S/. 8,20. Aún cuando este precio estuvo dentro de los rangos en que se negociaba dichos valores en la Bolsa de Valores de Lima, para TALINGO, dicho precio contenía una prima de control.

Manifiesta TALINGO que para un inversionista experimentado en aspectos mineros y bursátiles como ROSS BEATY, no solo basta la cotización del precio en bolsa sino que además de ello, toma relevante importancia el análisis de la información de dicha empresa. Y dado este supuesto, TALINGO presenta una valorización de SIMSA al 30 de junio de 2007, el cual resulta en un rango de precio de la acción entre S/. 5,13 y S/. 6,17, por lo que ROSS BEATY y CLARION habrían pagado dentro de los S/.8,20 una prima de control.

En este punto, también TALINGO argumenta que para completar el análisis hay que tomar en cuenta el precio de las acciones de inversión de SIMSA, la cual cotizaba a un precio de S/. 7,06 el 11 de julio de 2007, el cual le significaba un ahorro de S/. 1 140 000 a ROSS BEATY. La única explicación que manifiesta TALINGO a la compra de acciones comunes por parte de ROSS BEATY es la pretensión de adquirir control concertadamente con CLARION, y por ello pagó una prima.

2.1.4. Participación de la señora Isabel Arias Vargas de Millership en la adquisición de ROSS BEATY.

TALINGO presenta como indicio de actuación concertada la participación de la señora Victoria Isabel Arias Vargas de Millership en las oficinas de Credibolsa S.A.B. el día de las operaciones de compra. Según TALINGO, en esta reunión no se entiende la participación de la señora Isabel Arias, salvo en el entendido de lo que argumenta CLARION, que la señora Isabel Arias fue la persona que contactó a ROSS BEATY para la compra de acciones de SIMSA.

Manifiesta TALINGO, que esta operación ya había sido previamente coordinada por la señora Isabel Arias, desde hace más de un año, en las diversas reuniones sostenidas por ROSS BEATY y ella, en Lima y Canadá.

Agrega TALINGO que esto se agrava aún más, sabiendo que la señora Isabel Arias es la accionista controladora de CLARION, única respuesta al por qué

permitió Credibolsa S.A.B. la presencia de la señora Isabel Arias en las operaciones de compra sino tenía injerencia directa en ninguna de las partes.

TALINGO adicionalmente cuestiona que ROSS BEATY, un empresario de experiencia con más de 30 años requiera "ayudas" para sus inversiones bursátiles.

2.1.5. Defensa de ROSS BEATY por parte de CLARION.

Un indicio adicional de TALINGO, se presenta ya en la defensa que realiza CLARION de la actuación de ROSS BEATY, dedicando párrafos enteros a su defensa, argumentos de defensa que luego el propio ROSS BEATY utiliza para su propia defensa. Según TALINGO, CLARION para ello utiliza argumentos de defensa que no tienen relación con lo que TALINGO denuncia respecto a CLARION.

2.1.6. La adaptación de SIMSA en sociedad anónima abierta.

TALINGO, presenta este indicio como el que finalmente ayuda a entender los comportamientos anteriores, la donación de 8,520 acciones por parte de CLARION a los 852 trabajadores, a razón de 10 acciones por trabajador, representa solo el 0,01% del accionariado de SIMSA, por lo que no tiene ninguna vinculación de otorgar participación de los trabajadores en la empresa, y observando que desde hace años SIMSA no reparte dividendos, queda la duda si fue un beneficio económico para los trabajadores dicha donación. Y finalmente, ni siquiera eran lo suficientemente líquidas como para venderlas en el mercado secundario y obtener algún beneficio económico, y agrega, TALINGO, a pesar de que fuera altamente negociable, éstos no podrían venderlos pues tenían una cláusula en la que no podrían traspasar dichas acciones por un período de 18 meses.

Para ello, manifiesta TALINGO, la preocupación de CLARION, se pone de manifiesto en sus declaraciones, en las que discrepaba con la mayoría calificada requerida en SIMSA, y que consideraba que la única manera de destrabar el entrapamiento en que se encontraba era convirtiendo a SIMSA en una sociedad anónima abierta.

Esto para TALINGO, es un indicio fundamental en la determinación de una actuación concertada con ROSS BEATY.

2.1.7. La oferta efectuada por la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant.

TALINGO argumenta que este indicio es aquel que une y ordena todos los indicios anteriores y por lo tanto se convierte en la pieza clave de todo lo denunciado. Para ello expresa que la razón de la actuación concertada entre CLARION y ROSS BEATY para tomar el control de SIMSA se debe a que la señora Isabel Arias había efectuado negociaciones con la empresa minera rusa Chelyabinsk Zinc Plant para vender los activos de la empresa, producción de concentrados y parte del accionariado de la empresa, con la condición puesta de la empresa rusa de adecuar los estatutos para que esta elimine los derechos a veto que los accionistas minoritarios tenían en la empresa, dicha oferta, menciona TALINGO, fue enviada el 17 de julio del 2007, fecha que concuerda en el tiempo con las operaciones realizadas, las operaciones de compra (11 de julio de 2007) y la donación de las acciones a 852 trabajadores (21 al 23 de diciembre de 2007).



Esta oferta establecía lo siguiente:

- La adquisición del equivalente a 27% del accionariado a un monto de US\$ 13 635 000 o de S/. 42 677 550.
- La participación en el 51% de todos los proyectos de exploración, incluyendo tres importantes prospectos mineros: Tarmatambo, Tambomaría y San Roque, previamente escindidos.
- La opción de adquirir un porcentaje mayor de 50% + 1 acción del accionariado de SIMSA.
- El 100% de la producción de los concentrados de minerales que SIMSA tenía.
- La oferta deberá ser comunicada al directorio y gerencia de SIMSA.

Según TALINGO, para poder llevar a cabo dicho objetivo, se observa que tanto para la escisión de los prospectos mineros, como para la cesión del 100% de la producción cabía en primer lugar eliminar la mayoría calificada, luego de lo cual, solamente bastaba, la decisión de CLARION y ROSS BEATY para tomar las decisiones conducentes a hacer efectivo la oferta de los rusos.

Para ello, era imprescindible, sostiene TALINGO, tener el 50% +1 de acciones de SIMSA, la cual tienen en conjunto, CLARION y Ross BEATY, y adicionalmente convertir la empresa en una sociedad anónima abierta, con lo cual el 50% +1 de acciones alcanzara para tomar los acuerdos respectivos, ya que se eliminaría la mayoría calificada.

2.2. De las diligencias efectuadas

Con anterioridad de la dación de la medida cautelar dispuesta por el Tribunal Administrativo de CONASEV, y ratificada por el Directorio, la Dirección de Emisores, ya había iniciado las indagaciones preliminares con el objetivo de corroborar si los indicios presentados por la parte demandante tenían el carácter de verosímiles o no, para luego de ello, determinar si procedía o no el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra los denunciados.

Para ello, se cursaron oficios a las sociedades agentes de bolsa involucradas en las operaciones de compra y de venta del 11 de julio de 2007, así como a la involucrada en las donaciones de acciones a los trabajadores, siendo estas Credibolsa S.A.B., Seminario S.A.B. y Centura S.A.B. (hoy Inteligo S.A.B.). En estos oficios se requirió, entre otros las fichas de los clientes, las órdenes de compra y de venta, y las pólizas respectivas de los involucrados en las operaciones del 11 de julio de 2007, asimismo se requirió las fichas de los clientes, los trabajadores en el caso de la donación, y los contratos de donación firmados.

Asimismo, se requirió la tenencia de acciones de los involucrados, los estatutos sociales de SIMSA, así como el pacto social de CLARION, presentado con motivo de su registro como cliente de Credibolsa S.A.B. Adicionalmente, se dio inicio a la etapa de indagaciones preliminares, cursándose las primeras notificaciones a los gerentes generales en ese momento de Credibolsa S.A.B., el señor Andrés Milla Comitre y de Seminario S.A.B., el señor Roberto Seminario Pizzorni, las mismas que se suspendieron luego de la interposición de recursos de apelación contra lo señalado por la Dirección de Emisores en



cuanto a la participación de TALINGO en las indagaciones preliminares y solicitud de medidas cautelares por parte de TALINGO.

Luego de resueltas las apelaciones por parte del Directorio, que entre otros, declaró la nulidad del artículo 5 de la resolución del Tribunal Administrativo que ordenó a la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente contra CLARION y ROSS BEATY, la Dirección de Emisores prosiguió con las indagaciones preliminares enviando las respectivas citaciones a efectos de proceder con la toma de manifestaciones de las personas que estaban directamente involucradas con la denuncia de concertación y con los indicios esgrimidos por la denunciante y que resultaban relevantes para los efectos de verificar lo señalado en la denuncia.

De esta forma se tomó los testimonios de los denunciados: CLARION, el día 07 de abril de 2010, a través de su representante Señor Victor Ostolaza y del Señor ROSS BEATY, a través de una videoconferencia el mismo 07 de abril de 2010, en la que se encontraba presente su representante. Para esta diligencia en particular, se contó con la participación de una intérprete y traductora registrada contratada por CONASEV, en razón que el idioma del Señor ROSS BEATY es el inglés, así como también se procedió a registrar la respectiva videoconferencia.

De la misma manera se citó a la señora Isabel Arias, incurso en la investigación por su actuación en el contacto con el señor ROSS BEATY, al señor Andrés Dasso Chopitea, involucrado por ser director de SIMSA y vicepresidente senior de operaciones de PanAmerican Silver, cuyo presidente de directorio es el señor ROSS BEATY.

También se tomó la manifestación a los señores Andrés Milla, gerente general de Credibolsa S.A.B. en el momento de las operaciones y al señor Roberto Seminario Pizzorni, gerente general de Seminario S.A.B. Asimismo, rindieron su manifestación, la señora Margaret Burns y el señor Christian Funcke, por parte de White Peak Resources Inc. (en adelante WHITE PEAK), la empresa vendedora de las acciones; y para el tema de la oferta de la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant, se citó a los señores Gustavo Bedoya Cámere, de la empresa Euromin Perú, persona que estuvo vinculada con el establecimiento de contacto entre SIMSA y Chelyabinsk Zinc Plant, el señor Alfredo Mendiola Cabrera y el señor Mario del Río Amézaga, ex gerente financiero y ex gerente general encargado en el momento de la recepción de la oferta de la empresa rusa.

Hay que mencionar también que se citó al señor Jorge de Orbegoso Rapuzzi, representante de Orange Bay, el mismo que se encontraba fuera del país en Chile, y que envió el cuestionario absuelto con su firma legalizada ante notario.

Asimismo, cabe mencionar, que las tomas de manifestación que se efectuaron a los denunciados, es decir, ROSS BEATY y CLARION, a través de su representante, así como a las demás personas mencionadas previamente, tenían como finalidad contar con mayores elementos para determinar la posible existencia o no de infracción administrativa, así como para poder contrastar las manifestaciones vertidas y esclarecer determinados aspectos en el marco de la denuncia.



En lo referente a la solicitud hecha por TALINGO, en su escrito de fecha 09 de abril de 2010, de realizarse actuaciones adicionales y actuarse nuevamente todas las indagaciones preliminares ya efectuadas, por no habersele notificado para que se encuentre presente en dichas actuaciones en calidad de tercero, tal como, según indica, habría reconocido el Tribunal Administrativo y no cuestionada por el Directorio de CONASEV, en su Resolución de Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3 y Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1, es pertinente recordar lo señalado en la referida Resolución del Tribunal Administrativo.

La Resolución de Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, reconoce a TALINGO como tercero con interés legítimo dentro del procedimiento administrativo sancionador, siempre que éste se inicie, señalando en su parte considerativa lo siguiente:

“23. De esta manera, siendo que Talingo tiene interés en el resultado del procedimiento administrativo sancionador materia de su denuncia, puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo. En ese sentido, este Tribunal Administrativo considera que una interpretación contraria no sería conforme a la Constitución en la medida que supondría lesionar su derecho a la defensa;” (el subrayado es agregado)

Al respecto debemos mencionar que de lo observado de las actuaciones de la Dirección nos encontramos en una etapa anterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador, que responde a una actuación previa de indagación, realizada de oficio, que es reconocida por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 –LPAG.

Sobre este particular, Morón Urbina en sus Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General¹, señala que: *“Con la finalidad única de determinar, con carácter preliminar, la existencia de circunstancias justificativas del inicio formal del procedimiento administrativo sancionador, las autoridades con competencia para investigar los presuntos actos indebidos, están facultadas para la apertura de una actuación previa a la incoación formal del procedimiento” (...)* *“Como su propia naturaleza lo hace evidente, estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento administrativo sancionador, poseyendo la calidad de antecedentes que no interrumpen el plazo prescriptorio”.* (los subrayados son agregados)

Adicionalmente, las diligencias efectuadas por CONASEV se realizaron en una etapa previa a lo que sería un procedimiento administrativo sancionador que se inicia con la imputación de cargos. Al respecto, Morón Urbina manifiesta que: *“El trámite de formulación de cargos es esencialísimo en el procedimiento administrativo sancionador, por cuanto es este acto procedimental que permite al administrado informarse cabalmente de los hechos imputados y su calificación como ilícitos, a efecto de poder articular todas las garantías que su derecho al debido procedimiento le facultan”.* (el subrayado es agregado)

¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Cuarta Edición, Mayo 2005. Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú.



Como se advierte, la formulación de cargos, es el acto que permite al administrado conocer los hechos imputados que se califican como ilícitos, para que articule todas las garantías de defensa y debido procedimiento que le reconoce la LPAG. En consecuencia, en las actuaciones previas de indagación el órgano instructor puede preservar la reserva del expediente y de las investigaciones que pueda venir realizando según su propia estrategia de investigación.

Esta situación es reconocida por la propia Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 del 30 de julio de 2009, cuando señala en su parte considerativa textualmente lo siguiente:

"c) Inicio del Procedimiento Sancionador

La diferencia entre el órgano instructor (Dirección de Emisores) y el órgano que resuelve (Tribunal Administrativo) es una garantía fundamental que busca asegurar la imparcialidad del órgano encargado de determinar la infracción e imponer la sanción.

El procedimiento administrativo sancionador se inicia formalmente con la notificación de cargo del presunto infractor, luego de las investigaciones preliminares, y esa función está a cargo de la Dirección de Emisores; por lo tanto, el artículo 5° de la resolución apelada supone una violación a la estructura prevista para el procedimiento sancionador. (el subrayado es agregado)

Asimismo, la Resolución del Tribunal Administrativo N° 312-2008-EF/94.01.3 declaró improcedente el pedido de TALINGO para que se le reconozcan derechos que como tercero con legítimo interés gozaría en el procedimiento administrativo así como tener acceso al íntegro del expediente administrativo. Como sustento de ello, el Tribunal Administrativo señaló que el expediente 2007036571 se encuentra aún en la fase instructora en la Dirección de Emisores de CONASEV y este órgano es el único competente para conocer y resolver las incidencias relacionadas con él.

Adicionalmente cabe señalar que la Dirección de Emisores ha realizado diversas actuaciones y toma de testimoniales de diversas personas que intervinieron en la operación materia de la denuncia de TALINGO, a efecto de acopiar información relevante para el análisis respectivo, por lo que la citación para tomar el testimonial de personas adicionales a las que se citaron no resultaba relevante para efectos de los hechos que se estaban investigando en el marco de la denuncia, pues no tenían relación directa con los hechos materia de investigación.

Cabe recordar que en esta etapa de indagaciones previas, el órgano instructor actúa de oficio y en ejercicio de esta función, realiza las actuaciones necesarias y pertinentes con el objeto de determinar si existen o no elementos que ameriten el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, por lo que se ha cumplido estrictamente con lo establecido por la normativa y no se ha vulnerado derecho alguno ni del denunciante TALINGO, ni de los denunciados.



2.3. Aspectos generales de la prueba indiciaria²

Se puede iniciar el desarrollo del presente ítem señalando que el uso de la prueba indiciaria no se explica por haber desarrollado una actividad probatoria débil por parte de la Administración, sino por la necesidad de enfrentar el reto del desequilibrio probatorio generado por la conciencia de quienes desarrollan el hecho de que éste es ilegal. La técnica de indicios, correctamente aplicada, es tan fuerte y eficaz como cualquier otro medio probatorio.

Nuestro sistema legal, consciente del problema de la prueba, permite el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios, esto es, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

De acuerdo con lo regulado por el Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al proceso administrativo, son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales. Para estos efectos, resulta relevante diferenciar los conceptos legales de indicios y presunciones, con el fin de comprender el rol que juegan estos en la prueba de acuerdos ilegales.

Un indicio de acuerdo con lo señalado por el artículo 276 del Código Procesal Civil es un hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado que, analizado en conjunto con otros, conduce a certeza sobre un hecho desconocido que tiene relación con la materia controvertida.

Así, se reconoce que el indicio (apreciado con otros en su conjunto), puede conducir a certeza, a convicción. Lamentablemente en el lenguaje coloquial suele entenderse "indicio" como un mero indicativo, que sólo señala una probabilidad, entre varias, de que un hecho cierto pruebe un hecho incierto. Pero la prueba indiciaria, en el sentido jurídico, no se sustenta en un hecho cierto que indica una probabilidad de que exista un hecho incierto.

La prueba indiciaria es la existencia de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección, indicando, uno al lado de otro y conforme se van añadiendo en el análisis lógico, que es cada vez más probable que un hecho en principio incierto haya ocurrido, hasta llegar a un punto en que la probabilidad contraria se torna absurda.

Así, el razonamiento lógico derivado de la conjunción de indicios, correctamente apreciados en conjunto, "apabulla" una posible explicación distinta. Negar la prueba indiciaria como fuente de certeza equivaldría a negar la certeza que tenemos sobre una gran parte de las cosas que sabemos.

De otro lado, la presunción es definida por el artículo 277 del Código Procesal Civil como el razonamiento lógico – crítico que, a partir de uno o más hechos indicadores, lleva a certeza del hecho investigado.

Una presunción es la inferencia que se hace del hecho cierto probado, respecto de lo que nos indica como probabilidad de que un hecho incierto haya ocurrido de cierta manera. Varios indicios apuntando en el mismo sentido refuerzan la fortaleza de la presunción.

² Se ha tomado lo señalado por el Dr. Alfredo Bullard en su informe de fecha 05 de noviembre de 2002, que se encuentra recogido en el expediente administrativo de CONASEV N° 200208273.



La diferencia principal radica en que el indicio es un hecho material, mientras que la presunción es una forma determinada de razonar. Como señala DEVIS ECHANDÍA, *“el indicio es la prueba y la presunción (...) la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla”*³.

Ello implica que existe una estrecha relación entre indicio y presunción. Ambos conceptos son complementarios, pero diferenciables entre sí. Los indicios son simplemente los hechos debidamente probados que forman la base de razonamiento del juzgador.

La presunción es lo que propiamente permite al juez adquirir certeza sobre otro hecho desconocido, mediante la deducción basada en indicios⁴. Al respecto, DEVIS ECHANDÍA precisa que:

“La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz es la de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo.

*Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, sino se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél argumento lógico – crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez se encuentra en el segundo, mediante la operación lógica – crítica que la valora”*⁵.

Definidos los conceptos de “indicio” y “presunción”, corresponde analizar cómo se aplica la prueba indiciaria. En el Derecho Penal, pertinente al caso objeto de este informe, por ser uno de aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, la prueba indiciaria se define como “aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado, que ha de motivarse en función al nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios– y el que se trate de probar –delito”⁶.

Existen dos elementos que conjuntamente conforman un indicio sobre la base del cual la autoridad competente puede condenar al presunto infractor por la comisión de la infracción:

Existencia del hecho indicador.- Si bien del hecho indicador se puede presumir o inferir algunas consecuencias, ese hecho indicador no se puede presumir o suponer, sino que debe estar probado de manera fehaciente. Si el hecho indicador no existe o si no hay certeza de su existencia, entonces no hay indicio, en tanto que a partir de aquél a nada se puede arribar.

³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Buenos Aires: V.P. de Zavalla, 1981. Tomo II, p.613.

⁴ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires: Edlar, 1956. T. III p. 684.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit p. 696 y 611.

⁶ RIVES SEVA, Alfonso. La prueba indiciaria en el proceso penal. Amplona: 1986. P.73.



La inferencia razonable del hecho indicado.- Probado el hecho indicador (su existencia), el siguiente paso es determinar si mediante un razonamiento crítico-lógico, basado en normas generales de la experiencia o en conocimientos técnicos especializados, dependiendo del caso, se puede presumir o inferir la existencia de la consecuencia indicada como algo posible.

Probado un hecho indicador, debe determinarse qué explicaciones resultan, con un razonamiento simple y no forzado, a través de las cuales se va creando una convicción cada vez mayor de que es más probable que el hecho indicado, inicialmente incierto, se torne en cierto.

Ello debe hacerse a la luz de los contra indicios existentes aportados por la otra parte. Si los contra indicios aportan conclusiones más simples, entonces el indicio se debilita. Pero, a su vez, la inexistencia de contra indicios (es decir otras explicaciones al mismo hecho indicador) o la existencia de contra indicios que conducen a explicaciones forzadas, refuerzan el poder probatorio del indicio que enfrentan.

Llegado a un punto, la sumatoria de indicios parece lógica porque las diversas probabilidades se van sumando, y la explicación contraria aparece como muy poco probable al sustentarse en una cadena de coincidencias inconexas o en explicaciones forzadas y que no surgen espontáneamente. Cuando la explicación que naturalmente surge de los indicios se vuelve en razonable, se puede afirmar que se ha generado certeza en el juzgador.

En conclusión, los indicios deben conducir al juzgador a creer en la hipótesis derivada de su apreciación en conjunto más allá de una duda razonable por lo que la Corte Suprema del Perú se ha pronunciado expresamente por la validez del uso de indicios y presunciones como medios probatorios de delitos, precisando que *“los indicios a fin de que cumplan con su cometido (...) deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual, desmereciendo la circunstancia o signo que aunado a otras pruebas adquieren la significación necesaria que conduzca al juez a la certeza del hecho investigado”*⁷.

En este contexto lo que se debe determinar en el presente procedimiento administrativo sancionador es si los indicios y pruebas que forman parte del presente expediente permiten inferir como la explicación posible, más allá de una duda razonable, la existencia de una concertación entre CLARION y el señor ROSS BEATY en la adquisición de participación significativa en SIMSA.

Por su parte es importante señalar que en el ámbito del mercado de valores, el uso de indicios y presunciones ya ha sido también reconocido por la doctrina, la jurisprudencia comparada y CONASEV.

2.4. Aspectos generales de “Actuación Concertada”

Históricamente la figura de la actuación concertada surgió como una reacción a determinadas técnicas de adquisición de valores que se llevaron a cabo en los años setenta y que respondían al objetivo de obtener participación significativa eludiendo la formulación de una OPA.

⁷

Sentencia del 18 de octubre de 1999, Expediente. Av. 98-96.



Así, la actuación concertada consiste en el supuesto en que varias personas en forma conjunta actúan de acuerdo y bajo una unidad de propósito u objetivo de hacerse de participación significativa o tomar el control de una sociedad que tiene valores cotizados.

De esta manera, adquieren acciones con derecho a voto de forma separada de tal forma que cada uno se encuentra por debajo de un umbral que los obligue a hacer una OPA, pero que sumadas las tenencias de los concertados, conforman una participación legalmente significativa.

Para Sánchez Calero⁸, la inclusión del concepto "actuación concertada", responde a la necesidad de acoger la realidad sustancial de los hechos, de los que pueda deducirse un resultado; se trata de, en sus propias palabras: *"(...) hacer frente a la elusión de la obligación de efectuar una OPA mediante la actuación de dos o más personas que puestas de acuerdo adquiriesen una participación significativa fraccionando la adquisición efectuada por cada una de ellas, con el resultado de la obtención o cambio de control sobre la sociedad."*

De acuerdo con ello, no solo se podría utilizar el criterio meramente formal y numérico, para determinar la adquisición de participación significativa, sino que, ahora también, el criterio sustancial basado en varios actos, que tras ser investigados, pongan en evidencia que fueron realizados concertadamente para eludir la obligación de OPA y obtener la participación significativa, siendo irrelevante que los autores de dichos actos formen parte o no de un mismo grupo económico.

De esta manera, la existencia previa de un grupo económico o de un grupo de personas naturales o jurídicas que se encuentren vinculadas entre ellas, no es una condición para que se presenten actuaciones concertadas con la finalidad de eludir la obligación de hacer una OPA.

Es decir, las actuaciones concertadas, si bien son naturales al interior de un grupo económico, no implican que las personas que actúan concertadamente conformen en todos los casos un grupo económico⁹.

Por otro lado, las actuaciones concertadas que se realizan para eludir una OPA, no necesariamente son actos que se pueden evidenciar permanentemente en las relaciones comerciales o de negocios, o de forma previa a las adquisiciones elusivas de OPA, ya que podrían darse sólo para efectos de dicha elusión y a partir de ésta.

2.5. Del análisis de los indicios denunciados por TALINGO.

En este orden de ideas analizaremos cada uno de los indicios argumentados por TALINGO, tanto en forma individual como en conjunto, para determinar si éstos gozan de la suficiente verosimilitud para establecer que se dio una

⁸ Informe preparado para el caso de actuación concertada por parte de Bavaria S.A. y el grupo Cisneros en la adquisición de acciones de la Clase "A" de la sociedad Backus.

⁹ Una evidencia de lo anterior es lo señalado en el artículo 8, segundo párrafo, del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, donde se establece la presunción, salvo prueba en contrario, que las personas jurídicas vinculadas se encuentran sujetas a un control común. Es decir, al admitirse la prueba en contrario se reconoce que pueden existir supuestos en los que exista vinculación entre personas —entendida como la relación que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado— pero que estas personas no integren un mismo grupo económico



actuación concertada entre CLARION y el señor ROSS BEATY para alcanzar participación significativa en SIMSA evadiendo la normativa de OPA.

2.5.1. Oportunidad de la adquisición: Diferencia entre las adquisiciones de 14 segundos.

Sobre este indicio, hay que tomar en consideración que la sola presencia de un grupo de adquisiciones en forma simultánea no configura un indicio fehaciente de una actuación concertada, puesto que la actuación concertada en la adquisición de participación significativa, pudiera darse con operaciones de compras a lo largo del tiempo, y no necesariamente en forma casi simultánea.

Ante ello, la operación de venta de las acciones de SIMSA por parte de WHITE PEAK, se manifestó en una orden de venta por 4 300 000 acciones a un precio de venta de S/. 8,20, entregada el 09 de julio de 2007 en las oficinas de Credibolsa S.A.B., firmada por su apoderado el señor Christian Funcke Ciriani.

Esta operación de venta tuvo como contraparte dos operaciones de compra, la primera de CLARION mediante una orden de compra de 3 300 000 acciones a un precio de S/. 8,20, presentada por su apoderado el señor Víctor Ostolaza, fechada el 10 de julio de 2007, pero a lo manifestado por el señor Andrés Milla, en ese entonces gerente general de Credibolsa S.A.B., esta orden fue presentada en sus manos en las oficinas el mismo 11 de julio de 2007.

También manifiesta WHITE PEAK y CLARION, que en ese momento la señora Isabel Arias, propone comunicarse con el señor ROSS BEATY de quien ella tenía conocimiento que tendría interés en el saldo de las acciones.

Respecto a este punto, hay que anotar que en las declaraciones tanto de la señora Isabel Arias como del señor ROSS BEATY se hace mención a que la señora Isabel Arias se comunicó con el señor ROSS BEATY días antes del 11 de julio de 2007 para saber su interés en comprar acciones de SIMSA, en el cual se le comunicó el precio de las acciones, ante ello el señor ROSS BEATY, expresa su interés por 1 000 000 de acciones a ese precio dado que quería invertir solamente una cantidad de US\$ 2 500 000.

Ante esto, tal como lo indica el señor Roberto Seminario —gerente general de la sociedad agente de bolsa en la que mantiene sus cuentas el señor ROSS BEATY, Seminario S.A.B.— el señor ROSS BEATY se comunica con el señor Roberto Seminario, informándole que en unos días pasaría una operación y que se comunicarían con él para realizarlas.

De las declaraciones antes indicadas, se observa que la operación de venta de WHITE PEAK fue coordinada previamente con cada uno de los compradores, CLARION y el señor ROSS BEATY, de manera independiente, para que pudieran realizarse, tanto la venta y las compras en un día específico y por cantidades y precios determinados. Sin embargo, este elemento no supone necesariamente una concertación entre CLARION y el señor ROSS BEATY, inclusive la venta pudo haber tenido lugar con cualquier otro inversionista si Seminario S.A.B. no pasaba la orden de compra en el momento adecuado.

En efecto, puede apreciarse que siendo un mercado ciego, la orden de venta de WHITE PEAK, pudo haberse calzado con cualquier orden de compra que en ese momento alguien pudiera haber ingresado, si hubiera habido una demora



en el ingreso de la orden de compra del señor ROSS BEATY, a cargo de una sociedad agente de bolsa distinta de la que ingresó la orden de venta.

2.5.2. Proximidad de los porcentajes adquiridos a efectos de alcanzar participación significativa: Justo por encima del 50%.

Este indicio por sí mismo tampoco nos lleva a entender que se habría dado una actuación concertada entre CLARION y el señor ROSS BEATY, si bien es cierto que puede llamar la atención el hecho de que en dos operaciones en un mismo día y casi a la misma hora, se haya alcanzado entre los dos un porcentaje justo por encima del 50%, y que uno de los compradores haya comprado hasta un límite menor al 50%, tal vez con el propósito de no tener la obligación de realizar una OPA, este hecho no alcanza para establecer que sea un indicio que lleve a concluir que existió una concertación.

Si éste fuera el caso, cualquier persona que hubiese adquirido el remanente de la orden de venta de WHITE PEAK, podría ser acusado de concertar con CLARION para la adquisición de participación significativa.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que de las manifestaciones tomadas se infiere que WHITE PEAK, quería vender su participación en SIMSA, y que esperaba un precio de S/. 8,20 o similar, para ello encontró como comprador a CLARION (por 3 300 000 acciones) y al señor ROSS BEATY (por 1 000 000 acciones), se puede inferir que si estos inversionistas hubieran estado dispuestos a adquirir una mayor cantidad o se hubiera encontrado más compradores, se hubiera vendido mayor cantidad de acciones.

Hay que anotar que TALINGO deja entrever la consistencia en algunas votaciones de Junta General de Accionistas, entre CLARION y otros accionistas, diferentes a TALINGO. Ello supondría que CLARION ya tenía posiciones coincidentes con otros accionistas de SIMSA, incluyendo WHITE PEAK, por lo que no habría necesitado concertarse con un tercero que adquiere precisamente la participación de WHITE PEAK. De esta manera, no resulta verosímil el hecho que se estuviera buscando un socio adicional externo a los otros accionistas para romper las supermayorías y tomar el control de la empresa.

2.5.3. Precio pagado por las acciones: Pago de una prima de control.

Según TALINGO, este es uno de los indicios fundamentales de su denuncia. Con el propósito de analizar este aspecto veamos las cotizaciones de la acción común de SIMSA, para el período comprendido entre el 11/07/2006 y el 31/12/2007:

Fecha	Nro Operaciones	Acc. Negociadas	Monto S/.	Precio de Cierre
27/03/2007	1	300	3,300.00	11.00
18/04/2007	1	300	3,600.00	12.00



20/04/2007	2	1,000	12,000.00	12.00
27/04/2007	1	40	440.00	11.00
04/05/2007	2	4,000	36,808.00	9.20
14/05/2007	1	1,000	8,800.00	8.80
05/06/2007	3	7,000	60,000.00	8.50
06/06/2007	3	3,000	24,600.00	8.20
08/06/2007	2	20,014,386	164,119,687.20	8.80
11/06/2007	2	4,000	32,800.00	8.20
13/06/2007	1	2,700	22,275.00	8.25
15/06/2007	3	7,000	57,820.00	8.21
19/06/2007	1	2,168	17,799.28	8.21
26/06/2007	1	1,000	8,500.00	8.50
11/07/2007	3	4,300,000	35,260,000.00	8.20
14/08/2007	1	2,000	14,600.00	7.30
21/08/2007	4	20,000	125,000.00	6.50
23/08/2007	2	2,000	14,480.00	7.48
24/08/2007	3	8,135	57,144.80	7.00
18/09/2007	1	2,000	10,360.00	5.18



19/09/2007	1	2,000	11,000.00	5.50
26/09/2007	1	1,000	5,600.00	5.60
28/09/2007	1	800	4,560.00	5.70
03/10/2007	1	500	2,900.00	5.80
10/10/2007	1	500	2,900.00	5.80
17/10/2007	3	1,300	7,565.00	5.85
31/10/2007	1	120	702.00	5.85

Analizando la información de la tabla de las cotizaciones y las transacciones realizadas, se puede notar que el precio al cual fue comprado la acción común de SIMSA se encontraba dentro de los rangos de precios negociados en aquellos días, incluso teniendo en cuenta la baja que venía acumulando en ese período, por lo tanto no se puede inferir de lo observado que se hubiera pagado una prima de control por las acciones por parte del señor ROSS BEATY.

Adicionalmente cabe anotar que las operaciones realizadas los días 20/04/2007, 27/04/2007, 04/05/2007, 05/06/2007, 06/06/2007, 11/06/2007, 13/06/2007 y 19/06/2007, fueron ventas de acciones comunes de SIMSA realizadas totalmente por TALINGO, mientras que en los días 08/06/2007 y 15/06/2007 una de las dos operaciones de venta de esas fechas fue realizada también por TALINGO. Incluso, el 08/06/2007, cuando WHITE PEAK vende un paquete importante de su participación a la empresa Orange Bay a un precio de S/ 8,20, TALINGO también vende a Orange Bay un pequeño porcentaje a un precio de S/. 8,80.

De mantenerse la hipótesis de TALINGO, supondría también que las ventas que TALINGO realizó a diversos comitentes durante los tres meses anteriores a la operación bajo análisis también incorporaron una prima de control pagada por dichos comitentes, aún cuando estaban adquiriendo participaciones absolutamente minoritarias. La poca consistencia de la conclusión a la que llevaría tal hipótesis, hace posible afirmar que el precio al que se transó la acción de SIMSA entre abril y julio de 2007, reflejaba las condiciones y expectativas del mercado en ese entonces.

En efecto, lo señalado en los párrafos anteriores nos hace inferir un precio consistente en el tiempo para las ventas de WHITE PEAK, en ningún caso muy por encima del mercado como para inferir que se haya pagado un sobreprecio en las operaciones del 11 de julio de 2007.



Con relación a la valorización presentada por TALINGO, hay que anotar que esta puede connotar un estudio objetivo de la empresa en base a un método de valorización determinado, pero que en todo caso, no toma en cuenta necesariamente las expectativas y la experiencia que puede tener el inversionista en esos momentos, por lo que no se discute la validez de la metodología usada entre las diversas que existen, sino la especulación de que dicho análisis fuera necesariamente realizado por el señor ROSS BEATY en la adopción de su decisión para la compra de la acción de SIMSA, tomando en cuenta, que en su manifestación, el señor ROSS BEATY, expresó su expectativa en ese momento de un aumento del precio del zinc en el mercado internacional y de una buena gestión en SIMSA al momento de la compra de acciones.

Adicionalmente, hay que tomar en cuenta algunos argumentos conexos o indicios adicionales señalados por TALINGO, como son su afirmación de la no participación minoritaria del señor ROSS BEATY en las empresas en las que invierte, y que siempre busca el control de las empresas. En este punto, se ha constatado por el contrario, que el señor ROSS BEATY tiene participación minoritaria en otras empresas peruanas que listan en bolsa, tanto en acciones comunes como en acciones de inversión, así, se advierte que tiene participación a la fecha en Textil Piura, Universal Textil y Minsur en acciones de inversión y en la fecha de la operación había tenido participación además en Cemento Andino, El Brocal y Cerro Verde en acciones comunes.

Asimismo, con relación al argumento sostenido por TALINGO, de que el señor ROSS BEATY bien pudo haber invertido en las acciones de inversión de SIMSA, que tenía mayor negociación y a un precio menor, el señor ROSS BEATY señaló en su manifestación, su predilección por las acciones comunes las que poseen un valor mayor dado que tienen derechos de voto, y que entre las acciones con voto y no, siempre ha preferido aquellas con voto, y que finalmente eran las acciones que se les estaba ofreciendo en el momento de la operación.

Ante los hechos comentados, respecto de compras y ventas de acciones de SIMSA que se dieron en el mercado, en las que incluso participó TALINGO como vendedor recibiendo un precio de S/. 8.80 (mayor a S/. 8.20 pagado por CLARION y el señor ROSS BEATY), no consideramos que el argumento de existencia de prima de control en el precio pagado en la transacción objeto de investigación sea un indicio lo suficientemente verosímil como para establecer una actuación concertada, es más, los precios prevalecientes en el mercado antes y durante la transacción no permiten evidenciar un sobreprecio pagado como una prima de control.

2.5.4. Participación de la señora Isabel Arias Vargas de Millership en la adquisición de ROSS BEATY.

Si bien la participación de la señora Isabel Arias se da con el contacto entre WHITE PEAK y el señor ROSS BEATY para la venta de las acciones de la primera, no se puede acreditar que dada su participación en esta operación se haya dado una actuación concertada entre CLARION y el señor ROSS BEATY.

En primer lugar, ante lo manifestado por la señora Isabel Arias, de no tener relación alguna con CLARION, esta Dirección no ha encontrado evidencia que niegue dicha manifestación.



En segundo lugar, como se desprende de las manifestaciones tanto de la señora Isabel Arias, como del señor ROSS BEATY, estas dos personas se conocían con anterioridad a la fecha de la operación. Según las declaraciones de la señora Isabel Arias, se conocían probablemente desde el año 2006 y debido a que ella conocía de sus inversiones en el Perú, se comunicó con él y le mencionó la posibilidad de invertir en acciones de SIMSA. La señora Isabel Arias ha mencionado además que el día de la operación ella sólo estableció el enlace telefónico entre el señor ROSS BEATY y Credibolsa S.A.B.

Inferir en base a estos hechos que la señora Isabel Arias tejió y planificó toda la estrategia de actuación concertada entre CLARION y el señor ROSS BEATY, va más allá de lo que de los hechos se puede inferir. Por el contrario, la señora Isabel Arias manifestó que mantiene esfuerzos constantes desde hace varios años para promover la participación de inversionistas en la sociedad y que esta situación es conocida por los accionistas y directores de SIMSA.

2.5.5. Defensa de ROSS BEATY por parte de CLARION.

Este es un argumento de TALINGO, que lo presenta como un indicio de la actuación concertada de los denunciados. En realidad, esto se manifiesta con posterioridad a la denuncia presentada, y en razón a ello, no se observa como fuera de lo ordinario el hecho de que, en aras de defender su posición, CLARION, intente desvirtuar los argumentos de TALINGO, en relación al perfil de inversión del señor ROSS BEATY.

En nuestra opinión esto no constituye un indicio para determinar una actuación concertada y es más bien una actitud consistente con el objetivo de defensa ante una acusación de actuación concertada.

Adicionalmente, en un primer momento TALINGO argumentó como indicio de concertación la propuesta del señor Andrés Dasso Chopitea como director de SIMSA por parte de CLARION. Al respecto, de las manifestaciones realizadas, se ha corroborado que el señor Andrés Dasso laboró en SIMSA desde el año 1977, y en una última etapa desde el año 1988 al año 1995, en que ingresa a trabajar en la empresa PanAmerican Silver Perú.

Cabe señalar que según declaraciones del señor Andrés Dasso, él fue nombrado director alterno desde el año 2001 a propuesta de las hermanas Arias Vargas y elegido por unanimidad en la junta general de accionistas. Asimismo, el señor Andrés Dasso sostiene que es director titular desde el año 2004. Según los descargos de CLARION, en el año 2004 es TALINGO quien propone que el señor Andrés Dasso continúe como director alterno, siendo CLARION, entonces quien lo propone como director titular, siendo elegido por unanimidad en la junta general de accionistas.

Si bien es cierto el señor Andrés Dasso labora en la empresa de la cual el señor ROSS BEATY es el presidente de directorio, el señor Andrés Dasso ha sido director de SIMSA desde mucho antes del ingreso del señor ROSS BEATY al accionariado de SIMSA. Y finalmente, el señor Andrés Dasso, ha ratificado que no fue buscado por CLARION para ser nombrado director y más bien fue propuesto por las hermanas Arias.



2.5.6. La adaptación de SIMSA en sociedad anónima abierta.

Dada las donaciones realizadas entre los días 21 al 23 de diciembre de 2007, a 852 trabajadores de SIMSA, de 10 acciones a cada trabajador, la empresa tendría más de 750 accionistas, supuesto previsto en la Ley General de Sociedades para adecuarse a la forma de sociedad anónima abierta de acuerdo con lo estipulado en el numeral 2 del Artículo 249° de la Ley General de Sociedades.

Podemos inferir que adicionalmente a lo expresado por CLARION -en el sentido de que estas donaciones se debieron a una actitud altruista de incentivar y premiar a sus trabajadores a través de una donación simbólica de 10 acciones y que en total constituye un porcentaje menor al 0,03% del accionariado total de SIMSA, y con ello motivarlos y expresarles su gratitud por el trabajo en épocas de crisis que realizaron por la empresa- estas donaciones han tenido como objeto convertir a la empresa en una sociedad anónima abierta y de esta manera eliminar las mayorías calificadas estipuladas en los estatutos de la sociedad.

Pero este argumento no conlleva a la determinación de actuación concertada con el señor ROSS BEATY, puesto que dada la conversión de la empresa en sociedad anónima abierta, la posibilidad de tener el control absoluto de la empresa podría darse con la coordinación con cualquier otro accionista, no necesariamente o únicamente con el señor ROSS BEATY.

Esto último va en línea de lo manifestado por TALINGO, respecto de la consistencia en las votaciones de los otros accionistas en las juntas generales, como se menciona en el último párrafo del punto 2.5.2. Incluso CLARION, sin la necesidad de intervención de ningún otro accionista hubiera podido por ejemplo, adoptar acuerdos en juntas generales de accionistas de SIMSA realizadas en segunda convocatoria una vez adaptada la sociedad a sociedad anónima abierta.

Si bien estas donaciones podrían haber perseguido convertir a SIMSA en una sociedad anónima abierta y con ello eliminar las mayorías calificadas estipuladas en el Estatuto de la sociedad, no existe verosimilitud para establecer este acto como un indicio indiscutible y determinante de la actuación concertada entre CLARION y el señor ROSS BEATY.

Cabe precisar que lo señalado en el presente apartado sobre las donaciones de acciones y su mérito como indicio de concertación, es independiente de cualquier resultado de los procesos judiciales que se vienen ventilando sobre la materia en las instancias jurisdiccionales correspondientes.

2.5.7. La oferta efectuada por la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant.

Esta oferta constituye para TALINGO, la clave y pieza final de todo este rompecabezas de la actuación concertada, llegando a sostener en su momento que también demostraba la concertación con WHITE PEAK y la empresa Orange Bay. El objetivo final de la concertación, era poder vender a la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant, el 51% de los prospectos mineros, así como toda la producción y la participación mayoritaria en la empresa.

Para ello, la empresa rusa ofertaba comprar en principio un 27% de las acciones a un monto de US\$ 13 635 000 o S/. 42 677 550, lo cual equivalía a



US\$ 0,62 o S/. 1,93 por acción. TALINGO en uno de sus escritos especula que esta podría ser la participación de WHITE PEAK y de la empresa Orange Bay, a quien WHITE PEAK le vendió acciones en junio del 2007, pero más allá de la pertenencia de las acciones, a primeras luces, podría resultar poco razonable, la venta a esos precios dadas las cotizaciones que se estaban presentando en el mercado en esa oportunidad.

Pero adicionalmente, la empresa rusa iba a tener la opción de comprar hasta el 50% + 1 de las acciones de SIMSA o como lo establece TALINGO, comprar un 50% + 1 acciones adicional, sea cual fuere el caso, esta participación junto con la otra dice TALINGO serían las de CLARION y el señor ROSS BEATY, el precio para el caso de estas opciones no se establecen en el documento.

Esto configuraría el objetivo de la concertación para TALINGO, y para llevarlo a cabo, a espaldas de los accionistas minoritarios, agrega TALINGO, requerían eliminar las mayorías calificadas estipuladas en los estatutos de la sociedad, y ello requería tener el control absoluto de la empresa a través de una mayoría simple y de convertir a SIMSA en una sociedad anónima abierta.

Finalmente TALINGO argumenta que ese objetivo se desprende de la concatenación de las fechas de la operación de compra y venta de las acciones (11/07/2007), la oferta de la empresa rusa (17/07/2007) y la donación de las acciones (21-23/12/2007).

Debemos expresar que este argumento, incorporado por TALINGO en la etapa de la apelación en el Directorio de CONASEV de la medida cautelar mencionada en los antecedentes, es un argumento que según TALINGO encaja perfectamente en una actuación concertada por un objetivo común y de beneficio de los accionistas involucrados, la concatenación de las fechas no hace más que confirmar una secuencia de hechos que se direccionan en ese objetivo final.

Pero de las declaraciones y manifestaciones tomadas, se ha determinado y establecido que la fecha de recepción de la oferta de la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant no se realizó el 17 de julio de 2007, tal como figura en el documento, sino el 17 de julio del 2008, tal como lo han corroborado diversos testimonios de las entrevistas realizadas, y probablemente, el error en la fecha se debió a un error en la redacción del documento que contenía la oferta.

En primer lugar, parte de los argumentos de CLARION, es que dicha oferta establece los parámetros usados a raíz de las visitas de los técnicos enviados por Chelyabinsk Zinc Plant, realizadas los días 12 de febrero de 2008 y 15 de mayo de 2008, y que se corrobora en la propia oferta cuando se toman estimados a partir del año 2009.

De las manifestaciones tomadas a diversas personas, el señor Alfredo Mendiola Cabrera, gerente financiero de SIMSA en esa época, nos mencionó que él fue quien recibió por intermedio de un correo electrónico de parte del señor Sergei Moiseyev, presidente de directorio de Chelyabinsk Zinc Plant, la oferta mencionada, el día 18 de julio de 2008, tal como consta en las copias de los correos electrónicos remitidos a CONASEV y que obran en el expediente.

Cabe señalar, que en la manifestación del señor Alfredo Mendiola, hace mención que siendo él quien recibió la oferta por intermedio del correo electrónico, no podría este haberse dado en julio del 2007, pues en esas



fechas el aún no laboraba en SIMSA, el señor Alfredo Mendiola ingresó a laborar como Gerente Financiero a SIMSA a principios del 2008.

Asimismo, se tomó la manifestación del señor Mario del Río, quién ejerció el cargo de subgerente general desde abril 2006 hasta julio 2008. El señor Mario Del Río declara que tuvo conocimiento de la oferta por parte del señor Alfredo Mendiola quien se la menciona en julio del 2008, en ese momento él se encontraba encargado de la gerencia general, ante la renuncia en enero de 2008 del señor Jorge Best.

Finalmente, el señor Gustavo Bedoya, gerente general de Euromin Perú, empresa que firma un acuerdo de confidencialidad con SIMSA el 15 de mayo de 2008, y a quien se le enviaría información de SIMSA, en relación a la inspección realizada por Chelyabinsk Zinc Plant relacionada a una posible transacción, relata que es en octubre de 2007, que Chelyabinsk Zinc Plant y SIMSA a través de la señora Isabel Arias, toman contacto en Lisboa y en Londres, con el fin de estudiar una alianza estratégica. Asimismo, confirma que en julio de 2008, Chelyabinsk Zinc Plant realiza una "non binding proposal" a SIMSA, luego de haber visitado e inspeccionado la mina San Vicente en febrero y mayo de 2008.

El señor Bedoya menciona que su participación fue para intermediar entre los técnicos de la empresa Saint Barbara, que venían a hacer la inspección de la mina en representación de Chelyabinsk Zinc Plant y la empresa SIMSA.

Adicionalmente, el señor Bedoya presentó a CONASEV, según obra en el expediente, los correos electrónicos que le fueron copiados por el señor Berislav Galovich, director comercial de Chelyabinsk Zinc Plant, en los cuales éste le escribe a la señora Isabel Arias y, entendemos, también al señor Michael Millership, esposo de la señora Isabel Arias, que en la mañana de ese día (el correo está fechado 18 de julio de 2008) en horario de Moscú, le habían enviado la oferta para la compra de las acciones y la propuesta de inversión en SIMSA.

Asimismo, nos alcanza un correo electrónico en el cuál el señor Berislav Galovich, le manifiesta al señor Gustavo Bedoya, que la diferencia en las fechas de la oferta con la real se debe a una equivocación de escribir 2007 en lugar de 2008.

Ante estas evidencias, queda claro que la oferta rusa, se realiza en julio de 2008, y no en el 2007, como menciona TALINGO, y que la fecha que TALINGO menciona parece haberse debido a un error en la consignación de la misma, ello se corrobora con las manifestaciones de las personas involucradas en la recepción de las mismas.

Por lo tanto, este es otro hecho que permite concluir que las compras, supuestamente concertadas en julio de 2007, no tenían relación con la oferta concretada en julio de 2008 por la empresa Chelyabinsk Zinc Plant. Más aún, tomando en consideración que el primer contacto se lleva a cabo recién en octubre de 2007. En consecuencia, no se encuentra verosimilitud en el indicio en mención.

Hasta este momento se han evaluado en forma independiente cada uno de los indicios presentados por la denunciante, en las cuales como hemos observado a lo largo del análisis efectuado, no hay suficiente fortaleza para indicar y establecer que como



consecuencia de alguno de estos indicios se encuentre verosimilitud en la denuncia de actuación concertada en la adquisición de participación significativa en SIMSA por parte de CLARION y el señor ROSS BEATY.

Tal como lo plantea el denunciante así como lo mencionado en el numeral 2.3., se debe analizar si en conjunto estos indicios determinan sin ninguna duda razonable que existe una actuación concertada entre CLARION y el señor ROSS BEATY.

Del análisis de los indicios en conjunto, se puede observar que existe una dirección tomada por CLARION para establecer a SIMSA como una sociedad anónima abierta a través de las donaciones de acciones, acto que se encuentra siendo revisado en el poder judicial, y del cual observamos no existe una relación con la denuncia de actuación concertada entre los denunciados CLARION y el señor ROSS BEATY.

Es claro también observar la forma como el objetivo o propósito único establecido para determinar una conducta de actuación concertada se diluye cuando se desvanece el hecho que la oferta de la transacción de SIMSA a la empresa Chelyabinsk Zinc Plant, se produjo en julio de 2008, por lo que no tiene una relación relevante con las operaciones realizadas en el 2007, cuando no se tenía conocimiento de oferta alguna de la empresa rusa.

Finalmente, el comportamiento como inversor del señor ROSS BEATY, no ha sufrido ninguna variación sustancial con lo hecho por él en ocasiones anteriores, es decir, tenía inversiones pequeñas en empresas peruanas, no solo dedicadas a la minería o a la plata sino también en otros rubros, era un inversor de acciones peruanas desde antes de la adquisición de acciones de SIMSA, y estas inversiones las hacía tanto en acciones de inversión como en acciones comunes. Asimismo, todas estas adquisiciones han sido realizadas a título personal y de forma abierta en el mercado, destinándola a su propio portafolio de inversiones.

En cuanto al planteamiento de que la conversión en sociedad anónima abierta es un objetivo clave como para la actuación concertada, podemos decir que tal como lo mencionamos en los párrafos anteriores, si bien la conversión puede haber sido el objetivo perseguido por CLARION, no es relevante para la determinación de actuación concertada con el señor ROSS BEATY, dado que como lo dejó traslucir la propia TALINGO en sus documentos, se dan consistencias en votaciones con los otros accionistas a excepción de algunos casos en los que se tuvo la posición contraria de TALINGO, este control absoluto luego de la conversión en sociedad anónima abierta podría haberse dado con cualquier otro accionista.

Por lo tanto, los indicios presentados por el denunciante no permiten inferir la existencia de concertación sobre la base de un análisis razonado. En efecto, como se muestra en el presente informe, existen contra indicios que dan explicaciones razonables en sentido contrario al de la existencia de concertación entre CLARION y el señor ROSS BEATY para efectos de adquirir participación significativa en SIMSA eludiendo las normas de OPA.

III. CONCLUSION Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo con lo desarrollado en el presente informe, los indicios analizados conjuntamente, no permiten inferir la existencia de concertación sobre la base de un análisis razonado, dado que existen contra indicios que explican razonablemente



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02566

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

supuestos distintos a la de la existencia de concertación entre CLARION y el señor ROSS BEATY que impliquen la elusión de las normas de OPA.

Por lo tanto, no existen elementos que justifiquen el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por infracción de las normas de OPA por parte de CLARION y el señor ROSS BEATY y en consecuencia, se recomienda archivar la denuncia contenida en el expediente.

Asimismo, de acuerdo a lo analizado en el numeral 2.2 del presente informe, resulta improcedente la solicitud efectuada por Talingo en su escrito de fecha 09 de abril de 2010, en el cual solicita se actúe nuevamente las indagaciones previamente efectuadas con la notificación al denunciante para que participe en ellas, y que se realicen actuaciones adicionales.

Signed by: Luis Enrique Kanashiro Shinzato

Luis Enrique Kanashiro Shinzato
Profesional

Signed by: ERNESTO RAFAEL JESUS ALVAREZ CISNEROS

Signing time: Friday, April 23 2010, 23:2:16 GMT

Reason to sign: firma informe

Ernesto Alvarez Cisneros
Profesional



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasCONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02567

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

Miraflores, 23 de abril de 2010

MEMORANDUM N° 975-2010-EF/94.06.3

A : Alix Godos García
Secretario Técnico
Tribunal Administrativo

DE : Yvonka Hurtado Cruz
Directora de Emisores

ASUNTO : **TALINGO CORPORATION**
Denuncia contra Clarion Holding Limited Corporation y el señor
Ross James Beaty

REFERENCIA : Expediente N° 2007036571

Me dirijo a usted con relación al expediente de la referencia, que contiene la denuncia presentada por Talingo Corporation contra Clarion Holding Limited Corporation y el señor Ross James Beaty por presunta infracción a la obligación de realización de oferta pública de acciones en transferencias de acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.

De acuerdo a las indagatorias realizadas por esta Dirección, cuyo resultado se encuentra expresado en el Informe Interno N° 253-2010-EF/94.064.3, no se ha encontrado indicios que generen convicción en la supuesta existencia de la infracción que indica el denunciante, por lo que no encontramos sustento de la existencia de una concertación entre los denunciados con el propósito de evadir la obligación de realización de una oferta pública de adquisición de acciones de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha SA.

En atención a lo expuesto, esta Dirección ha considerado que no concurren los elementos que justifiquen el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra los denunciados por los hechos expuestos, y ha procedido al archivamiento de la denuncia presentada por Talingo Corporation contra Clarion Holding Limited Corporation y el señor Ross James Beaty.

En consecuencia, dada la ausencia de verosimilitud en el derecho (*fumus boni iuris*), y peligro en la demora (*periculum in mora*), requisitos necesarios para el mantenimiento de una medida cautelar, recomendamos al Tribunal Administrativo que se levanten los efectos de la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, confirmada en parte por la Resolución CONASEV N° 47-2009-EF/94.01.1.

Atentamente,

Signed by: YVONKA ANGELA HURTADO CRUZ

Yvonka Hurtado Cruz
Directora de Emisores



Miraflores, 23 de abril de 2010

OFICIO N° 1724 -2010-EF/94.06.3

Señor
Victor Ostolaza Fernández Prada
Apoderado
Clarion Holding Limited Corporation
Av. San Felipe 758
Jesús María
Lima.-



Referencia.- Expediente N° 2007036571

De mi consideración:

Me dirijo a usted con relación al expediente de la referencia, que contiene la denuncia presentada por Talingo Corporation contra su representada y el señor Ross James Beaty por presunta infracción de la obligación de realizar una oferta pública de acciones mediante la adquisición de acciones comunes emitidas por la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.

Al respecto, le informamos que luego de la investigación correspondiente, y sobre la base del Informe Interno N° 253-2010-EF/94.06.3, al cual usted podrá acceder en el expediente de la referencia, se ha determinado que, con la información existente en este momento, no existe verosimilitud de la comisión de una infracción a la normativa del mercado de valores que justifique el inicio de un procedimiento administrativo sancionador relativo a los hechos materia de dicha denuncia, por lo que se ha dispuesto su archivamiento.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,


Monke Hurtado Cruz
Directora de Emisores



CONASEV 000004

RECEPCION DE DOCUMENTOS
 NO INDICA CONFORMIDAD
 Remilla: Interponemos Recurso
 de Apelación
 Expediente: 2007036571

MAY -3 16:40

A LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE LA COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES - CONASEV:

TALINGO CORPORATION, debidamente representada por Rafael Picasso Salinas, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 07779398, según poder inscrito en el Asiento A00002 de la Partida Registral N° 12103938 de la Oficina Registral de Lima, con domicilio para estos efectos en Av. De la Floresta N° 497, Piso 5, San Borja, con relación a la denuncia por la toma de control absoluta de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "SIMSA" o la "Sociedad") por parte de los accionistas CLARION Holding Ltda. (en adelante, "CLARION") y el señor Ross J. Beaty, sin cumplir con la formulación de una Oferta Pública de Adquisición (OPA) de acuerdo a la normativa vigente; a usted atentamente decimos:

Que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 209° de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General Interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** contra el **Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3**, notificado con fecha 26 de abril de 2010 y expedida por la Dirección de Emisores de la CONASEV, por medio del cual se dispuso el archivamiento de la referida denuncia.

En tal sentido, a continuación, exponemos detalladamente los fundamentos de hecho y de derecho, por los cuales se deberá declarar **FUNDADO** el presente recurso y consecuentemente **NULO** el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 y de todo lo actuado en las investigaciones preliminares hasta el momento en que se realizó la primera declaración testimonial.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

- 1.1. Con fecha 11 de julio de 2007, CLARION adquirió en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima, 3 300 000 acciones comunes llegando de esta manera a tener el 48.84563% de participación en el capital social de SIMSA.
- 1.2. El mismo día, 11 de julio de 2007, 14 segundos después, el señor Ross Beaty adquirió en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima, 1 000 000 de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose así en titular del 1,224295% del capital social, de dicha sociedad,

CONASEV 000001

el que sumando al porcentaje adquirido por CLARION los lleva a alcanzar el 50.069925% de participación en SIMSA.

- 1.3. Posteriormente, entre los días 21 y 23 de diciembre del 2007, CLARION, a través de su apoderado y, a la vez, director alterno de SIMSA, señor Víctor Ostolaza, suscribió aproximadamente 852 contratos de donación mediante los cuales otorgó, a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de 10 acciones a cada uno, logrando que SIMSA tenga más de 750 accionistas. En virtud de dichas donaciones, SIMSA pasaría a ser una sociedad anónima abierta en aplicación del artículo 249º de la Ley General de Sociedades.
- 1.4. El 28 de diciembre de 2007, Talingo formuló denuncia contra CLARION y Ross Beaty, por la toma de control absoluto de SIMSA **sin cumplir con efectuar una Oferta Pública de Adquisición, actuando así en contravención de las normas en materia del mercado de valores.**
- 1.5. Con fecha 16 de enero de 2008, Talingo solicitó al Tribunal Administrativo de CONASEV, se le conceda una Medida Cautelar por existir la inminencia de un perjuicio irreparable para los derechos e intereses de éste hasta que CONASEV resuelva definitivamente la denuncia interpuesta por Talingo, la cual fue concedida mediante **Resolución del Tribunal Administrativo Nº 206-2008-EF/94.01.3**, de fecha 21 de julio de 2008. Dicha Resolución declaró, entre otras, Fundada en parte la solicitud de Talingo, disponiéndose la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION en un número de 3 300 000 y a Ross Beaty en un número de 1 000 000 que fueron adquiridas por dichas personas el 11 de julio de 2007, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar.

Igualmente, a través de ella, el Tribunal dispuso que la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra CLARION y Ross Beaty, con el objeto que en una amplia investigación y con las garantías del debido proceso se logre que la instrucción aporte mayores elementos de juicio que contribuyan a la adopción definitiva. Si bien esta parte de la Resolución es posteriormente precisada por el Directorio de CONASEV en el sentido que el Tribunal no puede disponer que el órgano instructor realice actuaciones que son propias de su competencia, es esencial recoger el razonamiento del Tribunal al emitir tal disposición, basada precisamente en la existencia de verosimilitud que fue uno de los supuestos para otorgar la medida cautelar arriba descrita, en los siguientes términos:

"55. De la apreciación conjunta de los indicios debidamente acreditados a los que se ha hecho referencia entre los considerandos 45 y 54, este Tribunal Administrativo considera que es probable que haya habido una toma de control concertada entre CLARION y el señor BEATY, lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68º de la LMV concordado con el artículo 4º, inciso c) del REGLAMENTO DE OPA, habría generado la obligación de realizar una OPA la que precisamente se habría omitido en este caso, lo que además se ratifica con la propia declaración de CLARION que obra en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 según la cual las donaciones realizadas se habrían hecho con el propósito de quebrar el régimen estatutario vigente que fuerza los consensos (...)"

Más aún, por medio de esta Resolución del Tribunal Administrativo se concedió a Talingo la calidad de parte y no de mero denunciante, pues tal como señala dicho Tribunal: "(...) siendo que Talingo tiene en este procedimiento los derechos propios del debido procedimiento administrativo que, entre otros aspectos, le permiten alegar, probar e impugnar".

- 1.6. Posteriormente, el 8 de agosto de 2008, Talingo comunicó al Tribunal Administrativo acerca de la Resolución N° 3 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 5 de agosto de 2008, la cual resolvió otorgar la medida cautelar solicitada por Talingo, disponiendo la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta hasta que dicho Juzgado se pronuncie de manera definitiva respecto de la validez de los contratos de donación celebrados por CLARION a favor de 852 trabajadores de SIMSA.
- 1.7. Con fecha 30 de julio de 2009, el Directorio de Conasev, mediante Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1, declaró Infundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el señor Ross Beaty y CLARION, contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3. Mediante esta resolución, el Directorio confirmó la medida cautelar otorgada por el Tribunal Administrativo.

Esta Resolución del Directorio de Conasev es fundamental pues en ella se nos comunicó la decisión de involucrarnos **como PARTE en este procedimiento, confirmando así lo ya dispuesto por el Tribunal Administrativo**. Asimismo, en esta Resolución del Directorio se puede apreciar que las apelaciones planteadas por CLARION y el Sr. Beaty en contra de toda la Resolución fueron casi todas declaradas infundadas.

- 1.8. Así, a partir de la Resolución del Tribunal, e inclusive desde antes, Talingo ha venido solicitando, en virtud del derecho otorgado, acceso al expediente y participación de la etapa de investigación a ser realizada por la Dirección de Emisores. Durante todo este periodo de tiempo, Talingo ha presentado reiterados escritos, tales como los de fecha 26 de febrero de 2008, 18 de agosto de 2008, 14 de octubre de 2009 y 2 de marzo de 2010, asimismo, ha sostenido reiteradas conversaciones telefónicas y reuniones personales con la Dirección de Emisores de Conasev, en las que ha seguido solicitando acceso al expediente, el inicio de la etapa de investigación del procedimiento y su participación en dicha etapa. No obstante, y sin fundamento jurídico o lógico alguno, la respuesta de la Dirección de Emisores siempre ha sido negativa ante las solicitudes de Talingo.
- 1.9. En este escenario, entre el 15 de febrero y 7 de abril de 2010, **la Dirección de Emisores ha venido realizando notificaciones y citaciones para la toma de declaraciones de los diferentes partícipes de los hechos materia de denuncia, sin haber notificado a Talingo de dichas actuaciones y mucho menos haberle permitido el acceso al expediente.** Dada la insistencia de Talingo por ser su derecho, recién a partir de mediados de marzo de 2010 se le permitió el acceso al expediente; no obstante, **siguió sin ser notificado acerca de las últimas declaraciones testimoniales que se llevaron a cabo en el mes de abril.**
- 1.10. Ante la "aparente" inactividad de la Dirección de Emisores, con fecha 9 de marzo de 2010, mediante escrito dirigido a la Gerencia General de CONASEV, Talingo formuló una Queja contra la Dirección de Emisores por inconducta funcional y paralización del procedimiento, por no cumplir ésta con su deber de dar correcto curso a las investigaciones preliminares en relación al expediente administrativo Nº 2007036571, así como también, por no permitir oportunamente a Talingo el acceso al expediente en cuestión, sin mediar explicación alguna.
- 1.11. No obstante ello, la Gerencia General declaró Infundada la Queja interpuesta por Talingo contra la Dirección de Emisores, señalando que la demora de tiempo para el inicio de la etapa instructiva se debía principalmente a que tuvieron que esperar la Resolución del Directorio (agosto de 2009), cambios en los analistas a cargo y carga laboral.
- 1.12. El 9 de abril de 2010, Talingo Corporation solicitó a la Dirección de Emisores la actuación que se realicen nuevamente los medios probatorios previamente actuados (declaraciones testimoniales) así como también, que se le notifique de dichos actos, así como lo han venido haciendo con las otras partes interesadas.

- 1.13. Sin más, con fecha 23 de abril de 2010, mediante Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, la Dirección de Emisores comunicó a Talingo que no existe información suficiente para acreditar la comisión de una infracción a la normativa del mercado de valores que justifique el inicio de un procedimiento administrativo sancionador relativo a los hechos materia de su denuncia, conforme al Informe Interno N° 253-2010-EF/94.06.3 (en adelante, el "Informe"), por lo que ha dispuesto el **archivamiento de la denuncia interpuesta por Talingo**.
- 1.14. Desde luego, tal decisión de la Dirección de Emisores constituye una arbitrariedad que manifiestamente vulnera no solo la legislación en materia de mercado de valores sino principios que son la base de nuestro ordenamiento constitucional, tales como el debido procedimiento administrativo, derecho de defensa, igualdad, entre otros.

Antes de pasar a exponer detalladamente nuestros Fundamentos de Derecho, por los cuales se debe declarar **FUNDADO** el presente recurso y consécuentemente el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, y de todo lo actuado en las investigaciones preliminares hasta el momento en que se realizó la primera declaración testimonial, precisaremos el interés legítimo de Talingo que ha hecho que tanto el Tribunal Administrativo como el Directorio de CONASEV lo declaren PARTE en el presente procedimiento.

CONASEV 000005

II. LEGITIMIDAD DE TALINGO PARA INTERPONER EL PRESENTE RECURSO.

- 2.1 El Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF-94.10, establece en su artículo 10-A (incorporado mediante Resolución de CONASEV N° 077-2003-EF-94.10, del 12 de noviembre de 2003) lo siguiente:

"Artículo 10 A.- DE LA RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS
(...)

Los Órganos Instructores realizarán las indagaciones preliminares sobre la denuncia presentada, dentro de la fase reservada de la investigación, para lo cual podrán solicitar a los administrados denunciados que les remitan la información referida al caso denunciado. (...).

La formulación de una denuncia no obliga a los Órganos Instructores a iniciar el procedimiento sancionador. En caso no procediera la iniciación del procedimiento, los Órganos Instructores deberán comunicar este hecho al denunciante;

El denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, tales

como pedir la actuación de pruebas, solicitar informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores sea durante las actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador, como una vez iniciado éste;

Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador".

- 2.2 Este artículo, de ninguna manera podría ser aplicado al caso de Talingo, pues como se ha señalado en los Fundamentos de Hecho (Sección I) del presente recurso, tanto el Tribunal Administrativo como el Directorio de CONASEV le han dado la calidad de **PARTE** en el presente procedimiento y, más aún, han señalado que **Talingo puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo, que entre otros aspectos, le permiten alegar, probar e impugnar.**

En tal sentido, Talingo no es un mero denunciante; si bien coincide con haber sido el denunciante de los hechos que ahora vienen siendo materia de investigación en el procedimiento sancionador iniciado a CLARION y al señor Ross J. Beaty, **tiene además la calidad de tercero con un interés legítimo.**

- 2.3 Ello, ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Administrativo en su Resolución N° 206-2008-EF/94.01.3 de fecha 21 de julio de 2008, en los siguientes términos:

*"20. Si bien es verdad que el artículo 235.1 de la LPAG señala que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, es posible que lo discutido en él sea de interés de algunos administrados, porque sin perjuicio de la sanción que se pretende imponer al infractor, la conducta sobre la que se discute puede suponer la vulneración de derechos e intereses legítimos particulares, además de los intereses generales que son los que justifican la imposición de una sanción. De esta manera, de conformidad con lo establecido en el artículo 51° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, **el administrado cuyo interés ha sido lesionado por la conducta que es materia de un procedimiento administrativo sancionador, también es sujeto de dicho procedimiento en la medida que su derecho se ha visto afectado (...).***

21. En el presente caso, la **DENUNCIA de TALINGO** no sólo supone el ejercicio del derecho de petición que corresponde a cualquier ciudadano para denunciar una infracción, sino que denota un interés legítimo individual, en la medida que de la alegación de los hechos expuestos en su DENUNCIA se advierte la afirmación de una lesión a dicho interés particular (...).

22. Con ello, el resultado del procedimiento administrativo sancionador a iniciarse no sólo repercutiría en la esfera jurídica de los sujetos denunciados, sino también en la de **TALINGO** pues de comprobarse los hechos denunciados se podría obtener una decisión no solamente destinada a sancionar a los supuestos infractores sino además a disponer medidas correctivas que podrían beneficiar patrimonial y directamente al denunciante en su condición de accionista de SIMSA.

23. De esta manera, siendo que **TALINGO** tiene interés en el resultado del procedimiento administrativo sancionador, materia de su denuncia, puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo. En ese sentido, este Tribunal Administrativo considera que una interpretación contraria no sería conforme a la Constitución en la medida que supondría lesionar su derecho a la defensa.

24. Por ello, **Talingo** tiene en este procedimiento los derechos propios del debido procedimiento administrativo que, entre otros aspectos, le permiten alegar, probar e impugnar. Desconocer su legitimidad para obrar, supondría infringir gravemente su derecho al debido proceso reconocido expresamente en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política".

Esta condición ha sido reconocida a **TALINGO** desde aquella oportunidad (lo cual no hizo la Dirección de Emisores desde un inicio, no obstante tener el derecho desde que interpuso la respectiva denuncia) por lo que **TALINGO** tuvo EN TODO MOMENTO toda legitimidad para tener acceso íntegro al expediente y a efectuar todos los descargos correspondientes y probar los hechos denunciados generan la obligación de realizar OPA a todas las actuaciones que en dicho procedimiento se lleven a cabo, tanto antes del inicio de un procedimiento sancionador como durante éste, toda vez que las actuaciones en la etapa instructiva o de "diligencias preliminares" afectan de manera directa el hecho de si éste se llega a iniciar o no; causando en **TALINGO** un interés innegable y necesario.

CONASEV 000007

- 2.4 En tal sentido, el citado artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, conforme al cual el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, **no es aplicable** al presente caso, y ello ha sido así sentado por el propio Tribunal Administrativo:

"25. Por lo expuesto, este Tribunal Administrativo es del criterio que, para el presente caso, no resulta de aplicación lo señalado en el sexto párrafo del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones - previsto para aquel administrado que no sustenta ni necesita sustentar la afectación inmediata "algún derecho o interés legítimo", porque no es parte ni tercero legitimado y consecuentemente no puede realizar ningún acto procesal - puesto que se ha evidenciado la existencia de un interés individual que justifica la participación de TALINGO".

- 2.5 Todo ello fue recogido por el Directorio de CONASEV, el cual con fecha 30 de julio de 2009, mediante Resolución CONASEV Nº 047-2009-EF/94.01.1, al declarar Infundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el señor Ross Beaty y CLARION contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV Nº 206-2008-EF/94.01.3, reiteró que Talingo es PARTE en este procedimiento, confirmando así lo ya dispuesto por el Tribunal Administrativo.
- 2.6 En buena cuenta, dada la claridad de los hechos, tanto el Tribunal Administrativo como el Directorio de CONASEV han determinado que TALINGO **debe ser considerado tercero con interés legítimo** en el resultado del procedimiento sancionador, ostentando así los derechos de Parte, y como tal, **no solo se le debe garantizar un debido procedimiento, sino que tiene libertad de actuación procesal¹, como todo administrado** que participa en un procedimiento administrativo y que ve afectados sus intereses y derechos legítimos.

Habiendo precisado contundentemente la legitimidad de Talingo para interponer el presente recurso, a efectos de que la misma no sea cuestionada en la misma forma arbitraria y desproporcionada en la que se vienen dictando diversos actos por la Dirección de Emisores en la presente controversia, a continuación expondremos los argumentos de Derecho por los cuales es necesario que se declare **FUNDADO** el presente recurso y consecuentemente **NULO** el Oficio Nº 1723-2010-EF/94.06.3, y de

¹ Artículo 54.- Libertad de actuación procesal

54.1 El administrado está facultado, en sus relaciones con las entidades, para realizar toda actuación que no le sea expresamente prohibida por algún dispositivo jurídico.

54.2 Para los efectos del numeral anterior, se entiende prohibido todo aquello que impida o perturbe los derechos de otros administrados, o el cumplimiento de sus deberes respecto al procedimiento administrativo.

todo lo actuado en las investigaciones preliminares hasta el momento en que se realizó la primera declaración testimonial.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1 LA DIRECCIÓN DE EMISORES NO HA VALORADO CORRECTAMENTE EL CONJUNTO DE INDICIOS Y PRUEBAS OFRECIDAS POR TALINGO PARA PROBAR LA CONCERTACIÓN ENTRE CLARION Y ROSS BEATY, ASÍ COMO TAMPOCO HA UTILIZADO TODA LA INFORMACIÓN PÚBLICA EXISTENTE PARA CREARSE CONVICCIÓN AL RESPECTO

En esta sección vamos a analizar cada uno de los argumentos en los cuales la Dirección de Emisores se basa para emitir su Informe y demostrar, en base a información casi en su totalidad pública, que los indicios examinados han sido erróneamente valorados y, consecuentemente, no han sido leídos correctamente en su conjunto. Previamente vamos a demostrar dos (2) hechos fundamentales para el caso y que dan sentido, o mejor dicho, se convierten en el hilo conductor de todos los indicios presentados por Talingo.

3.1.1 ¿Quiénes controlan CLARION, WHITE PEAK Y ORANGE BAY?

Para conocer quienes son las personas naturales que controlan SIMSA, es necesario tener presente los antecedentes de la Sociedad. Resulta evidente que, en base a las declaraciones testimoniales actuadas por la Dirección de Emisores durante la etapa de investigación, no se pueda deducir con claridad quiénes están detrás de los accionistas (con derecho a voto) mayoritarios de SIMSA.

A continuación, pasaremos a describir los antecedentes de SIMSA, que por sí solos dan a relucir la identidad de cada una de las personas naturales que controlan la Sociedad.

a) Historia de SIMSA

SIMSA se constituyó en el año 1942, y su fundador fue don Jesús Arias Dávila tal como consta en las memorias anuales presentadas por la Sociedad a Conasev. Hasta donde tenemos conocimiento, y teniendo en cuenta únicamente la información pública que se encuentra en el portal de Conasev, los accionistas de SIMSA no son personas naturales sino personas jurídicas utilizados como vehículos creados por los miembros de la familia Arias Vargas por diversas razones que no viene al caso comentar, no solo en SIMSA, sino también en otras empresas familiares. De este modo, cada una de las hermanas

Arias Vargas, o en algunos casos asociándose con otra hermana, tienen un vehículo mediante el cual son accionistas de las empresas familiares, tales como SIMSA y Compañía Minera Poderosa S.A., en su momento.

Seguidamente, pasamos a relatar la evolución de la participación accionaria de la familia Arias Vargas en SIMSA. Así, hasta noviembre de 2002, los accionistas de SIMSA eran:

ACCIONISTAS	PORCENTAJE
Minera AV S.A.	45.83%
Phelps Dodge del Perú S.A.C.	40%
Galloway Investments Inc	14.17%

Tanto Minera AV S.A. (Minera "Arias Vargas"), como Galloway Investments Inc. son empresas de la familia Arias Vargas, cuyos accionistas, tal como veremos a continuación, son precisamente CLARION, Talingo y White Peak (posteriormente ingresa a SIMSA, Orange Bay).

A partir del ingreso de Phelps Dodge del Perú S.A.C. se modificaron los estatutos de la Sociedad, instaurando las supermayorías que a la fecha se mantienen vigentes. Una vez que Phelps Dodge del Perú S.A.C. salió del accionariado de SIMSA, la familia Arias Vargas conformada por don Jesús Arias Dávila, su cónyuge y sus hijos acordaron que SIMSA sea una "sociedad de consensos" motivo por el cual mantuvieron las supermayorías estatutarias, es decir, se quería que todos los miembros de la familia Arias Vargas estén de acuerdo al momento de tomar decisiones trascendentales para la misma.

En noviembre de 2002 SIMSA comunica, mediante Hecho de Importancia, que Minera Phelps Dodge del Perú S.A.C. ha transferido todas sus acciones de SIMSA a Galloway Investments Inc., por lo que el nuevo accionariado de SIMSA sería el siguiente:

ACCIONISTAS	PORCENTAJE
Galloway Investments Inc.	54.17%
Minera AV S.A.	45.83%

Posteriormente, en abril de 2003, SIMSA informa como Hecho de Importancia que Minera AV S.A. ha transferido la totalidad de sus acciones en SIMSA a Dinorwick Corporation, por lo que el nuevo accionariado de SIMSA sería el siguiente:

CONASEV 000010

ACCIONISTAS	PORCENTAJE
Galloway Investments Inc.	54.17%
Dinorwick Corporation	45.83%

Luego, en los meses de julio y agosto de 2003, SIMSA informa al mercado mediante los respectivos Hechos de Importancia, que Dinorwick y Galloway se han liquidado y han procedido a adjudicar a favor de sus accionistas las acciones de las que eran titulares en SIMSA, quedando la estructura accionaria de SIMSA de la siguiente manera:

ACCIONISTAS	PORCENTAJE
CLARION Holding Ltd.	44.81%
Talingo Corporation	22.40%
White Peak resources Inc.	32.79%

Con el solo propósito de reconfirmar que lo dicho anteriormente es CIERTO, solicitamos a vuestro despacho oficiar a SIMSA para que informe sobre dicho movimiento accionario (acciones comunes con derecho a voto).

b) ¿Es SIMSA una empresa "familiar"?

Una empresa familiar es aquella empresa en la que el capital o gobierno están en manos de una familia, en la que sus miembros tienen la capacidad de ejercer sobre ella una influencia suficiente para controlarla, y cuya visión estratégica incluye el propósito de darle continuidad en manos de la siguiente generación familiar. Esta definición de empresa familiar calza exactamente con el gobierno de la familia Arias Vargas en SIMSA.

En primer lugar, es de público conocimiento que don Jesús Arias Dávila, además de ser el Presidente del Directorio de SIMSA y fundador de la Sociedad, es padre de Ana Carolina Arias Vargas, Victoria Isabel Arias Vargas, Luz Evangelina Arias Vargas, Mónica Patricia Arias Vargas, Verónica Rocío Arias Vargas, Miguel Fernando Arias Vargas, Arturo Arias Vargas y Daniel Antonio Arias Vargas.

También es de público conocimiento que SIMSA es una empresa netamente familiar, y es así como es conocida en el sector minero:

"De esta forma, con el apoyo de Alfonso Ballón, constituye la Cía. Minera San Ignacio de Morococha S.A., empresa emblemática de la

*familia Arias, que le permitió arraigar su prestigio como minero en las décadas del setenta y ochenta*².

*“Jesús Arias Dávila, Presidente del Directorio desde 1974. Empresario minero, promotor y fundador de las empresas: Cía. Minera San Ignacio de Morococha S.A., Cía Minera Poderosa S.A., (...). El señor Jesús Arias Dávila es padre de los señores directores Miguel Fernando, Arturo, Daniel Antonio, Luz Evangelina, Ana Carolina, Mónica Patricia y Verónica Rocío Arias Vargas”*³.

Los extractos transcritos, son solo unos ejemplos del reconocimiento por parte del sector minero y de la propia Sociedad, de que SIMSA es una empresa familiar, es decir, que sus dueños o accionistas controladores, utilizando vehículos o no, están vinculados consanguíneamente entre sí, como es el caso.

En este sentido, debido a que SIMSA es una empresa familiar, la mayoría de los directores, a través del tiempo⁴, han sido y son, los hijos de don Jesús Arias Dávila. Caso contrario, es decir, si afirmáramos que la familia Arias Vargas no controla SIMSA, ¿cuál sería la explicación para que el Directorio de la Sociedad esté conformado en un 50% o más por las hijas de don Jesús Arias Dávila?

- c) De acuerdo al Reglamento de Grupo Económico, ¿es la familia Arias Vargas controladora del Grupo Cía. Minera San Ignacio de Morococha S.A.?

De acuerdo al artículo 6 del Reglamento de Grupo Económico, el control lo ejercen aquellas personas que a través de la propiedad directa o indirecta de acciones pueden ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica. Como complemento a esta definición, el mismo Reglamento establece una presunción de vinculación, entendida ésta como el comportamiento sistemáticamente concertado, entre personas naturales cuando éstas sean parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, como sería el caso de los hermanos y padres con sus hijos.

² Fuente: <http://www.mineriaonline.com.pe/pagedeta.asp?ldtipo=5&ldpage=1157>

³ Extracto de la Memoria publicada por SIMSA en el año 1999 en la página web de CONASEV (hemos tomado esta como base, ya que es la más antigua que figura en la página web de Conasev). No se incluye a Isabel Arias Vargas ya que ella ingresa a SIMSA en el año 2003, a través de su vehículo CLARION.

⁴ Al menos a partir del año 1999, ya que solo existe información publicada en la página web de CONASEV desde ese año en adelante.

En este sentido, cabría afirmar que, en base a las definiciones señaladas en el párrafo precedente, **la familia Arias Vargas ejerce el control de SIMSA.**

En esta misma línea, SIMSA comunicó al mercado, mediante Hecho de Importancia de fecha 1 de marzo de 2006, el cual se encuentra a disposición de todo inversionista en la página web de Conasev, la lista de personas que ejercen el control sobre el Grupo Económico Cía. Minera San Ignacio de Morococha S.A., entre los que se encuentran:

- Jesús Arias Dávila
- Luz Evangelina Arias Vargas
- Victoria Isabel Arias Vargas
- Ana Carolina Arias Vargas
- Mónica Patricia Arias Vargas
- Verónica Rocío Arias Vargas

Sospechosamente esta información sólo fue presentada en el año 2006, ya que en el siguiente reporte de Grupo Económico de Cía. Minera San Ignacio de Morococha S.A. esta lista de personas que controlan a la Sociedad ya no fue informada, a pesar de que no hubo ningún cambio en el accionariado de SIMSA.

d) ¿Por qué el Directorio de SIMSA está integrado por don Jesús Arias Dávila y todas sus hijas?

Es irrefutable, ya que consta en toda la información que SIMSA ha presentado al mercado a través del portal de Conasev, que la mayoría de los directores de SIMSA son las hermanas Arias Vargas y su padre, don Jesús Arias Dávila, habiendo algunas otras personas como directores titulares o alternos que actúan como tales a pedido de la propia familia Arias Vargas.

De acuerdo a la Ley General de Sociedades son los accionistas de una empresa quienes designan a cada uno a sus directores, en virtud al porcentaje de participación que tengan en la sociedad. SIMSA es una empresa controlada por la familia Arias Vargas, por lo que resulta lógico que el Directorio esté conformado por miembros de la familia Arias Vargas y otras personas de confianza de ellos, como son los señores Andrés Dasso, Margaret Burns, Christian Funcke, Jaime de Orbegoso o Víctor Ostolaza. Si los accionistas controladores de SIMSA fueran otras personas, diferentes a la familia Arias Vargas, ¿qué hace casi toda la familia Arias (padre e hijas) en el Directorio de la Sociedad dirigiendo los destinos de la misma?

Para reforzar esta afirmación presentamos los siguientes hechos:

- Los actuales directores de SIMSA son:

NOMBRE	CARGO
Jesús Arias Dávila	Presidente del Directorio
Victoria Isabel Arias Vargas	Vicepresidente del Directorio
Ana Carolina Arias Vargas	Director
Luz Evangelina Arias Vargas	Director Alterno
Mónica Patricia Arias Vargas	Director Alterno
Eduardo Ferrero Costa	Director Alterno
Victor Ostolaza	Director Alterno
Juan Assereto	Director
Jaime de Orbegoso	Director
Andrés Dasso	Director
Jose de Bernardis	Director
Juan José Herrera	Director Alterno
Margaret Burns	Director
Christian Funcke	Director Alterno

Cabe señalar que a diciembre de 2007, entre los directores titulares de SIMSA también se encontraba Verónica Rocío Arias Vargas.

- Tomando la declaración testimonial de Andrés Dasso, actual director titular de SIMSA, éste afirma que aceptó tomar el cargo en virtud del pedido de la hermanas Arias (Vargas). Reiteramos una vez más que en una sociedad quienes nombran o designan a los directores son los accionistas de la misma y no otros directores. Las hermanas Arias Vargas fueron a pedirle a Andrés Dasso que fuera director de SIMSA porque ellas son las dueñas de SIMSA, son las accionistas controladoras de la Sociedad y tienen la autoridad para hacerlo:

"¿Desde cuándo es director alternativo de SIMSA?

Como director de SIMSA, soy director alternativo desde el 2001, y titular desde el año 2004 aproximadamente, hasta la fecha. En el año 2004 me buscó Carolina Arias, esposa de José Picasso, en representación de sus hermanas, y tengo entendido que fui elegido por unanimidad por la junta de accionistas pese a que no he tenido a la vista el acta de la junta.

(...)

¿Cómo llega al cargo de director de SIMSA?

Tengo una relación larga en SIMSA que data desde 1977, he estado en tres periodos diferentes, la última etapa desde 1988 hasta 1995, año en el que me retiro como gerente de operaciones. En el 2001, la familia Arias me consulta si podía ser director, y acepté ser director alterno."

e) Entonces, ¿quiénes son CLARION, TALINGO, WHITE PEAK y ORANGE BAY?

En virtud de todo lo señalado en los párrafos precedentes, queda claro y evidenciado que los accionistas controladores de SIMSA son miembros de la familia Arias Vargas, más concretamente, las hermanas Arias Vargas. Tal como hemos mencionado, las hermanas Arias Vargas son accionistas de SIMSA a través de vehículos constituidos en países considerados paraísos fiscales, en donde las acciones pueden estar inclusive al portador, motivo por el cual se hace un poco más difícil su identificación.

TALINGO

Este sería el caso de TALINGO, que es una empresa constituida en Islas Vírgenes, tal como consta en el expediente, y cuya accionista controladora es Carolina Arias Vargas. Es por ello, que TALINGO – por ejemplo - propone como director titular en SIMSA a Carolina Arias Vargas y a una persona de su confianza, don Eduardo Ferrero Costa, como director alterno.

CLARION

CLARION propone a Victoria Isabel Arias Vargas como su directora titular en SIMSA, tal como ella misma lo ha señalado en sus declaraciones testimoniales:

"Soy directora desde el año 2003, Vicepresidenta del año 2007. Empecé el 1976 a trabajar hasta el 1988 como adjunta del Gerente General. Luego, encargada de la venta de concentrados desde Londres desde 1988 hasta 1991. Me desvinculé hasta el año 2003, que el señor Victor Ostolaza, representante de CLARION Holding me propone Integrar el Directorio de la Sociedad".

Ella ingresa el año 2003 porque es justamente en ese año que CLARION pasa a tener directamente las acciones en SIMSA, tal como ha sido graficado anteriormente.

Victoria Isabel Arias Vargas es la accionista controladora de CLARION, junto con su hermana Luz Evangelina Arias Vargas quien también es directora de la empresa designada por CLARION.

WHITE PEAK Y ORANGE BAY

Para el caso de WHITE PEAK, éste ha nombrado como director titular a la señora Margaret Burns y como directores alternos al señor Christian Funcke y a la propia Mónica Patricia Arias Vargas (y hasta cierta fecha también estuvo Verónica Rocío Arias Vargas en el directorio de SIMSA).

En el caso de ORANGE BAY, es el señor Jaime de Orbégoso quien representa a la sociedad como director titular en SIMSA.

Si bien para el caso de WHITE PEAK y ORANGE BAY solo una de las hermanas es nombrada como directora alterna, lo cierto es que las personas que controlan a estas dos empresas son, justamente las hermanas Rocío y Mónica Arias Vargas.

En orden de probar lo señalado anteriormente, solicitamos a Vuestro Despacho que (i) requiera a SIMSA que le remitan las actas de Junta General de Accionistas en las que se aprueban la designación de cada uno de los directores; así como también (ii) soliciten el levantamiento del secreto bancario (mediante oficio a la SBS y AFP's) a CLARION, WHITE PEAK Y ORANGE BAY, y así puedan confirmar lo que hemos afirmado precedentemente.

f) ¿Los apoderados de CLARION, WHITE PEAK Y ORANGE BAY no saben nada?

¿Resulta razonable pensar que una persona de reconocido prestigio y experiencia en el mercado acepte ser apoderado con amplios poderes de una empresa *off shore*, constituida en un paraíso fiscal, sin tener conocimiento alguno de quién se encuentra detrás de esta *off shore*? Es decir, podrían estar representando indirectamente a algún terrorista, delincuente, narcotraficante, etcétera, en diversas operaciones, inclusive de lavado de activos y no tener ningún interés en saber quién lo nombra como apoderado?

Ello es difícil de creer bajo cualquier escenario, más aún si los apoderados son personas reconocidas, con trayectoria y experiencia en el mercado, personas que son conscientes de las consecuencias que podría traer el no saber a quién representan.

Aparentemente, este es el caso de los señores Víctor Ostolaza, Margaret Burns, Christian Funcke y Jaime de Orbegoso, tal como ellos mismos lo han señalado en sus respectivas declaraciones testimoniales:

- Margaret Burns:

"White Peak es una empresa controlada a su vez por otra empresa, no es controlada ni por CLARION ni por Orange Bay, ni por otros accionistas de SIMSA".

- Christian Funcke:

"Sabe que el controlador de White Peak es otra persona jurídica, cuyo nombre desconoce. No pertenece a algún grupo económico peruano".

- Víctor Ostolaza:

"Los controladores de CLARION Holding son empresas, éstas no son accionistas de SIMSA. De lo que conozco, en el Perú la única actividad es ser accionista de SIMSA".

- Jaime de Orbegoso:

"Orange Bay es una empresa que no tenía un grupo controlador sino está conformada por inversionistas extranjeros".

Estos mismos apoderados, reiteran su desconocimiento de las personas que controlan cada una de las empresas accionistas de SIMSA, a través de las siguientes declaraciones:

- Margaret Burns:

"White Peak no tiene relación con otros accionistas de SIMSA".

- Christian Funcke:

"No pertenece a algún grupo económico peruano.

(...)

Hasta donde tiene conocimiento no existe ningún tipo de relación o vinculación entre White Peak o sus controladores, o relación con otro accionista de SIMSA".

- Víctor Ostolaza:

"No pertenece a ningún grupo económico. De lo que conozco, los accionistas de las empresas controladoras tampoco son accionistas de SIMSA".

- Jaime de Orbegoso:

"El proyecto debía involucrar posteriormente un socio estratégico e inversionistas que de acuerdo con los accionistas de SIMSA permitiera hacer crecer la empresa".

Resulta más o menos evidente que ninguna de estas respetables personas aceptaría ser apoderado de una empresa *off shore*, de la cual **"no tienen la menor idea"** quien la controla o dirige, teniendo en cuenta las potenciales consecuencias que ello podría implicar, tal como lo hemos mencionado anteriormente.

En base a ello, afirmamos que tanto Margaret Burns, Christian Funcke, Víctor Ostolaza y Jaime de Orbegoso faltan a la verdad al declarar que no conocen quienes son los controladores de la empresa que cada uno representa, desde hace varios años. Y ello es muy grave por cuanto han declarado bajo juramento, asumiendo las consecuencias penales de no declarar la verdad y nada más que la verdad.

g) Faltan a la verdad

Luego de lo expuesto hasta este punto, resulta evidente que tanto Isabel Arias Vargas, Víctor Ostolaza, Margaret Burns, Christian Funcke y Jaime de Orbegoso han faltado a la verdad en las declaraciones testimoniales, negando lo que en el presente escrito ponemos de manifiesto. Este hecho, el desconocimiento de los controladores de CLARION, WHITE PEAK Y ORANGE BAY, ha sido negado enfáticamente por todas las partes denunciadas implicadas, ya que de haberse reconocido el vínculo de Isabel Arias Vargas con CLARION se habría hecho evidente la concertación de éstos con Ross Beaty.

De haber puesto al descubierto los nombres de las personas naturales que están detrás de CLARION, WHITE PEAK y ORANGE BAY ya no tendrían coartada, ni justificación para sostener su teoría de que la compra de las acciones de SIMSA y los posteriores contratos de donación (y consiguiente adaptación a sociedad anónima abierta) fue todo una **"gran coincidencia"**.

"Pregunta: ¿Podría explicarnos cómo se decidió la donación de las acciones a los trabajadores y cómo se procedió a ello?"

Víctor Ostolaza: (...) *El principal objetivo no fue convertirla en sociedad anónima abierta, fue una consecuencia, que a su vez era una consecuencia positiva".*

h) Medios probatorios adicionales que reafirman lo señalado en esta sección

Hay otros medios probatorios que reconfirmarían lo que hemos venido señalando a lo largo de todo el expediente y en el presente escrito, los cuales fueron oportunamente ofrecidos por Talingo para que la Dirección de Emisores las actúe en su debido momento, momento que, cabe resaltar, nunca llegó.

Entre los medios probatorios no actuados tenemos el levantamiento del secreto bancario, el cual revelaría y confirmaría nuestras afirmaciones sobre los controladores de CLARION, WHITE PEAK y ORANGE BAY, respectivamente. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's maneja esta información por que es un requisito indispensable informar quienes son las personas naturales que controlan a una empresa por normas vinculadas al lavado de activos, concentración y límites crediticios, entre otros.

Por otro lado, también reiteramos nuestro pedido de que se actúe como medio probatorio la declaración testimonial de Luz Evangelina Arias Vargas, para que confirme si ella conoce o no a las personas que controlan CLARION y si ella es o no una de sus accionistas directa o indirectamente.

CONASEV 000019

3.1.2 La evidente concertación de CLARION y Ross Beaty y los contratos de donación

Luego de haber revelado la identidad de la accionista controladora de CLARION, siendo ésta Isabel Arias Vargas conjuntamente con Luz Evangelina Arias Vargas, se entiende aún mejor la relación existente entre la primera de ellas y el señor Ross Beaty o, mejor dicho, la relación que existe entre CLARION y Ross Beaty y el por qué de la presencia de Isabel Arias Vargas el día 7 de julio de 2007 en las oficinas de Credibolsa SAB.

En esta sección explicaremos dos temas importantes: la concertación y los contratos de donación. Cabe resaltar que si bien lo vamos a analizar como dos grandes partes de una misma operación final, cada uno de estos temas sigue su propio curso en vías paralelas: mientras que la concertación viene siendo discutida en Conasev, la validez de los contratos de donación se discute en sede judicial. Ambos temas, si bien son independientes, se refuerzan entre sí y sirven para explicar, de modo más claro, los motivos por los cuales se hizo cada una de ellas.

En tal sentido, las adquisiciones de acciones del día 11 de julio de 2007, así como la suscripción de los contratos de donación realizadas por CLARION son piezas claves que deberán ser analizadas individual y conjuntamente para entender así la estrategia de la toma de control que existe detrás de dichas actuaciones.

a) Concertación entre CLARION y Ross Beaty para la compra de acciones en SIMSA

Lo primero que debemos aclarar es qué se entiende por actuación concertada. Al respecto, debemos señalar que una actuación concertada no comprende únicamente situaciones evidentes en que las partes actúan de consenso a todo nivel, incluyendo iguales votaciones en los órganos de gobierno de la sociedad, sino que además, implica otras situaciones menos evidentes pero que trasuntan la voluntad de las partes de actuar de una manera determinada no siendo necesario que éstas sean del mismo grupo económico para entender que ha existido concertación. Este tema de la concertación ha sido ampliamente desarrollado en escritos anteriores que obran en el expediente.

En el caso particular, si bien CLARION (48.85%) ni Ross Beaty (1.22%) han logrado alcanzar, de manera independiente, un porcentaje igual o superior a alguno de los umbrales previstos en el Reglamento de OPA como hitos para la realización de una OPA, no es posible entender dichas compras como una simple coincidencia, sino que debe entenderse a la luz de lo ya expuesto, y de la lectura conjunta de los indicios, como la consecuencia de un acuerdo entre ambas partes para tomar el control de SIMSA sin cumplir con la obligación de realizar una OPA, vulnerando así la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento de OPA, y afectando de ésta manera el derecho de los accionistas minoritarios de SIMSA de participar en la prima de control, como es el caso de Talingo.

Debemos resaltar que lo que consideramos violatorio a las normas del mercado de valores peruano, no es en sí misma la concertación, por el contrario, ni la ley ni nosotros cuestionamos que compradores y vendedores se pongan de acuerdo para realizar una operación en rueda de bolsa. Lo que nosotros discutimos es que esa concertación se haya realizado con la finalidad de tomar el control de una compañía sin cumplir con lanzar la OPA pertinente. Es recién en ese momento, es decir, cuando no se hace la OPA de regularización a la que están obligados los adquirentes, que los derechos de los accionistas minoritarios que no participaron en la adquisición directa ven vulnerados sus derechos, y es justamente ese hecho lo que Talingo viene a denunciar y defender.

En este caso, tal como lo vamos a demostrar, Isabel Arias Vargas o CLARION, niega que Ross Beaty haya tenido algún contacto con CLARION y por ende no existe concertación entre ambas partes. Esta afirmación de Isabel Arias Vargas queda al descubierto luego de haber demostrado que ella misma es CLARION, con lo que todos los indicios señalados en el Informe con relación a este tema toman forma y se convierte en el hilo conductor de todos ellos.

Teniendo en cuenta que Isabel Arias Vargas es CLARION, todas sus declaraciones deben ser leídas a la luz de esta afirmación (probado previamente), pues demuestran lo que ya venimos señalando desde que presentamos nuestra denuncia: que no existe una relación entre tres partes, Isabel Arias Vargas, Clarion y Ross Beaty, sino por el contrario, la relación únicamente se da entre dos de ellas, Isabel Arias Vargas, que es Clarion, y Ross Beaty. Es ahí donde encontramos el nexo que vincula a Ross Beaty con CLARION. Así lo confirman declaraciones de algunos denunciados:

"Isabel Arias: Estuve presente en Credibolsa cuando se realizó la operación. Mi única intervención fue llamar de Credibolsa al señor Beaty y pasar la llamada del señor Beaty al señor Andrés Milla. Yo era la única persona de las presentes que conocía al señor Beaty".

En la misma línea Ross Beaty afirma lo siguiente:

"Isabel Arias fue la única con la que conversé sobre las condiciones de la compra".

En el caso hipotético que no hubiese existido concertación, cabe preguntarse, ¿Era necesaria la presencia de Isabel Arias Vargas en Credibolsa SAB el día 11 de julio de 2007? ¿Acaso, no era más fácil para ella poner en contacto previamente al señor Christian Funcke o a la señora Magaret Burns y a Ross Beaty para que sean ellos los que acuerden el precio y las condiciones de la operación? ¿No existiría una razón mucho más trascendental que haga que sea ella misma quien acuda a Credibolsa y sea ella la única que conversara sobre las condiciones de compra con Ross Beaty? Esto no hace otra cosa más que reforzar lo señalado en párrafos precedentes. Ello, sin perjuicio de que además estaba presente en Credibolsa SAB como una de las accionistas/directora de Clarion, en su condición de adquirente de un paquete importante de acciones de SIMSA.

Según la declaración de Andrés Milla del 19 de febrero de 2010:

"No había razón para la presencia de la señora Arias en el cierre de la operación, salvo su relación como directora y Vicepresidenta de SIMSA. Ella fue la que manifestó que había otro comprador interesado en el saldo de las órdenes de White Peak y CLARION".

La principal razón de la presencia de Isabel Arias Vargas en Credibolsa fue la de llevar a cabo la concertación para la adquisición de las acciones de SIMSA que había planeado con Ross Beaty anticipadamente, para lo cual ella misma fue a asegurarse que dicho acto ocurriera.

El hecho que ambas compras, la de CLARION y Ross Beaty, hayan calzado de manera perfecta con la orden de venta de White Peak reafirman la concertación entre las partes que venimos sosteniendo, sin que con ello condenemos a la concertación en sí misma.

En tal sentido, partiendo de la premisa de que el propósito de la OPA es garantizar a todos los accionistas el poder participar de la prima que con motivo de una adquisición o incremento de participación significativa se pueda ofrecer, se debe interpretar que si mediante una actuación concertada se cumple con adquirir o incrementar la participación significativa alcanzando los umbrales establecidos en el Reglamento, la obligación de efectuar una OPA se genera.

En consecuencia, habiendo existido concertación por parte de CLARION y Ross Beaty para la adquisición de participación significativa y habiéndose sobrepasado el umbral de 50%, nace la obligación por parte de aquellos que concertaron en realizar una OPA.

Por todo lo dicho precedentemente, consideramos que la adquisición de acciones por parte de CLARION y del señor Ross Beaty, en la misma fecha y casi simultáneamente, alcanzando de manera conjunta entre ambos el 50.06% de participación en el capital social de SIMSA, merece una especial atención por parte de la autoridad, ya que los hechos relatados, y los indicios que serán analizados posteriormente, son pruebas suficientes para afirmar que ha existido concertación en la toma de control por parte de estos dos accionistas y que, en este sentido, **se ha burlado la obligación legal de efectuar una OPA mediante un acto de simulación concertada.**

Cada uno de los indicios relacionados a la concertación serán analizados en la siguiente sección, por lo que pasamos a desarrollar el siguiente tema: los contratos de donación.

b) Los contratos de donación suscritos por CLARION y los trabajadores de SIMSA

CONASEV 000022

Posterior e independientemente a la compra concertada del 50.06% de acciones de SIMSA por parte de CLARION y Ross Beaty, con fechas 21, 22 y 23 de diciembre del 2007, CLARION, titular del 48.85% del capital social de SIMSA, a través de su apoderado y director de SIMSA, señor Víctor Ostolaza Fernández Prada, suscribió aproximadamente 850 contratos de donación con igual número de trabajadores de SIMSA por medio de los cuales se les han transferido 10 acciones con derecho a voto a cada uno de ellos.

CLARION ha explicado en su escrito de fecha 29 de enero de 2008 y otros más que obran en el expediente, que las razones de la donación fueron las siguientes:

*"(i) otorgar un beneficio en especie a todos los accionistas de la sociedad -en la forma de acciones restringidas (i.e. "restricted shares")- como incentivo y muestra de aprecio del accionista mayoritario de la empresa por los magníficos resultados generados en los últimos años, y (ii) **liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento y desgobierno en la que venía sumida como consecuencia del mal uso que venía haciéndose del derecho de veto estatutario con el que contaban los principales accionistas de la sociedad (...)**"⁵*

Sin embargo, Víctor Ostolaza, apoderado de CLARION desde el año 2003, en su declaración de fecha 7 de abril de 2010, señala sobre el mismo tema lo siguiente:

"Esta donación se hizo con el ánimo de motivarlos (a los trabajadores de SIMSA) y darles un aliciente, aunque no fuera una participación significativa, ello beneficiaba a CLARION por ser un importante accionista de SIMSA. De esta manera se podían sentir parte de la sociedad, como accionistas, y defender el valor de su inversión. Se pidió ayuda a la señora Isabel Arias para tomar contacto con los trabajadores. El principal objetivo no fue convertirla en sociedad anónima abierta, fue una consecuencia, que a su vez, era una consecuencia positiva. Se avisó a todos los trabajadores, y quienes quisieron voluntariamente participaron.

La señora Isabel Arias Vargas, como directora por CLARION, también explicó los motivos por los cuales se llevaron a cabo los contratos de donación:

⁵ Extracto del párrafo 5.2 del escrito de descargos de CLARION.

"Desde antes de mi ingreso al directorio se iba produciendo una crisis profunda que llevó a la empresa a un proceso concursal en INDECOPI, del cual se salió con éxito en el año 2006. El esfuerzo fue grande en especial de los trabajadores que eran los principales acreedores. Un accionista, Clarion decide regalarle 10 acciones a cada uno. El señor Ostolaza me pidió que lo acompañara porque los trabajadores no lo conocían a él, y yo tengo una muy buena relación con los trabajadores. Con esta donación cada trabajador iba a tener la calidad de inversionista en bolsa, y accionista de SIMSA. Se invitó a todos los trabajadores, y he visto las colas, logísticamente fue complicado por los turnos y horarios, descansos y vacaciones. Fue muy motivador ver las colas de los trabajadores, tanto que quienes no pudieron recibir le manifestaron que también deseaban recibir sus acciones. En ese momento eran como 1,000 trabajadores hoy son poco más de 700".

De estas declaraciones se desprende la inconsistencia existente entre los diversos representantes (asesores legales, apoderado y directora/controladora) de CLARION para explicar porqué suscribieron los contratos de donación con algunos trabajadores de SIMSA. En un primer momento, se pone al descubierto la doble finalidad de los contratos de donación: otorgar un beneficio como incentivo (con las dudas del caso) y adaptar a la sociedad en una sociedad anónima abierta; luego Víctor Ostolaza señala también que la donación se realizó para motivar a los trabajadores, pero adicionalmente expresó que la transformación no fue en sí misma un objetivo sino pura coincidencia. Finalmente, la directora y controladora de CLARION, Isabel Árias Vargas, declaró ante Conasev que la suscripción de los contratos de donación únicamente tenían como propósito premiar o recompensar la buena actitud de los trabajadores de SIMSA.

¿Es posible que los representantes de confianza de CLARION no tengan claro los motivos por los cuales se celebraron los contratos de donación? ¿o es que alguno de ellos ha faltado a la verdad en sus declaraciones testimoniales? ¿cuál de ellos dice la verdad, cuál es la verdadera finalidad de esos contratos de donación? Estas inconsistencias nos hacen sospechar de las finalidades que ellos mismos dicen que CLARION tuvo respecto a los contratos de donación.

Por otro lado, según las declaraciones señaladas previamente, todos coinciden, por lo menos, en que una de las finalidades de los contratos de donación fue la de motivar y/o dar un aliciente a los trabajadores de SIMSA ante la existencia de problemas en la Sociedad. Sin embargo, ¿Existieron beneficios reales con la entrega de acciones de SIMSA a los trabajadores? ¿Por qué, si CLARION tuvo las mejores de las Intenciones en

donar dichas acciones a los trabajadores, restringió el derecho de disponer de las mismas? ¿Por qué no se les dio la oportunidad a que ellos decidan qué hacer con dichas acciones?

Con relación a los beneficios que CLARION sustenta que ha otorgado a los trabajadores con dichas acciones, creemos que esto es falso, es decir, la titularidad de 10 acciones con derecho a voto de SIMSA no da a ningún inversionista beneficios reales de los cuales pudieran eventualmente disfrutar. Ello se debe a que, por un lado, SIMSA no ha tenido utilidades en los últimos años, y de la información financiera anual auditada que SIMSA ha comunicado al mercado a través del portal de Conasev, es manifiestamente evidente que, por lo menos en los años 2007, 2008 y 2009 SIMSA únicamente ha tenido pérdidas; y, por otro lado, tenemos que estas acciones comunes de SIMSA son valores totalmente ilíquidos, es decir, si los trabajadores pretendieran obtener beneficios mediante la venta de sus acciones no les resultaría fácil encontrar a un comprador de las mismas (además de la restricción a la transferencia dada desde un inicio).

En tal sentido, no entendemos cómo el tener 10 acciones que no generan utilidades, que valen una suma insignificante de dinero y que además no pueden venderse en rueda de bolsa (probablemente la comisión de la SAB sea mucho mayor al monto a negociarse), resulta una "muestra de aprecio del accionista mayoritario de la empresa por los magníficos resultados generados en los últimos años"⁶.

De otro lado, de acuerdo a las declaraciones de Víctor Ostolaza ante Conasev, de fecha 7 de abril de 2010, la restricción al derecho de disposición de los trabajadores con respecto a sus acciones:

"Era un mecanismo temporal para evitar que pudieran ser abusados por terceros y para que se asegurara por lo menos que durante 18 meses pudieran tener la condición de accionistas. Se buscaba que fueran parte de la sociedad e incluso comprar más acciones y no que vendieran al día siguiente".

¿Por quién podrían ser abusados dichos accionistas teniendo solo 10 acciones bajo su titularidad y siendo la tenencia total entre todos ellos equivalente al 0.01% aproximadamente del capital social de SIMSA? ¿Además, con qué beneficios podría contar el accionista con acciones que no puede vender y cuyo emisor (SIMSA) sólo tiene pérdidas cada año? ¿Acaso se pensaba que con 10 acciones los accionistas se animarían

⁶ Declaración testimonial de Isabel Arias.

a comprar más acciones?, ¿a quién se las comprarían si dichos valores son totalmente ilíquidos?

Todas estas preguntas nos hacen dudar de la calidad de "buen gesto" que tuvo CLARION al donar dichas acciones a los trabajadores de SIMSA. De esta manera, cuestionamos enfáticamente el carácter altruista de CLARION al efectuar las donaciones a los trabajadores de SIMSA, y por el contrario, afirmamos que no buscaba realizar un acto altruista sino que las donaciones fueron parte de un plan que comenzaba con la actuación concertada del señor Ross Beaty y CLARION y culminaba con la toma de control absoluta de SIMSA al adaptarla a una sociedad anónima abierta.

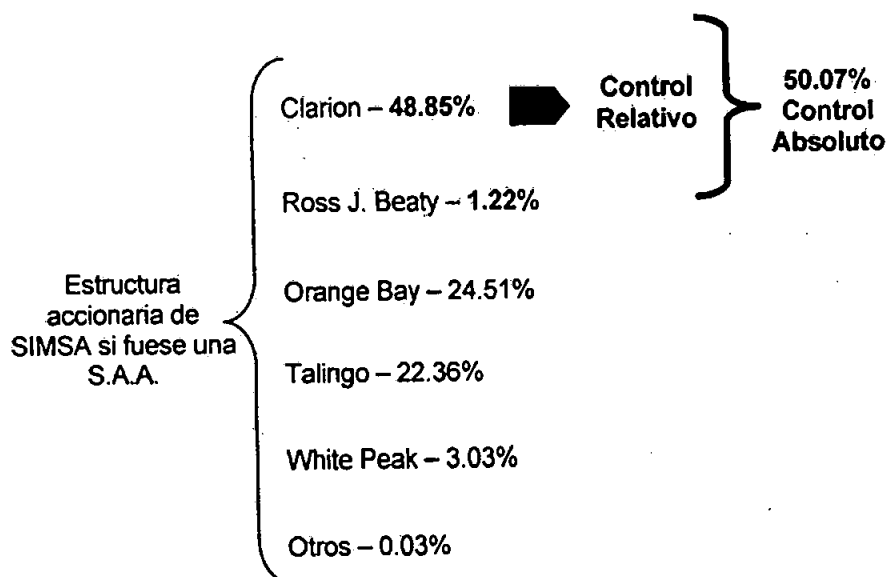
Otra prueba de que los contratos de donación eran parte de un plan integral, que involucraba tanto la concertación como la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, es que inmediatamente después de la ejecución de los contratos de donación, CLARION se vio desesperado por solicitar la convocatoria a junta general de accionistas para formalizar la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, primero ante la Sociedad misma, y luego ante Conasev, tal como constan en escritos de fecha 29 de enero de 2008 y otros más presentados por CLARION y que obran en el expediente.

Conforme se ha diferenciado en el Informe, la validez de los contratos de donación se resolverá en sede judicial, es decir, Conasev no es competente para pronunciarse sobre el fondo de dichos contratos, pero sí es competente para analizar la participación de los mismos en toda la estrategia de toma de control de SIMSA por parte de CLARION.

En virtud de lo expuesto anteriormente, se desprende que la verdadera finalidad de los contratos de donación es justamente lo ya señalado por CLARION en varios de sus escritos que obran en el expediente, que es la de "liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento" en la que se encontraba por el mal uso del derecho de veto estatutario que se venía haciendo. En el mismo escrito de descargos de CLARION, de fecha 29 de enero de 2008, ellos describen perfectamente sus intenciones de por qué adaptar forzosamente a SIMSA a una sociedad anónima abierta, por lo que nos tomaremos la libertad de citarlos una vez más:

"SIMSA es una sociedad cuyo estatuto requiere de un quórum y mayorías calificadas de 80% para poder adoptar acuerdos relevantes en la Junta General de Accionistas, y de un quórum de siete directores (de los ocho miembros existentes) para poder sesionar válidamente. El efecto práctico de estas disposiciones estatutarias es generar un derecho de veto para cualquiera de los tres principales accionistas de SIMSA (...)".

Cabe resaltar que el hecho de que SIMSA se adapte a una sociedad anónima abierta no es un hecho que no tenga consecuencia alguna. Como sabemos, de conformidad con el artículo 257° de la Ley General de Sociedades, al adaptarse a una sociedad anónima abierta, los quórum y mayorías requeridos para la toma de acuerdos bajan automáticamente, por lo que, espontáneamente, el tener un 48.85% (participación de CLARION) o 50.06% (participación conjunta de CLARION y Ross Beaty) del accionariado de SIMSA resulta siendo sumamente interesante.



CONASEV 000027

Debemos dejar en claro que la finalidad de la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta fue la de conseguir quórum y mayorías lo suficientemente bajos para que el porcentaje adquirido por CLARION y el Señor Ross J. Beaty, o inclusive CLARION sola, sean suficientes para la toma de control absoluta o relativa de SIMSA.

	Estatuto Actual - S.A.			LGS - S.A.A.
Quórum requerido	Acuerdos simples y calificados	1ra Convoc.	80% de las acciones suscritas con derecho a voto.	50% de las acciones suscritas con derecho a voto.
Quórum requerido	Acuerdos simples y calificados	2da Convoc.	80% de las acciones suscritas con derecho a voto.	<i>Simple:</i> Cualquier número de acciones suscrita con derecho a voto. <i>Calificada:</i> 25% de las acciones suscritas con derecho a voto.
Quórum requerido	Acuerdos simples y calificados	3ra Convoc.	51% de las acciones suscritas con derecho a voto.	<i>Calificada:</i> Cualquier número de acciones acción suscrita con derecho a voto.
Mayoría requerida	Acuerdos simples		Mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en junta.	Mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta.
Mayoría requerida	Acuerdos calificados		80% de las acciones suscritas con derecho a voto.	Mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta.

Al respecto, debemos tener en cuenta lo que CLARION ha mencionado en reiterados escritos que obran en el expediente, en el sentido que ellos buscaron la forma de bajar los quorums y mayorías de SIMSA, aplicando de manera adrede el artículo 249° de la Ley General de Sociedades. Aunque posteriormente alegan que no es cierto que hayan asumido el control absoluto de SIMSA, repetimos que afirmar esto es falso, dado que CLARIÓN y el Señor Ross J. Beaty sí actuaron concertadamente y con el 50.06% sí alcanzaron el control absoluto de SIMSA luego de adaptarla a una sociedad anónima abierta. No obstante lo mencionado, en el supuesto negado de que no haya existido concertación alguna, de igual manera CLARION tendría el control relativo de SIMSA.

Sobre esto, no cabe más que unir los dos puntos de un plan que buscaba tomar el control de SIMSA: la adquisición concertada del 50.06% de acciones de SIMSA, más la adaptación de ésta en una sociedad anónima abierta. Resulta claro que el plan original siempre fue adaptarla a una sociedad anónima abierta, para poder así bajar los quorums y mayorías del estatuto actual y tomar el control de SIMSA, vulnerando los derechos de los accionistas minoritarios, en clara violación de la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento de OPA.

En esta misma línea, coincidimos con la declaración del señor Victor Ostolaza del 7 de abril de 2010, en la que señala lo siguiente:

"En la operación no hubo ninguna concertación, en un extremo si la consecuencia de volverse sociedad anónima abierta hubiera sido tomar el control, CLARION no hubiera necesitado al señor Ross Beaty ni a ningún otro accionista, con un 44% o 48% hubiera podido control la sociedad".

3.1.3 Análisis de los Indicios

Coincidimos con lo mencionado en el Informe en que es necesario presentar a los indicios bajo un análisis lógico-deductivo que los vincule y alinee de una forma razonable, y no cometer el error de tomarlos como pruebas en sí mismas o analizarlos por sí solos.

Por ello, a continuación pasamos a desvirtuar cada una de las conclusiones a las que se llega en el Informe respecto de cada indicio presentado por Talingo.

- a) Participación de la señora Isabel Arias Vargas de Millership en la adquisición de Ross Beaty

En primer lugar, debemós tomar en consideración lo que se ha desarrollado en el numeral 3.1.1, en el que afirmamos que la señora Isabel Arias Vargas es la controladora de CLARION, es decir, Isabel Arias Vargas (conjuntamente con su hermana Luz Evangelina), es CLARION.

Teniendo esto claro, pasamos a proporcionar la evidencia que la Dirección de Emisores no encontró para establecer la vinculación entre ella, CLARION y el señor Ross Beaty.

Ahora bien, en tanto hemos demostrado que Isabel Arias Vargas es CLARION, no cabe la menor duda de que ella misma es el nexo para la concertación entre CLARION y Ross Beaty. La conexión entre ella y el señor Ross Beaty ha quedado acreditada en innumerables declaraciones testimoniales:

<p>Andrés Milla</p>	<p><u>No había razón para la presencia de la señora Arias en el cierre de la operación, salvo su relación como directora y Vicepresidenta de SIMSA. Ella fue la que manifestó que había otro comprador interesado en el saldo de las órdenes de White Peak y CLARION.</u></p> <p>Las coordinaciones para la venta a Ross Beaty las hizo Isabel Arias, ella manifestó el interés de participar de otro comprador y es quien pide las negociaciones con Seminario.</p>
<p>Christian Funcke</p>	<p><u>El contacto con los compradores fueron negociaciones principalmente desarrolladas por la directora titular, la señora Margaret Burns, en el caso de CLARION. En cuanto al señor Ross Beaty, fue la señora Isabel Arias, como directora y Vicepresidente del Directorio quien conociendo de la intención de White Peak de vender, contacta al señor Beaty y éste compra una posición reducida, aparentemente con la intención de tomar conocimiento de la empresa antes de realizar una inversión mayor. No hubo ningún acuerdo previo.</u></p> <p>Nosotros teníamos la Instrucción de vender toda la posición de White Peak, la señora Isabel Arias, conocedora de esta Intención, como los demás directores de SIMSA, logra contactar al señor Ross Beaty y convencerlo de comprar parte de las acciones. Esto ocurrió en los días previos a la operación, no fue una negociación prolongada. Desconocemos los canales de comunicación entre la señora Arias y el señor Ross Beaty.</p>

	<p><i>Con relación al señor Beaty solo tuvimos la información proporcionada por la señora Isabel Arias, en el sentido de que a ese precio estaba dispuesto a hacer una compra de un millón de acciones.</i></p>
<p>Margaret Burns</p>	<p><i>El contacto con el señor Beaty para la venta de las acciones se dio a través de la señora Isabel Arias, quien en su calidad de vicepresidenta de SIMSA, se interesa en que la empresa cuente con accionistas activos en interés del desarrollo de la empresa y es así que logra contactarse con el señor Ross Beaty.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>La señora Isabel Arias como directora de SIMSA había trasladado al mercado el Interés de White Peak en vender su participación, comunicándoles que el señor Beaty había mostrado su interés de comprar una participación de un millón de acciones.</i></p> <p><i>Isabel Arias había venido estableciendo contacto entre White Peak y el Sr. Beaty</i></p>
<p>Ross Beaty</p>	<p><i>Isabel Arias me comunicó la posibilidad de inversión, antes del 11 de julio de 2007. Ella me informó que habían acciones disponibles de SIMSA, yo no conocía a White Peak ni otro accionista. No sabía cuántas acciones estaban disponibles, solo me ofrecieron un paquete a un determinado precio, pero la cifra que tenía para Invertir era 2.5 millones de dólares y por ello decidí comprar un millón de acciones.</i></p> <p><i>Isabel Arias fue la única con la que conversé sobre las condiciones de la compra.</i></p>
<p>Victor Ostolaza</p>	<p><i>Cuando estábamos en Credibolsa, la señora Isabel Arias nos manifestó que había un comprador interesado en comprar un paquete de acciones. <u>No tenía conocimiento que la señora Isabel Arias iba a estar presente</u>, pero ella permanentemente venía promoviendo inversionistas desde que White Peak empezó a vender su paquete de acciones y ya se habían dado ventas anteriores.</i></p>

Isabel Arias

Conozco al señor Beaty probablemente desde el año 2006, es muy conocido en el mundo minero y es muy activo en las reuniones de la industria. No he tenido contacto comercial con él.

Pregunta: ¿Ud. tuvo algún contacto directamente con el señor Ross Beaty antes de la operación? ¿Luego de la operación? ¿Tuvo conocimiento a través de alguna persona las coordinaciones con el señor Beaty? ¿Tenía conocimiento sobre la participación del señor Beaty en la compra de las acciones?

No lo he visto porque ambos viajamos bastante, pero es posible que coincidamos en algún evento minero.

Durante años he promocionado la posibilidad que ingresen nuevos accionistas, pensé en el señor Ross Beaty porque tenía pequeñas inversiones en empresas peruanas, y porque invierte en minería y no exige necesariamente controlar. Lo llamé y le pregunté si tenía interés a lo que me contestó que sí. Pregunté a White Peak, y dijeron el precio y que querían vender todas las acciones. El señor Beaty dijo que a ese precio deseaba comprar un millón de acciones como máximo.

El señor Beaty no realizó ninguna contraoferta.

Yo participé en Credibolsa porque era la única persona que conocía al señor Ross Beaty y serví de enlace para la llamada telefónica que se realizó.

Como 10 o 15 días antes, yo había consultado al señor Beaty si le interesaría invertir en SIMSA, todavía no tenía conocimiento de los detalles de la operación y le consulté a White Peak a través de la señora Margaret Burns. Dos días antes de la operación, le digo el monto y precio al señor Beaty, quien señala que a ese precio sólo quiere comprar un millón de acciones. Me dieron el precio de S/ 8.20 que era aproximadamente el precio de bolsa en ese momento. No recuerda la cantidad de acciones que estaba vendiendo White Peak en ese momento, pero esa cantidad era mayor que el millón de acciones que compró el señor Beaty.

La evidencia que la Dirección de Emisores buscaba para establecer el nexo entre CLARION y el señor Ross Beaty es justamente que Isabel Arias Vargas es CLARION, por lo que redundar en la conexión de la concertación está demás. En base a lo señalado, ya no parece tan exagerado afirmar que fue la señora Isabel Arias Vargas quien *"tejió y planificó toda la estrategia de actuación concertada entre CLARION y el señor Ross Beaty"*⁷.

Es decir, Ross Beaty no tenía por qué hablar o coordinar con Víctor Ostolaza, como apoderado de CLARION, para concertar con esta empresa, él habló directamente con una de las dueñas de CLARION, Isabel Arias Vargas, por lo que este indicio se convierte en el hilo conductor de todos los demás indicios y dan sentido a lo que Talingo ha venido afirmando desde que presentó su denuncia en diciembre de 2007.

b) Oportunidad de la adquisición: Diferencia entre las adquisiciones de 14 segundos.

Es correcto lo que se afirma en el Informe, *"que la sola presencia de un grupo de adquisiciones en forma simultánea no configura un indicio fehaciente de una actuación concertada"*. Coincidimos con la Dirección de Emisores y también sostenemos que la realización de un grupo de adquisiciones casi simultáneas no es una prueba por sí sola de concertación.

Justamente este tipo de indicios deben leerse en conjunto con otros indicios y así formarnos convicción de un hecho. En este sentido, el indicio que desarrollaremos en este literal debemos leerlo conjuntamente con el indicio a), es decir, tomando en cuenta que Isabel Arias Vargas es CLARION y que fue ella, como CLARION, quien conversó y convenció al señor Ross Beaty de que invierta junto con ella (CLARION) en adquirir acciones de SIMSA con cierta finalidad. Es por ello, que las operaciones se dan con una diferencia de segundos.

En el Informe se trata de relativizar este hecho al mencionar que *"siendo un mercado ciego (se refiere a la rueda de bolsa de la Bolsa de Valores de Lima), la orden de venta de White Peak, pudo haberse calzado con cualquier orden de compra que en ese momento alguien pudiera haber ingresado, si hubiera habido una demora en el ingreso de la orden de compra del señor Ross Beaty, a cargo de una sociedad agente de bolsa distinta a la que ingresó la orden de venta"*.

⁷ Informe de la Dirección de Emisores, página 20.

Al respecto, no entendemos cómo la Dirección de Emisores puede sostener una afirmación de este tipo, teniendo todas las facilidades para acceder a las cotizaciones de cualquier valor y a cada una de las operaciones que se realicen con éstos. Hemos demostrado, a lo largo del expediente, con información pública que (i) SIMSA es una sociedad que cuenta con acciones comunes y acciones de inversión; (ii) que las acciones comunes de SIMSA son acciones ilíquidas y que ningún inversionista "en su sano juicio" compraría como "inversión" acciones comunes de una empresa que se sabe tiene una supermayoría estatutaria que impide tomar decisiones de forma expedita; (iii) que si bien se han realizado algunas compras y ventas -las cuales son un número reducido de operaciones- todas ellas se han realizado entre los propios accionistas de SIMSA, ya que ningún tercero es capaz de comprar acciones comunes de una sociedad con acciones que sabe que no va a poder vender tranquilamente en el mercado; (iv) que los únicos interesados en comprar acciones con derecho a voto de un accionista de SIMSA son justamente otros accionistas de SIMSA con dichas acciones, de modo que pueda incrementar su participación y así llegar al porcentaje querido o llegar a un determinado número de acciones que adaptando a la Sociedad en sociedad anónima abierta sea el controlador absoluto; (v) que SIMSA no ha repartido utilidades desde hace varios años ya que sus estados financieros sólo reflejan pérdidas año tras año, lo cual puede ser fácilmente confirmado con información pública, por lo que este no puede ser un argumento sólido de un inversionista para justificar su compra; (vi) si lo que busca un accionista es comprar, potencialmente recibir utilidades y posteriormente salir de la empresa, se hubiera comprado acciones de inversión, que son altamente líquidas y que también cuentan con derechos económicos y cuestan mucho menos que una acción común de SIMSA.

CONASEV 000005

En razón de todos estos motivos, consideramos que la teoría de la Dirección de Emisores que pudo existir otro inversionista que se interponga en esos 14 segundos de diferencia queda desvirtuado y/o reducido a su mínima probabilidad.

c) Proximidad de los porcentajes adquiridos a efectos de alcanzar participación significativa: justo por encima del 50%

Un indicio importante para probar la concertación y toma de control de SIMSA es el hecho de que las acciones adquiridas por parte de CLARION, sumadas a las de Ross Beaty arrojan la cantidad de 50.06%⁸.

⁸ Porcentaje que como ya explicamos en su oportunidad resulta de sumar el 48.84563% de Clarion con el 1.224295% del Señor Ross J. Beaty.

El Informe señala que si bien es cierto que puede llamar la atención el hecho de que en dos operaciones en un mismo día y casi a la misma hora, se haya alcanzado entre dos accionistas un porcentaje justo por encima del 50%, y que uno de los compradores haya alcanzado hasta un límite menor al 50%, tal vez con el propósito de no tener la obligación de realizar una OPA, éste hecho no alcanza para establecer que sea un indicio que lleve a concluir que existió una concertación.

Consideramos que el Informe ha debido analizar no solo que el porcentaje sumado de Ross Beaty y CLARION alcancen justo por encima del 50% del accionariado total de SIMSA sino que también, debió reparar en que el nexo para la compra de acciones de Ross Beaty fue Isabel Arias Vargas, es decir, el mismo CLARION, tal como se ha demostrado anteriormente. ¿Qué casualidad que Isabel Arias Vargas (CLARION) ayude a Ross Beaty de una manera tan abnegada siendo éste último un inversionista reconocido internacionalmente que no necesitaría ayuda para coordinar sus inversiones con otros participantes en el mercado?

En consecuencia, es válido señalar que en tanto CLARION, es decir, Isabel Arias Vargas, concertó con Ross Beaty, la compra de las acciones comunes de SIMSA de propiedad de White Peak, sobrepasando uno de los umbrales señalados en el Reglamento de OPA, éstos se habrían generado la obligación de lanzar una OPA conforme a la regulación vigente.

Como ya hemos mencionado, los indicios deben leerse conjuntamente y no aisladamente y darles un sentido no forzado a los mismos. Analizar este indicio por sí solo no nos llevaría a la convicción de ningún hecho, si embargo, si lo añadimos a lo que venimos sosteniendo a lo largo del presente escrito y en todo el expediente, no cabe duda que esta sería la lectura correcta del mismo.

Por otro lado, en el Informe se cuestiona el por qué CLARION decidiría unirse con Ross Beaty en vez de coludirse con otro accionista de SIMSA, ya que esto último sería hasta mucho más fácil. Esto se debe a que SIMSA está compuesto básicamente por cuatro accionistas (personas jurídicas), cuyas controladoras son las hermanas Arias Vargas, y entre ellas, como es de conocimiento público, desde hace un tiempo, no existe consenso para la toma de decisiones, es por eso que para CLARION era mucho más fácil buscar a un nuevo inversionista con quien juntarse que esperar a que otro accionista esté de acuerdo con él para tomar el control absoluto de SIMSA.

En consecuencia, teniendo en cuenta todos los indicios hasta aquí presentados y analizados de manera conjunta, la estrategia de CLARION y Ross Beaty de adquirir

solamente el 50.06%, para luego adaptar a la Sociedad a una sociedad anónima abierta mediante la suscripción de contratos de donación y así tener el control absoluto de SIMSA, se hace cada vez más evidente e irrefutable.

d) Precio pagado por las acciones: Pago de una prima de control

Nos encontramos en total desacuerdo con lo señalado en el Informe respecto al precio pagado por las acciones. Tal como vamos a demostrar nuevamente, Ross Beaty y CLARION sí pagaron un sobreprecio, una **PRIMA**, por las 4 300 000 acciones que compraron conjuntamente de White Peak.

En primer lugar, en el Informe se analizan los precios pagados en transacciones realizadas en un periodo de un año y medio, desde julio de 2006 hasta diciembre de 2007. En el Informe se dice que *"se puede notar que el precio al cual fue comprado la acción común de SIMSA se encontraba dentro de los rangos de precios negociados en aquellos días, incluso teniendo en cuenta la baja que venía acumulando en ese periodo, por lo tanto, no se puede inferir de lo observado que se hubiera pagado una prima de control por las acciones por parte del señor Ross Beaty"*.

La Dirección de Emisores al emitir el pronunciamiento transcrito en el párrafo precedente, no toma en consideración los siguientes hechos relevantes para estas operaciones de compra:

En primer lugar, y como ya lo hemos repetido en innumerables oportunidades, **las acciones comunes de SIMSA no son líquidas**, muestra de ello es que desde diciembre de 2006 a la fecha, es decir, en tres (3) años sólo se han realizado las siguientes operaciones:

Valor: MOROCOCH1

Emisor: COMPAÑÍA MINERA SAN IGNACIO DE MOROCOCHA S.A.

Fecha Cotización	Fecha Anterior	Cierre Anterior	Cierre Actual	Apertura Actual	Máxima Actual	Mínima Actual	Promedio Actual	Monto Negociado
12/06/2009	09/06/2009	2.570	2.600	2.600	2.600	2.600	2.600	130,000.00
09/06/2009			2.570	2.570	2.570	2.570	2.570	2,570.00
29/09/2008			2.500	2.500	2.500	2.500	2.500	2,500.00
29/09/2008			2.500	2.500	2.500	2.500	2.500	2,500.00
13/02/2008	08/02/2008	3.800	3.800	3.800	3.800	3.800	3.800	10,887.00
08/02/2008			3.800	3.800	3.800	3.800	3.800	5,244.00
08/02/2008			3.800	3.800	3.800	3.800	3.800	5,244.00
28/12/2007			3.880	3.880	3.880	3.880	3.880	3,880.00
17/10/2007	10/10/2007	5.800	5.850	5.800	5.850	5.800	5.820	7,565.00
10/10/2007	03/10/2007	5.800	5.800	5.800	5.800	5.800	5.800	2,900.00
03/10/2007	28/09/2007	5.700	5.800	5.800	5.800	5.800	5.800	2,900.00
28/09/2007	26/09/2007	5.600	5.700	5.700	5.700	5.700	5.700	4,560.00

26/09/2007	19/09/2007	5.500	5.600	5.600	5.600	5.600	5.600	5,600.00
19/09/2007	18/09/2007	5.180	5.500	5.500	5.500	5.500	5.500	11,000.00
18/09/2007	24/08/2007	7.000	5.180	5.180	5.180	5.180	5.180	10,360.00
24/08/2007	23/08/2007	7.480	7.000	7.000	7.000	7.000	7.010	57,144.80
23/08/2007	21/08/2007	6.500	7.480	7.000	7.480	7.000	7.240	14,480.00
21/08/2007	14/08/2007	7.300	6.500	6.000	6.500	6.000	6.250	125,000.00
14/08/2007			7.300	7.300	7.300	7.300	7.300	14,600.00
11/07/2007	26/06/2007	8.500	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	35,260,000.00
26/06/2007	19/06/2007	8.210	8.500	8.500	8.500	8.500	8.500	8,500.00
19/06/2007	15/06/2007	8.210	8.210	8.210	8.210	8.210	8.210	17,799.28
15/06/2007	13/06/2007	8.250	8.210	8.300	8.300	8.200	8.260	57,820.00
13/06/2007	11/06/2007	8.200	8.250	8.250	8.250	8.250	8.250	22,275.00
11/06/2007	08/06/2007	8.800	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	32,800.00
08/06/2007	06/06/2007	8.200	8.800	8.200	8.800	8.200	8.200	164,119,687.20
06/06/2007	05/06/2007	8.500	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	24,600.00
05/06/2007	14/05/2007	8.800	8.500	9.000	9.000	8.500	8.570	60,000.00
14/05/2007	04/05/2007	9.200	8.800	8.800	8.800	8.800	8.800	8,800.00
04/05/2007	20/04/2007	12.000	9.200	9.200	9.200	9.200	9.200	36,808.00
20/04/2007	18/04/2007	12.000	12.000	12.000	12.000	12.000	12.000	12,000.00
18/04/2007	27/03/2007	11.000	12.000	12.000	12.000	12.000	12.000	3,600.00
27/03/2007			11.000	11.000	11.000	11.000	11.000	3,300.00

Fuente: CONASEV

En el año 2008 sólo se han realizado cinco (5) operaciones, mientras que en el año 2009 se realizaron dos (2). El año 2007, fue el año en que "más" operaciones se realizaron, pero como ya hemos mencionado, casi en su totalidad, al menos todas las relevantes (en número de acciones y precio) fueron realizadas en los propios accionistas de SIMSA. Esto es fácilmente de probar solicitando a las respectivas sociedades agentes de bolsa que brinden la información de estos comitentes en las fechas en que se han realizado operaciones con acciones comunes de SIMSA. Los precios pagados entre los propios accionistas de SIMSA son totalmente diferentes a los que un tercero inversionista pagaría por ellos, tienen un valor diferente para cada uno. Un accionista de SIMSA estaría pagando para llegar a tener el número de acciones que le falte para tener el control dentro de la sociedad, sobre la base de que ya cuenta con un número importante de ellas; mientras que un tercero inversionista, teniendo en cuenta todas las desventajas (supermayorías, iliquidez, no reparto de dividendos, entre otros) valoraría de otro modo esas mismas acciones comunes de SIMSA.

En conclusión, se han producido operaciones que por el número de acciones transado no tienen materialidad en el mercado, por lo que no pueden marcar un precio real. Las dos únicas excepciones son las operaciones de las 4 300 000 acciones comunes realizadas entre White Peak, CLARION y Ross Beaty y, la operación realizada entre White Peak y Orange Bay un mes antes. Ni siquiera la operación que realizó Talingo es material para el mercado, en tanto se trató de un número irrisorio de acciones sin mayor relevancia.

Adicionalmente, la iliquidez de esta acción explica por qué White Peak (inclúyase a ORANGE BAY) hasta la fecha no encuentra compradores para su participación en SIMSA, a pesar de que White Peak ha hecho público entre los Directores de SIMSA que tiene intensiones de vender toda su participación, y que la señora Isabel Arias ha tratado de promocionarlas en todos los lugares que haya tenido oportunidad, logrando contactar finalmente al señor Ross Beaty para que compre 1 000 000 de acciones y a ella misma, es decir, a CLARION para que compre 3 300 000 acciones comunes adicionales, tal como se señala en las siguientes declaraciones testimoniales:

<p>Margaret Burns</p>	<p><i>Todos tenían conocimiento de la intención de White Peak de vender el total de su participación en SIMSA desde finales del año 2006.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>El interés de White Peak de vender su participación total en SIMSA era conocida en el mercado desde finales de 2006 y recibió inclusive una propuesta de Talingo en marzo de 2007. Pero todos, incluyendo los directores de SIMSA, conocían del interés de la empresa por vender sus acciones en SIMSA, incluso desde la operación de Poderosa, puesto que fueron dos directores, uno de ellos Talingo, los que nos contactaron con el comprador final de nuestras acciones en Poderosa.</i></p>
	<p><i>El contacto con el señor Beaty para la venta de las acciones se dio a través de la señora Isabel Arias, quien en su calidad de vicepresidenta de SIMSA, se interesa en que la empresa cuente con accionistas activos en interés del desarrollo de la empresa y es así que logra contactarse con el señor Ross Beaty.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>La señora Isabel Arias como directora de SIMSA había trasladado al mercado el interés de White Peak en vender su participación, comunicándoles que el señor Beaty había mostrado su interés de comprar una participación de un millón de acciones.</i></p> <p><i>Isabel Arias había venido estableciendo contacto entre White Peak y el Sr. Beaty</i></p>

CONASEV 000009

<p>Víctor Ostolaza</p>	<p><i>Cuando estábamos en Credibolsa, la señora Isabel Arias nos manifestó que había un comprador interesado en comprar un paquete de acciones. <u>No tenía conocimiento que la señora Isabel Arias iba a estar presente, pero ella permanentemente venía promoviendo inversionistas desde que White Peak empezó a vender su paquete de acciones y ya se habían dado ventas anteriores.</u></i></p>
<p>Isabel Arias</p>	<p><i>Lo que entendí era que White Peak quería vender todo su paquete, pero al precio pedido no logró venderlo todo. Por el contrario le informaron que Talingo había propuesto comprar todas sus acciones a White Peak a un precio muy por debajo del precio de mercado en ese momento.</i></p> <p><i>Desde muchos años antes, en un primer momento White Peak vendió a Orange Bay, luego a CLARION y el señor Ross Beaty, y luego ventas muy pequeñas. Pero era conocimiento de todos que venía desde mucho tiempo atrás quería vender.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Durante años he promocionado la posibilidad que ingresen nuevos accionistas, <u>pensé en el señor Ross Beaty porque tenía pequeñas inversiones en empresas peruanas, y porque invierte en minería y no exige necesariamente controlar.</u> Lo llamé y le pregunté si tenía Interés a lo que me contestó que sí. Pregunté a White Peak, y dijeron el precio y que querían vender todas las acciones. El señor Beaty dijo que a ese precio deseaba comprar un millón de acciones como máximo.</i></p>
<p>Christian Funcke</p>	<p><i>El Interés de White Peak era y es salir de toda su inversión en SIMSA, al igual que había ocurrido en la empresa Poderosa. No se pudo vender el remanente o saldo de las acciones por falta de un precio apropiado. En marzo del 2007 ya habían recibido una oferta de Talingo que rechazaron. La Inversión minera en el Perú se daba a través de Poderosa y SIMSA, siendo el deseo de su cliente de salirse de estas Inversiones</i></p> <p><i>Se puso en conocimiento de los directores el Interés de vender,</i></p>

	<p><i>para que éstos trasladen a sus accionistas o terceros este interés. Se les mencionaba permanentemente el interés de vender, que venía ocurriendo desde la venta de Poderosa el año 2006. Como consecuencia de esta difusión del Interés de vender, se recibió un planteamiento verbal de Talingo a Inicios del año 2007 la cual fue rechazada porque el precio no cubría las expectativas.</i></p>
	<p><i>Era de conocimiento del Directorio que White Peak quería vender toda su participación, y los directores de SIMSA procuraban encontrar un comprador para estas acciones. Incluso anteriormente se habían vendido las acciones en la empresa minera Poderosa, y similar Instrucción existía para SIMSA.</i></p> <p><i>La instrucción de White Peak era vender al precio de mercado con el pago al contado, por lo que no había mucho margen para negociaciones.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>En cuanto al señor Ross Beaty, fue la señora Isabel Arias, como directora y Vicepresidenta del Directorio quien conociendo de la intención de White Peak de vender, contacta al señor Beaty y éste compra una posición reducida, aparentemente con la intención de tomar conocimiento de la empresa antes de realizar una inversión mayor.</i></p>
<p>Jaime de Orbegoso</p>	<p><i>Se sabía del interés de White Peak por vender.</i></p>

CONASEV 000011

En segundo lugar, el Informe se pronuncia sobre el Informe de Valorización elaborado por el especialista Iván Alonso, señalando que esta valorización "puede connotar un estudio objetivo de la empresa en base a un método de valorización determinado, pero que en todo caso no toma en cuenta necesariamente las expectativas y la experiencia que puede tener el Inversor en esos momentos (...)".

Al respecto, si bien es cierto que ninguna metodología puede medir las expectativas o la especulación que el inversionista debe haber considerado para comprar un valor a determinado precio, lo cierto es que en virtud de información pública, un inversionista

tan sofisticado como el señor Ross Beaty pudo haberse dado cuenta que las acciones comunes de SIMSA no valían S/. 8.20 sino probablemente menos, tal como lo demuestra el informe de experto que obra en el expediente (el cual arrojó que el precio de la acción común de SIMSA a la fecha de la operación de compra de Ross Beaty valían realmente entre S/. 5.13 y S/. 6.17). Entonces, si esto es así, ¿por qué Ross Beaty compró a un precio tan elevado? Ello solo se puede explicar porque conocía algo que iba a pasar en SIMSA que hacía que para él esas acciones valgan más y pague el precio que efectivamente pagó. Resulta más racional y lógico que CLARION haya pagado ese precio porque estaría aumentando su porcentaje a casi 49% de participación en SIMSA, con lo que de adaptarse SIMSA en sociedad anónima abierta, CLARION ya tendría en control relativo de la sociedad por sí solo.

Ahora bien, Ross Beaty ha manifestado en sus declaraciones que han sido recogidas en el Informe, que tiene *"una predilección por las acciones comunes, las que poseen un valor mayor, dado que tienen derechos de voto, y que entre las acciones con voto y no, siempre ha preferido aquellas con voto, y que finalmente eran las acciones que se les estaba ofreciendo en el momento de la operación"*. Ante esta afirmación del señor Beaty, cabría preguntarle, ¿qué piensa ahora, luego de que se ha puesto al descubierto la estrategia de CLARION? ¿Habría tenido en consideración que si quisiera salir en este momento de su inversión en SIMSA, lo más probable es que no encuentre a nadie que le quiera comprar? ¿Por qué no simplemente solicitó a su sociedad agente de bolsa en el Perú que le ponga unas órdenes de compra por acciones de inversión, si era evidente que éstos sí son valores líquidos y no necesitaba una invitación u ofrecimiento para hacerse accionista de SIMSA? Si su única intención era conocer la empresa por dentro, ¿por qué necesariamente tenía que adquirir acciones comunes, si como accionista de inversión también iba a tener derecho a información de la sociedad?

Con la finalidad de reforzando nuestros argumentos y pruebas, debemos indicar que el propio Directorio de Conasev opina o está en la misma línea que nosotros, tal como lo ha señalado mediante Resolución Conasev N° 047-2009-EF/94.10:

"6. Causa extrañeza la posición del señor Beaty de especular con acciones comunes de SIMSA y no haber preferido acciones de inversión que son más líquidas, pues, las acciones comunes que compró no registran mayor movimiento o dinamismo bursátil, pues durante el ejercicio 2008 las operaciones con acciones comunes de SIMSA, fueron de un total de 49 operaciones en comparación con las 15,132 operaciones realizadas con la acción de inversión de la misma compañía, lo que hace que la acción común sea poco

atractiva para un inversionista con ánimo especulativo, lo que estaría reforzando la apariencia en el derecho relacionada con la toma de control de SIMSA;

7. Según el hecho de importancia publicado por SIMSA con fecha 5 de febrero de 2007, en ningún caso la política de dividendos será la de pagar no menos del 10% de la utilidad distribuible, siempre que sean cubiertas las necesidades financieras y obligaciones, según el presupuesto anual de la sociedad, lo cual constituiría un incentivo adicional para los inversionistas para adquirir acciones de inversión, en vez de acciones comunes, pues, estas últimas serían las que otorgan una mayor utilidad; hecho de importancia que fue comunicado al mercado con la debida antelación para que los inversionistas pudieran tomar decisiones adecuadas de acuerdos con sus objetivos, (aproximadamente cinco meses antes de la compra del señor Beaty), lo cual demuestra que existió suficiente información sobre la política de dividendos que tomaría la sociedad dicho año, no existiendo los incentivos suficientes para comprar acciones comunes en vez de acciones de inversión;

8. La respuesta del señor Beaty frente a la pregunta N° 11, en la declaración efectuada el 9 de marzo de 2009, en el sentido de que si bien conoce que las acciones comunes son más valiosas que las acciones de inversión 'ese fue el tipo de acciones que se me ofreció justamente', no resulta una respuesta financiera adecuada y también debe mencionarse el hecho de que en el momento en que el señor Beaty efectúa su compra incorporándose como accionista de SIMSA, se encuentra estatutariamente gobernada por la súper mayorías, lo cual constituye un incentivo adicional para desanimar a un inversionista para invertir en acciones comunes, ya que dichas súper mayorías bloquean toda posibilidad de control con un pequeño porcentaje de acciones;

9. El argumento que señala que el precio que pagó el señor Beaty por las acciones no es indicio válido, debe indicarse que si bien las acciones comunes de la sociedad registraban poco movimiento y las operaciones eran de poca envergadura, por lo que en principio el precio pagado por el señor Beaty podría estar dentro de los rangos en que se negociaba dicho valor, debe indicarse que según la valorización de acciones de SIMSA con fecha 30 de junio de 2007, presentada por Talingo, el precio de las acciones a dicha fecha era significativamente menor al precio pagado por el señor

Beaty (S/. 6.17 por acción), valorización cuya metodología e información histórica no ha sido cuestionada por los apelantes, limitándose éstos a señalar que el referido precio se encontraba dentro del rango de negociación del valor, así como a señalar los precios en que se transaron acciones de SIMSA en fechas cercanas a julio de 2007, por lo que se considera que dicha valorización no ha sido tachada no contradicha de manera fehaciente por los apelantes; circunstancia que constituye un indicio adicional que será materia de investigación por el órgano instructor a fin de determinar la motivación de la compra de dichas acciones;

10. La respuesta del señor Beaty en la declaración efectuada el 9 de marzo de 2009 a la pregunta: '¿Por qué Usted pagó, por cada una de las acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., la suma de S/. 8.20? en el sentido de que 'Porque se me informó que se era el precio que estaban pidiendo por las acciones que se estarían poniendo a la venta; lo que constituye una transacción de mercado totalmente normal.', no resulta la más adecuada para justificar una compra de acciones de tal magnitud;

11. Teniendo en cuenta el monto pagado por el señor Beaty, por el paquete de acciones de SIMSA que compró, se considera que la motivación para pagar dicho monto debió contar con un análisis más riguroso, que incluya como mínimo un análisis de la situación patrimonial de la sociedad que se pueda ver reflejado en los estados financieros de la sociedad, lo que constituye un indicio más a ser considerado".

CONASEV 000014

El increíble sobreprecio que se ha pagado por las acciones de SIMSA es un hecho que no puede tener otra explicación a la siguiente: ambos compradores tenían una agenda oculta, agenda que iba más allá de una simple y "coincidente" adquisición.

La verdadera razón de esa compra y el verdadero móvil que se tuvo es que esa fracción que representaba el 1.22% le daba al 48.85% de Clarion un valor agregado que nadie vio en su momento: poseer el control absoluto en SIMSA una vez adaptada a sociedad anónima abierta.

Este indicio, refuerza mucho más la concertación para la adquisición del control de SIMSA que hemos afirmado anteriormente.

e) Adaptación de SIMSA a Sociedad Anónima Abierta

La adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta se debió a la suscripción por parte de CLARION de contratos de donación con sus trabajadores (segunda etapa de la toma de control de SIMSA). Según lo señalado por CLARION, en escritos que obran en el expediente, la finalidad de los contratos de donación era altruista, queriendo con aquello incentivar y premiar a sus trabajadores a través de una donación simbólica de 10 acciones.

Sobre dicha donación, además de lo ya expuesto en el literal b, numeral 3.1.2 del presente escrito, cabe preguntarse, ¿realmente se le otorgaba un beneficio al trabajador, es decir, realmente existía un premio? Acaso las acciones de SIMSA reciben significativas utilidades? Pues no, tomando como muestra los estados financieros de los últimos tres (3) años, SIMSA no ha tenido más que pérdidas en dichos periodos, por lo que queda claro que el beneficio no se encontraba en las jugosas utilidades que se recibirían. De otro lado, ¿podrían los trabajadores encontrar algún beneficio en la venta de dichas acciones? La respuesta es no y esto se debe a que en primer lugar, y como se ha demostrado en el literal d), numeral 3.1.3 precedente, dichas acciones son poco líquidas por lo que no existían grandes posibilidades de vender así como tampoco podían ser vendidas, ya que el contrato de donación restringía la facultad de disponer de sus acciones a los trabajadores por 18 meses.

De acuerdo a la declaración de Víctor Ostolaza, dicha restricción era un mecanismo temporal para evitar que los trabajadores pudieran ser abusados. La pregunta es ¿abusados por quién? ¿Cuál de los accionistas "moriría" por adquirir el 0.01%? ¿Si CLARION quería realmente entregar un beneficio significativo a los trabajadores, por qué no les donó acciones de inversión? Si éstas eran mucho más baratas y eran mucho más líquidas que las acciones comunes? No encontramos explicación en el actuar de CLARION sino solamente la intención de adaptar SIMSA en una sociedad anónima abierta para que con la participación actual adquiriera el control relativo de la Sociedad.

A diferencia de lo que Víctor Ostolaza ha manifestado en su declaración testimonial, obviamente, los contratos de donación se tenían que realizar antes de finalizar el año 2007, para que la adaptación a sociedad anónima abierta se de en el año siguiente, y eventualmente no tener que esperar hasta el año 2009.

De igual modo, con relación a la restricción de venta de las acciones, ésta no se incluyó en los contratos de donación por un tema de "abuso al pobre trabajador", sino porque CLARION (i) necesitaba que los trabajadores no vendan inmediatamente las acciones donadas a otro accionista de SIMSA, ya que necesitaban mantener por lo menos 750

accionistas para adaptarse a sociedad anónima abierta y evitar que tal situación se revirtiese; y, (ii) necesitaba un periodo de tiempo determinado para hacer y tomar las decisiones que quisiera sin necesitar la aprobación de ningún otro accionista de SIMSA, y sobre todo sin el derecho de veto de los otros accionistas de SIMSA que obstaculizaban las intenciones de CLARION, tal como ellos mismos lo han manifestado. No cabe duda, que después de este operativo, se activó la obligación de realizar una OPA conforme lo dispone el artículo 6 del Reglamento de OPA, por cuanto CLARION y Ross Beaty han adquirido la capacidad de modificar estatutos y designar a la mayoría de los miembros del Directorio de SIMSA, y por ende a toda su administración.

De otro lado, según el Informe, el argumento de que el objetivo de CLARION al suscribir los contratos de donación era convertir a SIMSA a una sociedad anónima abierta y de esta manera eliminar la mayorías calificadas estipuladas en los estatutos de la sociedad, no conlleva a la determinación de actuación concertada con el señor Ross Beaty, puesto que dada la conversión de la empresa en S.A.A., la posibilidad de tener el control absoluto de la empresa podría darse con la coordinación con cualquier otro accionista, no necesariamente o únicamente con el señor Ross Beaty, o inclusive CLARION actuando individualmente también tendría el control relativo de la misma.

Si bien esto es cierto, lo que no debemos perder de vista es que este indicio, el cual desarrollamos más extensamente en el literal b), numeral 3.1.2 del presente escrito, debe leerse conjuntamente con los otros indicios antes descritos. Así, quedaría claro que CLARION requería de un tercero, que no podía ser ninguno de los otros actuales accionistas de SIMSA, para adquirir el control absoluto, cuando lo necesite, de la Sociedad, ya que en su defecto se quedaba con el control relativo de la misma.

3.2 LA DECISIÓN DE LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE ARCHIVAR LA DENUNCIA ES MANIFIESTAMENTE CONTRARIA A LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL. LA ABIERTA VULNERACIÓN PRINCIPIOS TALES COMO EL DE DEBIDO PROCEDIMIENTO, DE DEFENSA, DE IMPARCIALIDAD Y DE IGUALDAD.

- 3.2.1 Pese a la claridad de los fundamentos de los que se valió el Tribunal Administrativo para determinar la calidad de parte con interés legítimo de nuestra empresa, de los cuales se desprende indubitablemente la necesidad de garantizar a TALINGO un debido procedimiento que le permita DEFENDER sus intereses, la Dirección de Emisores actuó de manera arbitraria y desconociendo totalmente las razones tanto del Tribunal Administrativo y del propio Directorio de CONÁSEV toda vez que:

- (i) No le permitió a Talingo acceder al expediente sino hasta un momento en el que ya estaba por culminar la etapa instructiva, en la cual ni siquiera se tomó en consideración a Talingo.
- (ii) Dentro de dicha etapa instructiva, no le permitió a Talingo aportar las pruebas necesarias, pese a que dicha Dirección venía recopilando pruebas de TODOS LOS DEMÁS partícipes de la presente controversia.
- (iii) No consideró a Talingo para las declaraciones que venía tomando de los denunciados y testigos partícipes de la presente controversia.
- (iv) No le permitió un adecuado acceso sino que simplemente le "informó" acerca de los que venía haciendo pues para esta Dirección Talingo no era más que el "denunciante", contraviniendo así lo dispuesto por el Tribunal Administrativo y el Directorio de CONASEV, obviando su participación por razones de conveniencia, cuando la misma era fundamental para determinar si correspondía o no iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
- (v) Interpreta que en todo caso el interés de Talingo será válido una vez que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, con lo cual no observa el pronunciamiento de instancias superiores en el sentido que el resultado del procedimiento administrativo sancionador tendrá repercusión en la esfera jurídica de TALINGO. Por tanto, si el procedimiento sancionador nunca se llega a iniciar, por que la Dirección de Emisores no cuenta con los elementos suficientes para poder determinar si lo debe iniciar o no, ello afecta de manera DIRECTA a TALINGO. Así, el Interés de TALINGO no se activa con el inicio de un procedimiento sino que involucra TODAS las actuaciones que se relacionan, directa e indirectamente con éste, en todo momento y a cualquier nivel.
- (vi) Obvia de manera general, los motivos por los cuales el Tribunal Administrativo de CONASEV considera que nuestra empresa goza de TODOS LOS DERECHOS PROPIOS DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
- (vii) Sin más, y pese a que Talingo venía indagando sobre el estado del procedimiento, le comunicó la disposición de archivar la denuncia en cuestión por razones que resultan abiertamente contrarias a las normas del mercado de valores y que devienen en vulneratorias de principios fundamentales tales como el debido procedimiento, defensa, imparcialidad e igualdad.

- 3.3 Como se sabe, el derecho a un debido procedimiento, tanto en el plano administrativo como jurisdiccional, incluye garantizar el derecho de defensa de los intereses del administrado, por lo que es indubitable que Taligo, tal como lo ha declarado el Tribunal Administrativo y lo ha corroborado el Directorio de CONASEV, tenía derecho a ejercer EN TODO MOMENTO la defensa de sus intereses legítimos a través de la probanza de sus alegaciones y a la igualdad procesal. Así:

*"El derecho de defensa, en su aplicación más rigurosa, constituye el derecho público constitucional que asiste a toda persona a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible -ya sea a título de delito o falta, ya lo sea a título de infracción administrativa-, mediante cuyo ejercicio se le garantiza la capacidad de postulación necesaria para (...) oponerse eficazmente al ejercicio del "ius punendi" de los Poderes públicos y hacer valer **dentro de cada instancia sancionadora** los derechos imputados por la imputación (GIMENO SENDRA).(...)*

*El citado fundamental derecho, sin embargo, **nunca se ejercita de forma genérica, esto es valiéndose solamente de una contraofensiva unívoca, o en un único sentido, de forma que se actúe utilizando un solo trámite general o una sola oportunidad defensiva. Antes al contrario, el derecho de defensa, suele materializarse en una multitud de vertientes que, con mayor o menos sustantividad, coadyuvan cada una en su ámbito determinado al logro de una defensa adecuada, posibilitando entre todas ellas un papel implementador en la configuración general del derecho de defensa***⁹.

CONASEV
000018

En tal sentido, existe un verdadero derecho de defensa cuando se posibilite el ejercicio del mismo **en el momento oportuno, en todas y cada una de las fases del procedimiento, incluyendo la preparatoria.**

- 3.4 Sobre el particular, conviene brevemente la naturaleza y etapas en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa en cada una de ellas.

Como se sabe, el procedimiento administrativo sancionador es el conjunto de actos que se siguen para imponer una sanción administrativa, es decir, es la vía por la cual la Administración ejerce su potestad sancionadora, que tiene como finalidad comprobar la existencia de una transgresión susceptible de sanción administrativa y en consecuencia,

⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José, El Procedimiento administrativo sancionador, Tirant Lo Blanch, 3ra edición, Valencia: 1989, 231-232 pp.

imponer la sanción respectiva. Tal como señala MORÓN URBINA, el procedimiento sancionador se estructura en tres fases netamente diferenciadas: (i) Acto de Iniciación, (ii) Instrucción del procedimiento y (iii) Decisión administrativa¹⁰. Sin embargo, previamente existe lo que se conoce como instrucción preventiva o investigación preliminar, la cual si bien no forma parte del procedimiento en sí, es un antecedente del mismo que no podemos dejar de lado.

a) *Instrucción Preventiva o Fase preparatoria.*

3.5 Tal como ya hemos precisado en la Queja que presentáramos contra la Dirección de Emisores por conducta funcional y paralización del procedimiento, por no cumplir ésta con su deber de dar correcto curso a las investigaciones preliminares en relación al expediente administrativo N° 2007036571, así como también, por no permitir oportunamente a Talingo el acceso al expediente en cuestión, sin mediar explicación alguna, las actuaciones de instrucción preventiva buscan actuar la evidencia necesaria a fin de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el procedimiento, la identificación de los presuntos implicados y las circunstancias relevantes. En el mismo sentido se ha pronunciado GARBERÍ LLOBREGAT con respecto a la fase de preparación española, paralela a nuestra instrucción preventiva:

"La fase de preparación del procedimiento administrativo sancionador común tiene por finalidad la de determinar preliminarmente si concurren o no las condiciones necesarias para iniciar el mismo, es decir, si de la noticia llegada al conocimiento de las autoridades públicas sobre la comisión de una infracción administrativa (...) cabe o no desprender a primera vista o en simple apariencia la lesión, imputable a un sujeto identificado o susceptible de serlo, de alguno de los bienes jurídicos protegidos por las normas sancionadoras de índole material (...) "¹¹.

En tal sentido, siguiendo a MORÓN URBINA, **"no se trata de una Instrucción completa del caso y de sus responsables, sino sólo una indagación con efecto de delimitar mejor los contornos del caso (...) "¹²**. Esta facultad del órgano instructor de tomar la decisión de iniciar el procedimiento administrativo tras dicha investigación preliminar se encuentra recogida en artículo 235.2° de la Ley N° 27444, y

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, quinta edición, Lima: 2006, p. 618.

¹¹ GARBERI LLOBREGAT, José, El Procedimiento administrativo sancionador, *Op cit.*, p. 427.

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Op cit.*, p. 649

como todo acto, debe ser motivado y observar los parámetros de la proporcionalidad, lo cual no ha hecho la Dirección de Emisores en el presente caso.

A ello volveremos luego de explicar brevemente las fases del procedimiento sancionador a efectos de demostrar que la actuación de la Dirección de Emisores en los últimos meses correspondía propiamente a la etapa de instrucción, esto es, una vez iniciado el procedimiento sancionador, y no a una fase de preparación o instrucción preventiva como vino realizando arbitrariamente dicha Dirección, en contra de todos los derechos de Talingo y en abierta vulneración de nuestro ordenamiento jurídico.

b) Acto de iniciación

- 3.6 Ahora bien, en virtud del artículo 235° de la Ley N° 27444, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. Así: *"Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3¹³ del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación"*.

CONASEV 000020

En tal sentido, la notificación que da inicio a un procedimiento administrativo sancionador debe contener:

- a) Los hechos que se le imputen a título de cargo,
- b) La calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir,
- c) La expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer,
- d) La autoridad competente para imponer la sanción,
- e) La norma que atribuya tal competencia.

Es notificándole de los respectivos cargos que el presunto infractor conocerá las imputaciones que sobre él recaen a efectos de defenderse cabalmente.

c) Instrucción del procedimiento

¹³ Dicho numeral 3 del artículo 243 precisa que: *"Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:(...) Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia"*.

3.7 Tal como señala GARBERÍ LLOBREGAT, la fase de instrucción del procedimiento sancionador *"comprende tanto la puesta en práctica de actividades propiamente instructoras (por ejemplo la realización de actos de investigación, la adopción de medidas provisionales para el aseguramiento de responsabilidades penales-administrativas y civiles...), cuanto la ordenación de actuaciones alegatorias y de índole probatoria"*¹⁴.

Esta fase comienza con la notificación al inculpado acerca del inicio del procedimiento sancionador, otorgándosele al menos cinco días hábiles para hacer sus descargos. Es vencido este plazo que **se realizan las actuaciones para estudiar los hechos y determinar responsabilidad**. Esta fase termina con la formulación de una propuesta de Resolución¹⁵, determinando las infracciones, la sanción que se propone o señalándose la no existencia de infracción. Como actuaciones intermedias se encuentran, por ejemplo, de acuerdo a GARBERÍ LLOBREGAT:

- La adopción de medidas de carácter provisional.
- La realización de oficio **de cuantas actividades resulten necesarias para el examen de los hechos**.
- El periodo probatorio.
- Los dos distintos trámites de alegación otorgados a favor del presunto responsable **y demás interesados en el expediente sancionador**.
- La formalización de la propuesta de resolución.

Por ende, para dicho autor, esta fase:

*"(...) cumple por igual tanto funciones investigadoras como alegatorias y probatorias. (...) Por esta razón, en suma, la fase de instrucción del expediente administrativo sancionador puede entenderse que engloba, salvadas las naturales distancias, las fases procesales penales de instrucción, intermedia y de juicio oral (...)"*¹⁶.

¹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Op cit.* p. 428.

¹⁵ De conformidad con el artículo 235.5º de la Ley Nº 27444, el contenido de dicha propuesta debe ser:

i) La relación circunstanciada de los hechos investigados

ii) La (s) persona(s) autores del ilícito investigado

iii) La norma legal que tipifica como ilícito el o los hechos a sancionar

iv) El análisis de los elementos de prueba acumulados en el procedimiento, con énfasis en aquellas que le formen convicción sobre la autoría

v) Las condiciones personales del instruido que puedan tener influencia para determinar la gravedad de los hechos

vi) Las razones por las cuales desestiman los cargos presentados por los instruidos

vii) La sanción elegida (justificando la elección realizada) o la absolución.

¹⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José p. El procedimiento sancionador, Volumen II, tirant lo blanch, Valencia: 2001: 1053-1054 pp.

3.8 Ahora bien, de conformidad con el artículo 234.1º de la Ley Nº 27444, para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: *"Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita (...)".* En ese sentido, la regla general es que la actividad de instrucción debe quedar separada de la función decisora, con lo cual pasamos a desarrollar brevemente esta fase.

d) *Decisión Administrativa*

3.9 La decisión administrativa implicará la acusación definitiva y la aplicación de la sanción específica que la legislación considera aplicable al caso. Hay que advertir que esta resolución final no puede recoger hechos distintos a los determinados en el proceso y es susceptible de impugnación.

3.10 En buena cuenta, se aprecia la arbitrariedad de la Dirección de Emisores pues SIN HABER INICIADO FORMALMENTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, es decir, estando dentro de la fase preparatoria o de instrucción preventiva, estuvo realizando actuaciones propias de la instrucción del procedimiento, a las cuales ni siquiera nos dejó acceder¹⁷. Qué duda cabe que ello vulnera abiertamente nuestro derecho al debido proceso administrativo; para muestra, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que:

"El debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los Tribunales Contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al ordenamiento jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las

¹⁷ Y ello va en contra además del artículo 160º la Ley Nº 27444 la ha regulado el acceso a la Información del expediente en los siguientes términos:

"160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la Intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el Inciso 5) del Artículo 20 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

160.2 El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental". (El resaltado es nuestro)

Ello implica que, tanto dentro de la fase de instrucción como dentro de la fase preparatoria o diligencias preliminares, el presunto infractor y los interesados tienen pleno derecho de solicitar la documentación que obra en el expediente. Tal derecho es el correlato del deber de la Administración de asegurar una transparente

instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernados. (...)

*El debido proceso tiene reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos e instancias garantías establecidas en beneficio del administrado, **etapas que deben cumplirse dentro del procedimiento administrativo señalado**. Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley, que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de su formación, esencia, eficacia y validez de los mismos¹⁸.*

- 3.11 La razón esgrimida por la Dirección de Emisores para haber "obviado" a Talingo en todas aquellas actuaciones -llevadas por cierto de forma totalmente irregular fuera de un procedimiento administrativo- se reduce al hecho de que conforme a la Ley N° 27444, el denunciante de un ilícito administrativo, no será parte del eventual procedimiento. Ello resulta a todas luces arbitrario y totalmente desproporcional siendo que el propio Tribunal Administrativo y el Directorio de CONASEV se han pronunciado en el sentido contrario dándole a Talingo TODOS LOS DERECHOS de Parte en el procedimiento, en tanto sus intereses se ven directamente afectados.

Ello ha sido aceptado igualmente por la doctrina más concedora del tema; así, GOBO OLVERA citando a PARADA VÁSQUEZ sostiene que:

"Al denunciante no se le ha reconocido de forma general un interés que le atribuya la cualidad de interesado. No obstante, como pone de manifiesto PARADA VÁSQUEZ, esto valdrá realmente para supuestos en que el denunciante no tiene ninguna otra vinculación con los hechos que el de su conocimiento, ni otro interés que el de cumplir en abstracto con su deber de colaboración ciudadana; pero la solución no debe ser la misma cuando, además de que se instruya o no el procedimiento y de que se resuelva en uno u otro sentido, se deriven para él beneficios concretos, como las

utilización del poder público, derecho que incluso es superior al de acceso a la información pública (el cual está vinculado a terceros).

¹⁸ Tomado de: <http://www.corte.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-442-92.htm>. Citado además por: OSSA ARBELÁEZ, Jaime, Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Legis Editores, primera edición, Colombia: 2000, p. 279.

primas de denuncia, o la prevención de daños para el denunciante o su entorno.

(...)

*La legitimación, en definitiva, implica una relación del sujeto con lo que constituye el objeto del procedimiento, una especial posición del sujeto respecto del acto que ha de dictarse en el procedimiento, **legitimación que debe aplicarse también al denunciante**¹⁹.*

Por su parte, NIETO ha sido tajante al afirmar que:

"El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio. La infracción administrativo puede perjudicar los derechos e intereses individuales tanto como el delito o la falta penales (amén del perjuicio al interés general siempre presente), por lo que no se alcanza a comprender la causa de la limitación consistente en que en el procedimiento administrativo sancionador únicamente estén presentes el Interés general y el individual del imputado²⁰.

El mismo NIETO igualmente señala que ya en algunos supuestos la jurisprudencia española ha ampliado el círculo de los derechos del denunciante, como se ve en la STS del 25 de mayo de 2002, en la que en materia de defensa de la competencia se declara que: *"no pueden rechazarse las denuncias que tengan un cierto fundamento sobre la realidad de las conductas denunciadas, debiendo abrirse procedimiento en el que, con intervención y audiencia de los implicados, puedan practicarse las pruebas de cargo y de descargo sobre la realidad de los hechos denunciados"²¹.*

- 3.12 En todo caso, ya el propio Tribunal Administrativo de CONASEV, corroborado por el Directorio, ha expuesto las razones por las cuales corresponde dotar a Talingo de las garantías de un debido procedimiento, esto es, que no se le puede considerar un simple denunciante, a efectos de denegar su legitimación como pretende la Dirección de Emisores, pues el órgano superior claramente le ha permitido intervenir en el

¹⁹ GOBO OLVERA, Tomás, El procedimiento administrativo sancionador tipo, Editorial Bosch, 3ra edición, España: 2008, 153-154 pp. Citando a PARADA VÁSQUEZ, Ramón, Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 1993, p. 274.

²⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, cuarta edición, Madrid: 2005, p. 138.

²¹ *Ibid.*, p. 137.

procedimiento, lo cual incluye, las respectivas alegaciones y los elementos probatorios que estime pertinentes, accediendo al expediente oportunamente, ninguno de los cuales fue acatado por dicha Dirección.

- 3.13 Y, al no hacerlo, no solo se ha vulnerado el derecho de defensa (parte del principio de debido procedimiento) de Talingo, sino también otros principios como el de Imparcialidad y consecuentemente el de Igualdad. Así, ROJAS HERNÁNDEZ citando a BREWER CARIAS señala que:

"...el principio de imparcialidad constituye un derecho del particular a que la Administración no se parcialice en la resolución de los asuntos, por ninguna de las partes. Esto trae consecuencias: la Administración debe respetar el orden de los asuntos conforme a su presentación (...) y si el funcionario se encuentra en alguna situación que pueda comprometer su imparcialidad debe inhibirse (...) para asegurar la igualdad e imparcialidad del proceso"²².

Por ende, los funcionarios que intervienen en el procedimiento deben ser equidistantes, es decir, no inclinarse hacia alguno de las partes, lo cual no ha sido respetado por la Dirección de Emisores, quien sí se encontraría predispuesta a favor de determinados particulares en la presente controversia, lo cual de ninguna manera es garantía para Talingo y vulnera principios constitucionalmente reconocidos.

- 3.14 ¿Por qué la cultura del expediente secreto? Es claro que si al interesado, en este caso Talingo, como ya hemos quejado en anterior ocasión, se le impide el acceso al expediente o no se le permite la lectura de documentos que no hayan sido calificados de "confidenciales", se le causa indefensión. Y por dicha "confidencialidad" de ninguna manera debe entenderse lo que al funcionario de turno se le ocurra que lo es, sino que tal como precisa BADELL (citado por ROJAS HERNÁNDEZ):

"Respecto al secreto o reserva en el procedimiento administrativo, es importante advertir que esa facultad debe interpretarse en forma restrictiva, pues no se trata de una actividad discrecional, antes por el contrario, la declaratoria de reserva o secreto debe fundarse en "regímenes de hecho jurídicamente determinados". Debe entonces ajustarse a la tutela de los superiores intereses del Estado y no a la

²² ROJAS HERNÁNDEZ, Jesús David, Los Principios del procedimiento administrativo sancionador, Ediciones paredes, Caracas: 2004, 79-80 pp. Citando a Allan BREWER, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (s/e), Editorial Jurídica venezolana, Caracas: 2002.

conveniencia personal del funcionario; se trata pues, de guardar el secreto del Estado y no es secreto del funcionario...

Pero aún así, y como se verá, la declaratoria de confidencialidad del expediente, no puede tener ningún efecto respecto a los interesados, esto es, aquellos que tienen respecto a la averiguación administrativa, un interés legítimo, personal y directo, o un derecho público subjetivo".

- 3.15 Ahora bien, no faltará argumento de la Dirección de Emisores en el sentido que el ejercicio de la potestad sancionadora, tal como señala el mismo NIETO, no es obligatoria para la Administración, quien puede por tanto dar inicio o no a los correspondientes expedientes sancionadores. Sin embargo el propio NIETO reconoce de sobra que ello puede resultar contrario a la justicia y la igualdad, y por tanto, sostiene en resumidas cuentas que:

*"creo correcta la tesis del **ejercicio facultativo de la potestad sancionadora de la Administración**. Ahora bien, la oportunidad **debe entenderse como discrecionalidad -y, en cuanto tal, controlable- y no como arbitrariedad**. A los Tribunales, a falta de norma reguladora, corresponde establecer los criterios de tal control, que, a mi juicio, han de basarse, para empezar, en lo siguiente: la Administración tiene que justificar las razones que le impulsan perseguir una infracción concreta en un contexto de tolerancia (o, a la inversa, explicar las razones de una tolerancia singular en un caso de rigor generalizado).*

(...)

En cualquier caso, y tal como se está viendo, importa distinguir cuidadosamente entre las dos manifestaciones del ejercicio facultativo de la potestad sancionadora: la tolerancia de incumplimientos, por un lado, y la exigencia, inesperada y excepcional, por otro.

*En cuanto a lo primero, parece conveniente (o más bien, inevitable), dejar en manos de la Administración la decisión de perseguir, o no, a los infractores, **salvo que haya interesados en tal persecución que así lo soliciten**. (...)*

En cuanto a lo segundo, la Administración no queda vinculada a su tolerancia, es decir, no puede pasar por alto indefinidamente las infracciones (...)²³.

CONASEV 000026

3.16 Así, partimos que la regla de oro en todo Estado de Derecho es que la Administración esté sometida al ordenamiento jurídico y por tanto el ejercicio de sus potestades debe encuadrarse en la legalidad. Sin embargo, ello se ve vulnerado por arbitrariedades funcionariales y de allí que el derecho deba prever y solucionar el poner freno al autoritario obrar de entidades administrativas tales como la Dirección de Emisores de CONASEV, pues como se ha demostrado a lo largo del presente escrito, que de manera sucinta describe la cadena de hechos violatorios de los derechos de Talingo, dicha Dirección ha obrado de manera arbitraria.

Más aún, y como se ha demostrado en la parte explicativa de mercado de valores, la motivación de la Dirección de Emisores para archivar la denuncia en cuestión carece de toda lógica jurídica y es contraria al ordenamiento en materia de valores. Por tanto, va contra lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC con respecto a la garantía constitucional de la motivación del acto administrativo sancionador:

"La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso".

3.17 Claro es que a mayor discrecionalidad otorgada a la Administración mayor debe ser la exigencia de motivación del acto, ya que tal motivación permitirá distinguir entre un acto arbitrario de uno discrecional. Como ha quedado también demostrado en el presente escrito, la decisión de la Dirección de Emisores de archivar la denuncia interpuesta por Talingo excede cualquier límite de proporcionalidad en cuanto a la discrecionalidad otorgada a este órgano para decidir la apertura formal de un procedimiento sancionador, pues como señalamos en el punto 3.1., ha venido realizando actividades propias de una fase de instrucción, sin permitirnos acceso a ella, vulnerando así nuestros derechos y principios constitucionalmente reconocidos.

- 3.18 Por tanto, haciendo valer nuestros derechos, acudimos a esta Gerencia General para que actuando como instancia superior de conformidad con el artículo 9º I) del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, aprobado por Decreto Supremo Nº 038-2007-EF, declare la NULIDAD del **Oficio Nº 1723-2010-EF/94.06.3 y de todo lo actuado a partir de la primera declaración testimonial**. Ello, pues como bien señala el profesor NIETO, sin rodeos:

"Apreciada la arbitrariedad discriminatoria, surge una nueva dificultad: ¿podrá el Tribunal revisor (en este caso la Gerencia General) anular un acto dictado en estricto cumplimiento de la norma? Porque, si no lo anula, será ilusorio el control. En mi opinión, la anulación es posible -y debida- ya que el vicio del acto administrativo no consiste en la infracción de la norma sancionadora sino en la arbitrariedad con que ha sido adoptado"²⁴. (Nuestro agregado)

Por "acto dictado en estricto cumplimiento de la norma" debemos entender un acto para el cual el órgano emisor tiene la debida competencia. En efecto, la Dirección de Emisores es, como órgano instructor, el competente para decidir acerca del inicio o no de un procedimiento sancionador, mas cuando tal decisión vulnera derechos del administrado o principios jurídicos, debe ser revisado por el mismo ente o por su superior jerárquico.

CONASEV 000028

- 3.19 Sobre el particular, cabe reiterar que la actividad de la Administración se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Para estos últimos, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. **Ello faculta sin duda a la Dirección de Emisores a iniciar formalmente el procedimiento sancionador, pero si tal decisión es arbitraria y no se ajusta a los parámetros de la legalidad puede y debe ser revisada a efectos de declarar su nulidad.**

Ello, pues tal como señala nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Nº 0090-2004-AA (Juan Carlos Callegari Herazo):


"El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. (...)

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".

El concepto de arbitrario aparece tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrarlo entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica".

- 3.20 En ese orden de ideas, es equivocado pensar que cuando una autoridad se encuentra en la fase preparatoria o diligencias preliminares de un procedimiento sancionador, la autoridad queda investida de libertad para decidir arbitrariamente si inicia el procedimiento o no -máxime si hay un tercero interesado que lo está impulsando y al cual el órgano superior le ha conferido todos los derechos de parte-, de escoger las pruebas que desee, de incluir o no la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes, de tomar declaraciones de sujetos que ella elija y conducir las declaraciones de manera poco razonable, de escoger los documentos que ha de valorar, de negar acceso al expediente a los interesados con derecho a revisarlo, como ha venido haciendo la Dirección de Emisores en la presente controversia.

POR TANTO: Solicitamos se eleve el presente recurso de **APELACIÓN** a la Gerencia General, y que ésta se sirva declarar **FUNDADO** el presente recurso y consecuentemente **NULO** el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, y de todo lo actuado en las investigaciones preliminares hasta el momento en que se realizó la primera declaración testimonial, por ser conforme a ley.


YÉSICA DEL CARPIO CASTRO
 ABOGADA
 Reg. C.A.L. 46695

Lima, 3 de mayo de 2010.



Expediente	2007036571
Sumilla	Absuelve apelación de archivamiento de denuncia

10 MAY 10 16:48

RECEPCION DE DOCUMENTOS
NO INDICA CONFORMIDAD

A LA DIRECCIÓN DE EMISORES DE LA COMISION NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES - CONASEV:

Clarion Holding Limited Corporation (en adelante, "Clarion"), una compañía gobernada bajo las leyes de la República de Panamá, con domicilio real en Apartado Postal 0832-0886 W.T.C., Panamá, y con domicilio para estos efectos en Avenida San Felipe N° 758, Jesús María, Lima, Perú, debidamente representada por el señor Víctor Ostolaza Fernández – Prada, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08191933, según poderes que obran en el expediente, en los seguidos por Talingo Corporation (en adelante, "Talingo"), por presunta infracción de las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, la "LMV") y el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, el "ROPA"), atentamente decimos:

Que hemos tomado conocimiento del recurso de apelación presentado el 3 de mayo de 2010 por Talingo (en adelante, la "Apelación"), contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 expedido por la Dirección de Emisores (en adelante, el "Oficio"). En virtud del Oficio, la Dirección de Emisores dispuso el archivamiento de la denuncia presentada por Talingo el 28 de diciembre de 2007, según fue ampliada mediante escrito del 13 de enero de 2009 (en adelante, la "Denuncia").

Al respecto, solicitamos que la Apelación sea declarada improcedente, en estricta aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 (el "Reglamento de Sanciones"), tomando en consideración que, oportunamente, la Dirección de Emisores y la Gerencia General, órganos competentes para tal efecto, declararon que Talingo no tiene condición de parte en el procedimiento derivado de la tramitación de la Denuncia, decisión irrevisable en sede administrativa y respecto de la cual ha vencido en exceso el plazo para ser cuestionada judicialmente.

CONASEV 000001

Siendo consecuentes con lo resuelto en dicha oportunidad, la Apelación debe ser declarada improcedente, al ser el archivamiento de la Denuncia un acto inimpugnable conforme al artículo 10-A del Reglamento de Sanciones.

Asimismo, estando de acuerdo con el análisis que realiza la Dirección de Emisores de los supuestos indicios de concertación y las conclusiones a las que arriba, dejaremos constancia de cómo Talingo ha obrado de manifiesta mala fe durante la tramitación de la Denuncia, incurriendo en groseras contradicciones en su línea de argumentación, omitiendo convenientemente referencias a información originalmente ofrecida por ella y llegando al extremo de presentar deliberadamente documentación con inexactitudes que la acomodaban a sus intereses, tal como la traducción de la oferta de la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant (en adelante, "Chelyabinsk"), todo ello con la única finalidad de confundir e inducir a error a la autoridad administrativa, entorpecer y dilatar perniciosamente la resolución de un conflicto entre accionistas que nunca debió afectar a Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, "SIMSA") o a los demás terceros con intereses en SIMSA, tales como trabajadores, otros accionistas y titulares de acciones de inversión.

CONASEV 000002

En efecto, con las múltiples acciones en sede administrativa y judicial que desplegó en forma antojadiza contra los demás accionistas¹ y la propia SIMSA, Talingo ha ocasionado una paralización en la gestión de SIMSA con la consiguiente y significativa pérdida de valor de la empresa.

Sustentamos lo expresado en las siguientes consideraciones:

1 TALINGO NO TIENE CONDICIÓN DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO Y NO PUEDE IMPUGNAR EL ARCHIVAMIENTO DE LA DENUNCIA

El artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, en la línea de los artículos 105° y 235° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la

¹ Debe recordarse que la denuncia se formuló en un inicio contra Clarion y Ross J. Beaty, aunque en determinado momento fue ampliada para incluir a los accionistas Orange Bay Comercial Inc. (en adelante, "Orange Bay") y White Peak Resources Inc. (en adelante, "White Peak"). Sin embargo, luego de que Clarion demostrara la inconsistencia de la ampliación de la denuncia con la tesis inicial de concertación, Talingo sospechosamente dejó de incluir a White Peak y Orange Bay como posibles concertados.

"LPAG"), establece con toda claridad que el administrado que formula una denuncia por infracciones a la LMV y sus normas reglamentarias no adquiere la condición de sujeto del procedimiento sancionador que podría iniciarse contra el denunciado.

Así, de acuerdo con dichas normas, la presentación de una denuncia no confiere al denunciante ningún derecho procesal de parte y sólo obliga a la administración a: (i) llevar a cabo las diligencias preliminares necesarias; y, (ii) notificar al denunciante en caso que la denuncia fuere desestimada. En el presente caso, la Dirección de Emisores ha cumplido con sus obligaciones, realizando las diligencias preliminares durante más de dos años y notificando a Talingo sobre su decisión de archivar la Denuncia, adecuadamente motivada y sustentada en su evaluación de los indicios.

Cabe recordar que el mismo artículo 10-A del Reglamento de Sanciones precisa que la formulación de la denuncia no obliga al órgano instructor a iniciar el procedimiento sancionador.

Sobre la base del mencionado artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, la Dirección de Emisores actuó correctamente al negar a Talingo el acceso al expediente y negarle los derechos procesales de parte. Nótese, adicionalmente, que el referido artículo **califica como reservada la fase de realización de las diligencias preliminares.** Por tanto, los reiterados pedidos de Talingo de ser reconocido como parte y tener acceso al expediente carecían y carecen de todo sustento legal.

Ahora bien, en la Apelación, Talingo nuevamente sostiene haber sido privado arbitrariamente de los derechos de parte, pretendiendo sustraerse de los alcances del artículo 10-A. Como sustento de su posición, Talingo cita fuera de contexto algunos considerandos de la Resolución N° 206-2008-EF/94.01.3 del Tribunal Administrativo de CONASEV (en adelante, la "Resolución Cautelar") y de la Resolución N° 047-2009-EF/94.01.1 del Directorio de CONASEV (en adelante, la "Resolución Directorio"), tratando de acomodarlos burda y forzosamente a su posición.

CONASEV 000003

CLARION HOLDING LTD. CORP.

En efecto, la Resolución Cautelar y la Resolución Directorio tienen por objeto exclusivamente pronunciarse sobre el pedido cautelar de Talingo, no sobre su condición de parte en el procedimiento. Por esa razón, no existe mención alguna sobre tal condición en la parte resolutive de dichas resoluciones, única parte que contiene los actos y decisiones que inciden en las esferas jurídicas de los administrados e inferiores jerárquicos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar un hecho fundamental que Talingo ha omitido en forma maliciosa y deliberada: CONASEV ya se ha pronunciado sobre los derechos de Talingo derivados de la Denuncia.

Así, ante la solicitud de Talingo de que se admita ciertos medios probatorios ofrecidos por ella, la Dirección de Emisores expidió el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 (el "Oficio Condición de Parte"), en el que señaló que de conformidad con el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones, el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.

Pese a la evidente e innegable legalidad de tal decisión, el Oficio Condición de Parte fue apelado por Talingo, la que solicitó que además de los medios probatorios, se admita su participación como tercero legitimado en el procedimiento seguido contra Clarion y el señor Ross J. Beaty.

Mediante Oficio N° 2951-2008-EF/94.01.2 (en adelante, "Oficio Gerencia General"), la Gerencia General de CONASEV, en su calidad de superior jerárquico de la Dirección de Emisores, desestimó la apelación, confirmando que la formulación de la Denuncia no convertía a Talingo en sujeto del procedimiento. Adicionalmente, la Gerencia General reiteró que como administrado Talingo sólo tenía derecho a denunciar el acto que consideraba ilícito y a ser notificado con la resolución que impusiera la sanción o archivara la denuncia. En vista de lo anterior, la Gerencia General negó categóricamente que se estuviera afectando el derecho al debido procedimiento de Talingo.

CONASEV 000004

A pesar de contar con el pronunciamiento de la Gerencia General, superior jerárquico de la Dirección de Emisores, y que con ello quedaba agotada la vía administrativa, **Talingo solicitó al Tribunal Administrativo de CONASEV (en adelante, el "Tribunal Administrativo") que se le reconociera los derechos como tercero con legítimo interés** (condición de parte) y acceso al íntegro del expediente. Ello fue una muestra más de la renuencia de Talingo a someterse a la normativa aplicable y una abierta rebeldía frente a las competencias de la Dirección de Emisores y la Gerencia General.

El Tribunal Administrativo, mediante Resolución N° 312-2008-EF/94.01.3 del 17 de octubre de 2008², en decisión que compartimos, **declaró improcedente el pedido de Talingo de que se le reconozcan los derechos de tercero con legítimo interés, así como el de tener acceso al íntegro del expediente administrativo.**

Asimismo, en dicha resolución el Tribunal Administrativo señaló textualmente lo siguiente:

*"8. Que, con relación a lo solicitado y habiéndose analizado el contenido del petitorio, debe señalarse que el expediente N° 2007/036571 –al cual solicita tener acceso de manera íntegra- se encuentra en la etapa de instrucción en la Dirección de Emisores de la CONASEV, razón por la cual **este Tribunal Administrativo no es competente para conocer o conceder lo solicitado por Talingo.***

*9. Que, el primer requisito de validez del acto administrativo es la competencia (...). En tal sentido, **no encontrándose el expediente N°2007036571 bajo la competencia del Tribunal de CONASEV por encontrarse aún en la fase instructora, este Tribunal Administrativo considera que no resulta procedente pronunciarse sobre lo solicitado por Talingo.***

*10. Que, siendo que el expediente N° 2007036571 se encuentra en etapa de instrucción y **se encuentra bajo la competencia de la Dirección de Emisores de la CONASEV, es éste el único órgano competente para conocer y resolver las incidencias relacionadas***

CONASEV 000005

con dicho procedimiento, máxime si este Tribunal no puede disponer que el Órgano Instructor realice actuaciones que son propios de su competencia, según lo establecido por la normativa."

Como se puede apreciar, el Tribunal Administrativo no sólo se ha declarado incompetente para declarar que Talingo tiene la condición de parte durante la tramitación de la Denuncia, sino que ha reconocido que el único órgano competente para ello es la Dirección de Emisores, cuyas decisiones son revisables únicamente por su superior jerárquico, la Gerencia General. Por tanto, aun cuando los considerandos de la Resolución Cautelar y la Resolución Directorio citados en la Apelación tuvieran el sentido que señala Talingo, constituirían únicamente una opinión no vinculante para la Dirección de Emisores, por no ser el Tribunal Administrativo ni el Directorio de CONASEV competentes para reconocer a Talingo como parte o tercero con legítimo interés ni superiores jerárquicos de la Dirección de Emisores.

Una vez más, la forma de conducirse de Talingo ante la autoridad y frente a otros administrados es reprobable. En efecto, Talingo sostiene en la Apelación que el Tribunal Administrativo habría reconocido su condición de parte en la Resolución Cautelar, cuando la verdad es que el propio Tribunal Administrativo, en resolución posterior a la Resolución Cautelar, se declaró incompetente para reconocerle la condición de parte o tercero legitimado y, por el contrario, señaló que el único órgano competente para ello es la Dirección de Emisores.

Nuevamente, al referirse a los hechos parcialmente y acomodarlos a su conveniencia, Talingo pretende confundir a la autoridad, instándola revisar un pronunciamiento que el artículo 10-A del Reglamento de Sanciones califica expresamente como inimpugnable.

Finalmente, consideramos que la actuación de la Dirección de Emisores no ha sido arbitraria, sino se ha ceñido a lo previsto en la LPAG, el Reglamento de Sanciones y el Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF.

CONASEV 000006

² Nótese que esta resolución es posterior a la Resolución Cautelar, expedida el 21 de julio de 2008.

En efecto, si la Dirección de Emisores reconocía a Talingo la condición de parte o tercero con legítimo interés, no sólo habría violado la normativa aplicable antes mencionada, sino también contravenido el Oficio Gerencia General, un acto administrativo dictado por su superior jerárquico, la Gerencia General, que había quedado firme. Nótese que, contrariamente a lo que sostiene repetidas veces Talingo, el Tribunal Administrativo y el Directorio no son los superiores jerárquicos de la Dirección de Emisores, además de ser incompetentes durante la etapa de diligencias preliminares e instrucción del procedimiento sancionador.

Asimismo, es destacable que la conducta de la Dirección de Emisores haya sido absolutamente coherente a lo largo de la tramitación de la Denuncia. Sobre este punto, cabe recordar que en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 (en adelante, el "Informe"); sobre la base de los indicios presentados en la solicitud del dictado de las medidas cautelares, la Dirección de Emisores recomendó declarar infundada la solicitud cautelar, por cuanto a su juicio la evaluación de los indicios presentados por Talingo no permitía razonablemente determinar siquiera un mínimo grado de verosimilitud de la existencia de una supuesta actuación concertada entre Clarion y el Sr. Ross J. Beaty.

Con posterioridad al Informe, el único indicio adicional ofrecido por Talingo es la oferta no vinculante de Chelyabinsk. Dicho indicio es manifiestamente impertinente, dado que se ha demostrado que la oferta fue presentada en 2008, prácticamente un año después de la supuesta adquisición concertada, por lo que no existe conexión lógica alguna entre dicha oferta y las adquisiciones de acciones de julio de 2007. Todo ello es analizado minuciosamente por la Dirección de Emisores en el Informe Interno N° 253-2010-EF/94.06.3 (en adelante, el "Informe Archivamiento").

Cabe destacar que la impertinencia de este último indicio ha sido implícitamente reconocida por Talingo. En efecto, luego de señalar en varios escritos que ese indicio era el que "ataba y daba sentido" a todos los demás, en la Apelación no existe una sola referencia a la oferta no vinculante de Chelyabinsk. Ello evidencia que ni la propia Talingo cree en el

CONASEV 000007

indicio que, más de una vez, había calificado como el más contundente, sólido y definitivo.

Por tanto, además de los indicios que ya habían sido desestimados en el Informe, no existe un solo indicio que sustente la tesis de la actuación concertada. Por el contrario, todos los contraindicios aportados por Clarion y las actuaciones dispuestas de oficio por la Dirección de Emisores conducen en forma indubitable a concluir que no existió la presunta concertación. Por tal motivo, la decisión de archivar la Denuncia y los argumentos contenidos en el Informe Archivamiento no hacen más que demostrar una línea de actuación consecuente e incuestionable por parte de la Dirección de Emisores.

Como señala la Corte Constitucional Colombiana en el fragmento que cita Talingo en la Apelación, el debido proceso tiene reglas de legitimación y competencia, las cuales son las que pretende vulnerar Talingo al solicitar que se le reconozca como legitimado para realizar actuaciones que la normativa expresamente le impide y basarse en pronunciamientos de órganos incompetentes durante la etapa de diligencias preliminares.

Por todo lo expuesto, solicitamos que la Apelación sea declarada improcedente, en aplicación del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones y tomando en cuenta lo resuelto en el Oficio Condición de Parte y Oficio Gerencia General.

2. LA MALA FE DE TALINGO

A lo largo de la tramitación de la Denuncia, Talingo ha obrado con una evidente mala fe, incumpliendo lo previsto en el artículo 56° de la LPAG. Dicho artículo establece que los administrados tienen, entre otros, los siguientes deberes:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.

(...)

4. *Comprobar previamente a su presentación ante la entidad la autenticidad de la documentación sucesánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad."*

Tanto en el expediente principal, como en el expediente cautelar, Clarion ha denunciado en repetidas oportunidades las vedadas maniobras a las que ha recurrido Talingo a fin de defender el caso de concertación que "fabricó" a fin de hacer más compleja la solución de una discrepancia entre accionistas que nunca debió trascender el plano estrictamente societario.

En las siguientes líneas, resumiremos algunos de los hechos que demuestran que Talingo se ha conducido, sistemáticamente, en una manera contraria al principio de conducta procedimental y los deberes que le impone el artículo 56° de la LPAG, lo que debe acarrear para ella las responsabilidades pertinentes.

a) Contradicciones

La línea argumentativa de Talingo ha ido variando durante la tramitación de la Denuncia. Dichas variaciones obedecieron a lo endeble de la tesis de la concertación y la necesidad de "acomodar" la realidad ante lo contundente de los contraindicios de Clarion y el resultado del análisis de la Dirección de Emisores.

A continuación, listaremos las contradicciones más groseras:

i) Sujetos concertados

En la versión original de la Denuncia, presentada el 28 de diciembre de 2007, Talingo sostuvo que los sujetos que actuaban en concierto era Clarion y el Sr. Beaty.

Luego, el 13 de enero de 2009, habiéndose demostrado la debilidad de los indicios de concertación y la falta de unidad de propósito, Talingo cambia su versión. Ampliando la

CONASEV 000009

Denuncia, incluyendo como presuntos actores concertados a White Peak y Orange Bay (aun cuando ellos no adquirieron acciones en la operación del 11 de julio de 2007).

Ante ello, Clarion demostró que, de existir la concertación con White Peak y Orange Bay, como ahora sostenía Talingo, carecería de sentido concertar con el Sr. Beaty³.

Viendo que la ampliación de la Denuncia conducía su tesis al absurdo, Talingo reuló y dejó de señalar a White Peak y Orange Bay como partícipes de la concertación.

Sin embargo, en la Apelación, en un nuevo cambio de posición que ya linda con lo delirante, Talingo llega a sostener que "SIMSA es una empresa netamente familiar"⁴ y que "la familia Arias Vargas ejerce el control de SIMSA"⁵.

Siguiendo por un momento la afirmación de Talingo⁶, si todas las hermanas Arias Vargas controlaban a SIMSA (se entiende que para ejercer dicho control debe haber un mínimo de "coordinación"), en el cómputo de la participación de Clarion debería computarse también las acciones de Orange Bay, White Peak y hasta Talingo (considerando que Carolina Arias Vargas es una de las hermanas y controla Talingo según propia declaración). En tal escenario, la participación de Clarion y los "controladores del grupo económico de SIMSA" al 11 de julio de 2007 sumaría 99.97%, superando todos los umbrales previstos en el ROPA. El escenario es similar si se excluye a Talingo, dado que las participaciones de Clarion, White Peak y Orange Bay al 11 de julio de 2007 sumaban 77.61%, por

CONASEV 000010

³ Las participaciones de Clarion, White Peak y Orange Bay suman 76.39%, por lo que el porcentaje del señor Ross J. Beaty (1.22%) resulta totalmente innecesario para cualquiera de los objetivos imputados por Talingo.

⁴ Numeral 3.1.1.b) de la Apelación.

⁵ Numeral 3.1.1.c) de la Apelación.

⁶ Dejamos constancia que Clarion no acepta la veracidad de lo afirmado en este párrafo, sino que lo toma como premisa para demostrar las contradicciones de Talingo.

encima del último umbral de 60% previsto en el ROPA.

Tomando esos porcentajes de participación como premisas, ninguna adquisición de acciones realizada por Clarion el 11 de julio de 2007 podía generar la obligación de efectuar una Oferta Pública de Adquisición.

Como vemos, nuevamente un simple ejercicio matemático demuestra que los cambios de posición de Talingo son contradictorios y llevan al absurdo.

ii) Nombramiento de Andrés Dasso como director de SIMSA

En la Denuncia, Talingo ofreció como indicio el nombramiento del señor Andrés Dasso Chopitea (en adelante, el "señor Dasso") como director de SIMSA, dado que desempeña el cargo de vicepresidente senior de operaciones de Pan American Silver, cuyo presidente del Directorio es Ross J. Beaty. Talingo da a entender que el nombramiento del señor Dasso obedece a un acuerdo entre los supuestos concertados, Clarion y Ross J. Beaty.

Lo que Talingo omitió señalar fue que el señor Dasso era director de SIMSA desde el año 2001, mucho antes del ingreso de Ross J. Beaty, e incluso de Clarion, al accionariado de SIMSA. Asimismo, Talingo omitió mencionar que el señor Dasso fue elegido director titular de SIMSA en el año 2004 a propuesta de la propia Talingo, como consta en el acta de Junta Obligatoria Anual de Accionistas del 23 de marzo de 2004.

Ahora, Talingo pasa de la omisión a la contradicción. En el numeral 3.1.1.c) de la Apelación, Talingo sostiene que las "hermanas Arias Vargas fueron a pedirle a Andrés Dasso que fuera director de SIMSA". Como es evidente, ello incluye a

CONASEV 000011

CLARION HOLDING LTD. CORP.

Carolina Arias Vargas, controladora de Talingo según propia declaración⁷.

En este caso, la inconsistencia es tan evidente que nos releva de mayor explicación.

iii) La oferta no vinculante de Chelyabinsk

En la ampliación de la Denuncia, en vista de que la debilidad de los indicios inicialmente ofrecidos había quedado demostrada, Talingo adjuntó una copia de una oferta no vinculante de Chelyabinsk.

Talingo se refería a dicho indicio como el que "ata, ordena y da sentido" a todos sus demás indicios y argumentos y lo reiteró en numerosos escritos a lo largo de la tramitación de la Denuncia.

Sin embargo, sospechosamente, en la Apelación, Talingo no hace una sola referencia a Chelyabinsk o su oferta. Ello se debe a que, sobre la base de un análisis exhaustivo, la Dirección de Emisores determinó que la fecha en dicho documento era incorrecta, siendo del año 2008 en lugar del año 2007, por lo que no existía al momento de la adquisición de acciones del 11 de julio de 2007. El silencio de Talingo al respecto es propio de quien se ve descubierto en el intento de valerse de un error de tipeo para confundir a la autoridad administrativa.

En vista de ello, Talingo cambia una vez más su posición. Ahora, según la Apelación, el "hilo conductor" de todos los indicios es el supuesto control que la directora Isabel Arias Vargas ejercería sobre Clarion, cuestión que Talingo pretende hacer creer sobre la base de su solo dicho. En efecto, la propia Dirección

CONASEV 000012

⁷ Nótese que el señor Dasso manifiesta que quien lo buscó en 2004 para que fuera director titular de SIMSA fue Carolina Arias.

de Emisores concluye en la página 19 del Informe Archivamiento que "ante lo manifestado por la señora Isabel Arias, de no tener relación alguna con Clarion, esta Dirección no ha encontrado evidencia que niegue dicha manifestación".

b) Impertinencia de indicios

Omitiendo convenientemente información, Talingo ha presentado en el procedimiento indicios impertinentes que no han hecho más que entorpecer y dilatar la actuación de la autoridad administrativa.

Así, además del ofrecimiento del nombramiento del señor Dasso como indicio de concertación al que ya nos hemos referido, debemos mencionar la supuesta incorporación de una prima de control en el precio pagado por Clarion y Ross J. Beaty.

Talingo sostiene que el precio de S/. 8.20 por acción pagado el 11 de julio de 2007 es el "punto clave"⁸, calificándolo como el "único indicio necesario"⁹ de concertación y apoyando tal afirmación sólo en una valorización de parte. Según dicha valorización, al 30 de junio de 2007, el valor por acción no superaba los S/. 6.17¹⁰.

Sin embargo, deliberadamente, Talingo omite señalar que, en junio de 2007, intervino en una operación en la que vendió acciones a S/. 8.80 por acción, tal como consta en hecho de importancia de SIMSA del 11 de junio de 2007.

En la Apelación, Talingo sostiene que la operación que realizó "no es material para el mercado, en tanto se trató de un número irrisorio de acciones sin mayor relevancia". Precisamente, el que sea un número irrisorio de acciones sin mayor relevancia nos lleva a concluir que el precio pagado en esa oportunidad, S/. 8.80 por acción, no incluía prima

⁸ Escrito de Talingo del 20 de febrero de 2009, p. 23.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

de control. Nadie pagaría una prima por un paquete de acciones irrelevante. En esa línea, si S/. 8.80 por acción no incluía una prima de control, nadie mínimamente razonable puede afirmar que S/. 8.20 por acción sí incluía una prima, salvo Talingo en su afán de confundir a la autoridad y acomodar la realidad a sus intereses.

c) Presentación deliberada de documentación inexacta

En este punto, la mala fe con que se conduce Talingo se torna más evidente y alcanza los niveles de mayor gravedad.

i) Traducción de la oferta no vinculante de Chelyabinsk

La mala fe vinculada con el ofrecimiento como indicio de la oferta no vinculante de Chelyabinsk no se limita al hecho de haber conocido que la fecha indicada en ese documento era incorrecta, lo que se puede inferir del sospechoso silencio que ha guardado al respecto, sino también se manifiesta en la traducción de dicho documento.

Como demostró Clarion en su escrito del 20 de agosto de 2009, al que adjuntó una traducción certificada de la abogada y traductora María Rosario Ocampo Cayo, la traducción de la oferta no vinculante de Chelyabinsk que presentó Talingo tenía un error en la sección 5), referida a la opción de compra de acciones¹¹. Dicho error era evidente para cualquier persona con conocimientos mínimos del idioma inglés. Sin embargo, Talingo no sólo presentó dicha traducción errónea, sino que apoyó parte de su argumentación en ella, todo para hacerla coincidir con la trasnochada tesis de que, además de Clarion y Ross J. Beaty, White Peak y Orange Bay también eran parte de la concertación.

CONASEV 000014

¹¹ Según la inexacta traducción, la opción era para incrementar la participación "en un 50%+1", en lugar de "a un 50%+1", como debe traducirse "to 50%+1".

Ahora bien, es cierto que dicha traducción fue firmada por la Lic. María del Carmen Pizarro Sabogal y que Talingo podría argumentar que confió de buena fe en dicha traducción y no se percató del error.

Sin embargo, ello queda desvirtuado con el correo electrónico cuya copia adjuntamos al presente escrito y cuyos antecedentes detallamos a continuación.

Habiéndonos percatado del error en la traducción presentada por Talingo, nos contactamos con la Lic. Pizarro para hacerle notar la equivocación cometida. Luego de realizar la revisión y consultas del caso, la Lic. Pizarro reconoció su error y nos informó que había expedido una constancia rectificatoria y que la enviaría a los asesores legales de Talingo, para que a su vez ellos cumplan con presentarla ante todas las autoridades ante las que hubieran presentado la traducción errónea.

No obstante, en una respuesta insólita, los asesores legales de Talingo rechazaron la rectificación de la Lic. Pizarro, señalando que estaban "satisfechos con la traducción" y que no requerían "rectificación alguna", descalificando a la profesional en quien ellos mismos habían confiado para realizar la traducción. En esa línea, Talingo NUNCA presentó a CONASEV la rectificación preparada por la Lic. Pizarro.

De este modo, aun cuando el error en la traducción no haya sido cometido por Talingo¹², sí le es imputable que, habiendo sido informada del error por la Lic. Pizarro, no lo haya comunicado oportunamente a CONASEV, infringiendo el principio de conducta procedimental y los deberes previstos en el artículo 56° de la LPAG. Todo ello no puede tener otra finalidad

CONASEV 000015

¹² Nótese que en cualquier caso, Talingo es solidariamente responsable con la traductora, conforme al numeral 42.2 del artículo 42° de la LPAG.

CLARION HOLDING LTD. CORP.

que mantener en un estado de confusión a la autoridad administrativa.

En atención a lo anterior, solicitamos que la Dirección de Emisores de CONASEV cumpla con lo establecido en el numeral 41.2 del artículo 41° de la LPAG, conforme al cual las entidades están obligadas a la fiscalización posterior de los sucedáneos documentales presentados por los administrados, tales como la traducción de la oferta presentada por Talingo, iniciando las acciones correspondientes para que responda no sólo por haber presentado una traducción errónea, sino haber omitido comunicar la rectificación cuando fue informada de ello por la Lic. Pizarro.

ii) Traducción de declaraciones de Ross J. Beaty

En la Denuncia, Talingo ofreció como uno de los indicios la traducción de unas declaraciones del Ross J. Beaty, en las que supuestamente afirmaba que él sólo participaba en sociedades como accionista controlador, lo que sería inconsistente con su participación como accionista minoritario en SIMSA.

Al respecto, tanto los hechos¹³ como la traducción de la página web completa presentada por Clarion han demostrado que Talingo intentó sorprender a la autoridad administrativa, haciendo pasar por general una declaración de Ross J. Beaty que se refería únicamente a las sociedades en que él intervenía desde su constitución, es decir, como accionista fundador.

En otros términos, lo que verdaderamente declaró Ross J. Beaty es que él era accionista controlador en las sociedades en cuya fundación había intervenido y no en sociedades en marcha como SIMSA.

CONASEV 000016

El resumen de actos que evidencian la mala fe de Talingo nos lleva a concluir que la finalidad exclusiva de Talingo es confundir, inducir a error a la autoridad administrativa y dilatar la resolución de la tramitación de una denuncia cuya debilidad de sustento fue advertida por la Dirección de Emisores desde la primera vez que analizó los argumentos de Talingo.

Ciertamente, lo único que ha perseguido Talingo en estos años es entorpecer y alargar la tramitación del a Denuncia mediante el empleo de técnicas desleales, dado el escaso sustento del argumento de la actuación concertada.

POR TANTO:

Solicitamos a la Dirección de Emisores declarar improcedente la Apelación y, en caso la hubiera elevado a algún otro órgano, elevar también este escrito, a fin de que dicho órgano declare improcedente la Apelación, confirmando en todos sus extremos el archivamiento de la Denuncia.

Lima, 10 de mayo de 2010


Víctor Ostolaza Fernández Prada
Apoderado

CONASEV 000017

¹³ Ver p. 19 del Informe Archivamiento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02818

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

Miraflores, 21 de junio de 2010

MEMORANDUM N° 1479-2010-EF/94.04.1

AL : Señor Rodny Rivera Vía
Gerente General (e)

DEL : Señor Jorge Apoloni Quispe
Asesor Jurídico (e)

REF. : Expediente N° 2007036571

ASUNTO : Recurso de Apelación interpuesto por Talingo Corporation contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores.

Me dirijo a usted, a efectos de someter a su consideración la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica relacionada con el recurso de apelación interpuesto por el señor Rafael Picasso Salinas en representación de Talingo Corporation (en adelante TALINGO) contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, emitido por la Dirección de Emisores.

I. ANTECEDENTES.-

- 1.1 Mediante escrito del 28 de diciembre de 2007, TALINGO, titular del 22,36% del capital social de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante SIMSA) formuló denuncia contra Clarion Holding Limited Corporation (en adelante CLARION) y Ross James Beaty (en adelante ROSS BEATY) por la presunta toma de control de SIMSA, sin haber cumplido con la realización de una oferta pública de adquisición (en adelante OPA).
- 1.2 Con escrito del 04 de enero del 2008, TALINGO presentó una solicitud a la Dirección de Emisores de CONASEV, para que se conceda el acceso al expediente administrativo con la finalidad de conocer todos los documentos y medios de prueba que presenten los denunciados en sus descargos, así como la totalidad de documentos obtenidos como resultado de las diligencias de la Dirección de Emisores.
- 1.3 A través del escrito del 10 de enero del 2008, TALINGO ofreció diversos medios probatorios como exhibiciones, documentos, declaraciones testimoniales destinadas a comprobar la efectiva vulneración de la obligación legal de lanzar una OPA.
- 1.4 Mediante escrito del 16 de enero de 2008, TALINGO solicitó a la Dirección de Emisores que se le conceda una medida cautelar hasta que CONASEV resuelva definitivamente la denuncia y disponga: (i) la suspensión provisional de derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones de SIMSA pertenecientes a CLARION y ROSS BEATY; (ii) la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en sociedad anónima abierta.



- 1.5 A través del Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 del 28 de febrero de 2008, la Dirección de Emisores comunicó a TALINGO lo siguiente:

“...cumplimos con informarle que esta Dirección viene realizando de oficio las investigaciones pertinentes dentro del ejercicio de las facultades conferidas a efectos de determinar la existencia de la presunta infracción alegada a las normas que regulan la oferta pública de adquisición.

Sin perjuicio de lo anterior y con relación a su solicitud, le recordamos que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 –A del Reglamento de Sanciones, debemos indicar que el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte.”

- 1.6 Con escrito del 05 de marzo de 2008 TALINGO interpuso recurso de apelación contra el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 solicitando que se declare (i) la nulidad del acto administrativo por el superior jerárquico y (ii) se admitan todos los medios probatorios ofrecidos y su participación como terceros legitimados en el procedimiento administrativo.
- 1.7 Mediante Oficio N° 2950-2008-EF/94.01.2 del 25 de junio de 2008, la Gerencia General de CONASEV resolvió, entre otros: (i) Declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por TALINGO, (ii) Declarar que la Gerencia General no es competente para inaplicar normas legales que presuntamente sean incompatibles con la Constitución Política.
- 1.8 A través de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3 del 21 de julio del 2008, se declaró, entre otros:
- FUNDADA en parte la solicitud de TALINGO, disponiéndose la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION en número de 3 300 000 y a ROSS BEATY en número de 1 000 000 hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;
 - INFUNDADA la solicitud de TALINGO, en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de adaptarse a sociedad anónima abierta;
 - Disponer la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones mencionadas;
 - Disponer que CONASEV supervise la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que si fuera necesario poder variarla para que no pierda eficacia, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de SIMSA, que infrinja las normas de OPA;
 - Ordenar que la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente contra CLARION y ROSS BEATY.
- 1.9 Mediante escrito del 20 de Agosto del 2008, CLARION interpone recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3, solicitando que se disponga el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas.



- 1.10 Con escrito del 03 de octubre del 2008, ROSS BEATY interpone recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3, solicitando se revoque la medida cautelar concedida indebidamente.
- 1.11 Mediante Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 312-2008-EF/94.01.3 del 17 de octubre de 2008, se resolvió declarar improcedente la solicitud de TALINGO del 18 de agosto del 2008, para que el Tribunal Administrativo disponga que se reconozca a TALINGO lo siguiente: (i) los derechos que como tercero con legítimo interés goza en el referido procedimiento administrativo, y (ii) acceso al íntegro del expediente administrativo.
- 1.12 A través de la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 del 30 de julio del 2009, el Directorio de CONASEV declaró:
- INFUNDADO el recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3 presentado por ROSS BEATY;
 - FUNDADA en parte la apelación de CLARION, en el extremo de declarar la nulidad del artículo 5 de la resolución que ordena a la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra CLARION y ROSS BEATY.
- 1.13 Mediante Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 del 23 de abril de 2010, la Dirección de Emisores comunicó a TALINGO que con la información existente en este momento no existe verosimilitud en la comisión de una infracción a la normativa del mercado de valores que justifique el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra CLARIÓN y ROSS BEATY, por lo que se había dispuesto el archivo de la denuncia interpuesta.
- 1.14 Con escrito del 03 de mayo de 2010, TALINGO interpone recurso de apelación contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3.

TALINGO sustenta su recurso en las siguientes consideraciones:

Legitimidad de TALINGO para impugnar

- No se puede aplicar a TALINGO el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución CONASEV N° 55-2001-EF/94.10 (en adelante El Reglamento de Sanciones), puesto que el Tribunal Administrativo como el Directorio de la CONASEV han reconocido a TALINGO como parte del presente procedimiento, más aún, han señalado que TALINGO puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo, que entre otros aspectos, le permiten alegar, probar e impugnar.

La Dirección de Emisores no ha valorado correctamente el conjunto de indicios y pruebas ofrecidas por TALINGO



- SIMSA es una empresa familiar fundada por Don Jesús Arias Dávila, cuyo accionariado no está compuesto por personas naturales sino por personas jurídicas utilizadas como vehículos creados por los miembros de la familia Arias Vargas. En ese orden de ideas, la mayoría de directores de SIMSA a través del tiempo han sido y son, los hijos de Don Jesús Arias Dávila, lo que no podría explicarse si la familia Arias Vargas no controlara SIMSA.

En ese sentido, de acuerdo al artículo 6º del Reglamento de Grupo Económico la familia Arias Vargas ejerce el control de SIMSA, lo que ha sido comunicado por la propia empresa mediante el hecho de importancia del 01 de marzo de 2006.

La cadena de transferencias de las acciones de SIMSA permite concluir que TALINGO es controlada por Carolina Arias Vargas, que CLARION es controlada por Victoria Isabel Arias Vargas (en adelante ISABEL ARIAS) junto con Luz Evangelina Arias Vargas y que White Peak Resources Inc (en adelante WHITE PEAK) y Orange Bay Commercial Inc. (en adelante ORANGE BAY) son controladas por las hermanas Rocío y Mónica Arias Vargas. En orden de probar lo señalado, solicita que se levante el secreto bancario de CLARION, WHITE PEAK Y ORANGE BAY.

No resulta razonable pensar que los apoderados de las empresas accionistas de SIMSA no tengan conocimiento de quienes son los controladores de dichas personas jurídicas, por lo que han faltado a la verdad negando en sus declaraciones conocer a los verdaderos controladores de las empresas que representan.

- Respecto de la concertación entre CLARIÓN y ROSS BEATY, si bien dichas empresas no han logrado alcanzar de manera independiente un porcentaje igual o superior a alguno de los umbrales previstos en el Reglamento de OPA como hitos para la realización de una OPA, no es posible entender dichas compras como una simple coincidencia, sino que debe entenderse a la luz de la lectura conjunta de los indicios, como la consecuencia de un acuerdo entre ambas partes para tomar el control de SIMSA sin cumplir con la obligación de realizar una OPA.

La concertación entre los denunciados se comprueba con las gestiones entre ISABEL ARIAS y ROSS BEATY, por el simple hecho que la primera es accionista controladora de CLARION. En ese sentido, la presencia de ISABEL ARIAS en Credibolsa S.A.B el día de las operaciones fue la de llevar a cabo la concertación para la adquisición de las acciones de SIMSA, que había planeado anticipadamente con ROSS BEATY.

Respecto de los contratos de donación que celebró CLARION con 850 de trabajadores de SIMSA, existen inconsistencias entre los diversos representantes de CLARION para explicar por qué se celebraron dichos contratos, siendo poco creíble las razones altruistas esgrimidas por dicha empresa, porque a la fecha de las donaciones, las acciones transferidas no generaban utilidades, eran ilíquidas y de acuerdo al propio contrato de donación no podían transferirse en un plazo determinado.



CLARION ha mencionado en reiterados escritos que ellos buscaron la forma de bajar los quórums y mayorías de SIMSA, forzando la adaptación a sociedad anónima abierta. En ese sentido, para TALINGO las donaciones fueron parte de un plan que comenzaba con la actuación concertada del señor ROSS BEATY Y CLARION y culminaba con la toma de control absoluta de SIMSA al adaptarla a una sociedad anónima abierta, régimen societario bajo el cual los porcentajes de participación de los denunciados serían suficientes para el control absoluto de SIMSA.

➤ En cuanto a los indicios evaluados por la Dirección de Emisores, se desvirtúa cada una de las conclusiones del informe, señalando que:

- (i) En la medida que ISABEL ARIAS es CLARION, no cabe la menor duda de que ella misma es el nexo para la concertación entre CLARION y ROSS BEATY. Este indicio se convierte en hilo conductor de todos los demás indicios;
- (ii) Al momento de evaluar la diferencia de 14 segundos entre la adquisición de CLARION y ROSS BEATY debe tenerse en cuenta que ISABEL ARIAS es CLARION y que fue ella quien conversó y convenció a ROSS BEATY de que inviertan juntos en SIMSA. En ese sentido, no puede argumentarse que la orden de WHITE PEAK pudo haber calzado con cualquier otra orden de compra porque las acciones comunes de SIMSA sólo resultaban atractivas para los propios accionistas de dicha empresa;
- (iii) Respecto de la proximidad de los porcentajes adquiridos a efectos de alcanzar participación significativa, el informe debió considerar que el nexo para la compra de acciones de ROSS BEATY fue ISABEL ARIAS, es decir, el mismo CLARION y que desde hace un tiempo no existe consenso para la toma de decisiones entre las hermanas Arias, por lo que para CLARION era mucho más fácil buscar un nuevo inversionista que llegar a un acuerdo con otro accionista para tomar el control absoluto de SIMSA;
- (iv) En cuanto al precio pagado por las acciones comunes de SIMSA, el valor de dichas acciones no puede ser igual para uno de sus accionistas como para un tercero, puesto que el accionista estaría pagando para obtener el control de la sociedad, mientras que un tercero tendría en cuenta que la sociedad está sometida a un régimen de supermayorías, que la misma no reparte utilidades y que sus acciones son ilícitas. En ese sentido, un inversionista sofisticado como ROSS BEATY sabría que las acciones comunes de SIMSA no valían S/. 8.20 sino probablemente menos, como indica el informe presentado por TALINGO, por lo que la compra sólo se explica si ROSS BEATY sabía que algo pasaría en SIMSA;
- (v) Respecto de la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, la misma se produce como consecuencia de la donación de un paquete de acciones por parte de CLARION a un grupo de trabajadores de la empresa, conducta que no encuentra sustento en el carácter altruista esgrimido por CLARION, sino en la intención de adaptar SIMSA en una sociedad anónima abierta para que los adquirentes pudiesen obtener el control absoluto de la empresa. Debe recordarse que



CLARION no podía tomar acuerdos con los demás accionistas, por lo que requería de un tercero para tomar el control de la empresa.

La decisión de archivar la denuncia es manifiestamente contraria a principios constitucionales

- Tanto el Tribunal Administrativo como el Directorio de CONASEV han determinado la calidad de parte con legítimo interés del denunciante, por lo que la Dirección de Emisores actuó de manera arbitraria, cuando:
 - (i) No permitió a TALINGO acceder al expediente sino hasta la parte final de la etapa inductiva;
 - (ii) No permitió al denunciante aportar pruebas;
 - (iii) No consideró a TALINGO para la toma de las declaraciones testimoniales;
 - (iv) No reconoció su calidad de parte antes del inicio del procedimiento sancionador. Respecto a este último punto sostiene que el interés de TALINGO no se activa con el inicio del sancionador sino que involucra todas las actuaciones que se relacionan directa o indirectamente con éste, en todo momento y a cualquier nivel, finaliza señalando que el derecho a un debido procedimiento garantiza el derecho de defensa de los intereses de los administrados, por lo que TALINGO tenía derecho a ejercer en todo momento la defensa de sus intereses legítimos a través de la probanza de sus alegaciones y la igualdad procesal.

- La normativa actual y la doctrina establecen que en la etapa de instrucción del procedimiento se realizan las actuaciones para estudiar los hechos y determinar la responsabilidad de los presuntos infractores, no obstante, la Dirección de Emisores actuó de manera arbitraria, pues sin haber iniciado formalmente el procedimiento administrativo, realizó actuaciones propias de la instrucción del procedimiento, a las cuales no dejó acceder a TALINGO, asimismo, cita diversa jurisprudencia y doctrina para sostener que el procedimiento sancionador debe llevarse a cabo con la intervención y audiencia de los implicados, para que puedan practicarse pruebas de cargo y de descargo sobre la realidad de los hechos denunciados.

- La Dirección de Emisores no sólo ha vulnerado el derecho de defensa (parte del principio de debido procedimiento) sino también otros principios como el de imparcialidad y consecuentemente el de igualdad. En ese sentido, la Dirección de Emisores se encontraría predispuesta a favor de determinados particulares en la presente controversia.

- La Dirección de Emisores ha actuado arbitrariamente ya que la discrecionalidad de la administración para iniciar o no un procedimiento sancionador se encuentra limitada por la motivación y en el presente caso, la motivación para archivar el presente procedimiento carece de toda lógica jurídica y es contraria al ordenamiento en materia de valores.



1.15 Mediante escrito del 10 de mayo de 2010, CLARION absuelve el recurso de apelación interpuesto por TALINGO, solicitando que la Dirección de Emisores u otro órgano correspondiente, declare improcedente el recurso y confirme en todos sus extremos el archivamiento de la denuncia. CLARION sustenta su solicitud en las siguientes consideraciones:

TALINGO no tiene condición de parte en el procedimiento y no puede impugnar el archivamiento de la denuncia

- El artículo 10 A del Reglamento de Sanciones, en la línea con los artículos 105° y 235° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante la LPAG) establece con toda claridad que el administrado que formula una denuncia por infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861 y sus modificatorias (en adelante la LMV), así como sus normas reglamentarias no adquiere la condición de sujeto del procedimiento sancionador que podría iniciarse contra el denunciado.
- TALINGO cita fuera de contexto algunos considerandos de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3 y de la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 con el fin de sustentar que la Dirección de Emisores actuó de manera arbitraria al no reconocerle su calidad de parte, cuando las resoluciones mencionadas tienen por objeto pronunciarse exclusivamente sobre el pedido cautelar de TALINGO y no sobre su condición de parte en el procedimiento, razón por la cual no existe mención alguna sobre tal condición en la parte resolutive de dichas resoluciones.
- CONASEV a través de sus órganos competentes (Dirección de Emisores y Gerencia General) ya se ha pronunciado respecto de los derechos de TALINGO derivados de la denuncia, rechazando su reconocimiento como parte del procedimiento.

La mala fe de TALINGO

- TALINGO ha obrado con una evidente mala fe, incumpliendo lo previsto en el artículo 56° de la LPAG que establece, entre otros, el deber de abstenerse de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, solicitar actuaciones meramente dilatorias, así como el de confirmar previamente a su presentación la autenticidad de la documentación sucedánea.
- La mala fe de TALINGO se demuestra en los siguientes actos:
 - (i) Contradicción en sus declaraciones en relación con los sujetos concertados, el nombramiento de Andrés Dasso como director de SIMSA y la oferta no vinculante de Chelyabinsk Zinc Plant (en adelante CHELYABINSK);
 - (ii) Impertinencia de indicios que no han hecho más que entorpecer y dilatar la actuación de la autoridad administrativa y;



- (iii) Presentación deliberada de documentación inexacta, como la traducción de la oferta no vinculante de CHELYABINSK y la traducción de alguna de las declaraciones de ROSS BEATY.

- 1.16 Mediante escrito del 21 de mayo de 2010, CLARION reitera que el recurso de apelación interpuesto por TALINGO debe ser declarado improcedente y solicita que CONASEV respete el principio de cosa decidida, que forma parte del principio del debido procedimiento, de acuerdo al cual no es posible que CONASEV modifique su decisión respecto a que TALINGO no tiene la condición de parte en la etapa indagatoria y que sus derechos en esta etapa se limitan a ser notificado de la decisión que se adopte con relación a su denuncia, excluyendo la posibilidad de impugnar esta última decisión.
- 1.17 Mediante escrito del 25 de mayo de 2010, TALINGO contesta los argumentos de CLARION, en el extremo referido a la traducción de la oferta de compra de CHELYABINSK. Sobre el particular, señala que CLARION intenta confundir a CONASEV, pues independientemente de la fecha del documento traducido, lo relevante es que ISABEL ARIAS recibió una oferta para adquirir el control de SIMSA, que tenía como requisito la reducción del quórum y las mayorías estatutarias. Por otro lado, TALINGO niega haber presentado una traducción falsa y señala que la misma fue realizada por una profesional de seria y reconocida trayectoria. En ese sentido, precisa que no presentó rectificación alguna porque estaba conforme con la traducción y confiaba en el trabajo realizado por la profesional antes señalada. Finalmente, alega que fue CLARION quien actuó de mala fe al solicitar una rectificación a la traductora contratada por TALINGO, pues si consideraba que dicha traducción no resultaba correcta, entonces debió presentar su propia traducción de parte.
- 1.18 Mediante escrito del 26 de mayo de 2010, TALINGO presenta alegatos adicionales con el fin de desvirtuar los argumentos señalados por CLARION en su escrito del 10 de mayo último. Dichos argumentos son los siguientes:
- Sobre la condición de parte de TALINGO en el procedimiento administrativo, el Tribunal Administrativo y el Directorio de CONASEV han reconocido la calidad de parte de TALINGO en el presente procedimiento. En primer lugar, el Tribunal Administrativo ha inaplicado el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones para el trámite de la denuncia interpuesta por TALINGO. En segundo punto, la nulidad parcial dispuesta por el Directorio de ninguna manera invalida el razonamiento por el cual el Tribunal Administrativo reconoció a TALINGO todos los derechos de parte en este procedimiento.
 - Sobre la Mala fe de CLARION:
 - (i) Sujetos concertados, la inacción de WHITE PEAK y ORANGE BAY lleva a pensar que han tenido algún tipo de acuerdo con CLARION en relación a la toma de control de SIMSA. Sostener que la familia Arias Vargas controla SIMSA no implica una contradicción, sino que por el contrario reafirma la concertación entre CLARION y ROSS



BEATY, puesto que ISABEL ARIAS resulta ser controladora de CLARION;

- (ii) Nombramiento de Andres Dasso como Director de SIMSA, se dejó de tomar en consideración este indicio pues el mismo no ayudaba a probar la concertación denunciada;
- (iii) Prima de Control, TALINGO no oculta que en junio de 2007 participó en una operación en la que vendió un pequeño paquete de acciones a S/ 8.80. Sin embargo, dicha operación nunca tuvo por finalidad la toma de control de SIMSA, hecho que la diferencia de la compra realizada por CLARION;
- (iv) Traducción de las declaraciones de ROSS BEATY, independientemente de que ROSS BEATY haya declarado o no que usualmente es accionista controlador de algunas empresas en las que realiza sus inversiones, lo importante es analizar porque un inversionista sofisticado como ROSS BEATY ingresa a una empresa comprando unas acciones ilíquidas y pagando un precio exagerado.

1.19 Mediante escrito del 3 de junio de 2010, ROSS BEATY solicita que se declare improcedente el recurso de apelación interpuesto por TALINGO. La mencionada solicitud se sustenta en los siguientes argumentos:

De las Actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador

- De acuerdo con el artículo 235° de la LPAG y el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones la sola interposición de una denuncia ante la CONASEV no da lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
- Del artículo 235° de la LPAG se desprende que resulta imprescindible que los órganos instructores realicen actuaciones previas a fin de determinar si concurren circunstancias que justifiquen o no el inicio del procedimiento. Dichas actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador, por lo tanto nos encontramos frente a actuaciones previas cuya finalidad es determinar si corresponde o no su iniciación.

Del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones y los derechos del Denunciante

- El sexto párrafo del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones establece que el denunciante no tiene derecho a exigirle a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte y le prohíbe impugnar las decisiones de los órganos instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, así como las decisiones de los órganos sancionadores, una vez iniciado éste.
- La Dirección de Emisores y la Gerencia General han resuelto que el denunciante no está habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho de parte. Por otro lado, mediante Resolución N° 312-2008-EF/94.01.3 de fecha 17 de octubre de 2008, el Tribunal Administrativo



declaró improcedente la solicitud de TALINGO para que se le reconozcan derechos de parte en el procedimiento.

De la inaplicación del sexto párrafo del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones y los supuestos efectos que ello generaría

- En mérito de lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3, dicho órgano colegiado ordenó a la Dirección de Emisores que inicie el procedimiento administrativo sancionador en contra de TALINGO, asimismo, basándose en el supuesto interés que el denunciante tendría dentro del procedimiento, en el considerando 25 de la misma resolución determinó que no resultaba de aplicación a TALINGO lo señalado en el sexto párrafo del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones.
- El Tribunal Administrativo, al sostener que no resultaba de aplicación lo señalado en el sexto párrafo del artículo 10 A del Reglamento de Sanciones, buscaba cautelar los intereses de TALINGO dentro del procedimiento sancionador a iniciarse. Sólo después del inicio formal del procedimiento sancionador, el Tribunal administrativo podría haber incorporado a TALINGO al procedimiento. En la medida que no se ha iniciado procedimiento sancionador contra los denunciados, TALINGO no tiene calidad de parte y por ello no puede impugnar la decisión de archivar su denuncia.

De los efectos de la nulidad parcial de la resolución del Tribunal y los efectos sobre la supuesta inaplicación del sexto párrafo del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones

- De acuerdo con lo señalado en el artículo 13.1 de la LPAG el alcance de la nulidad parcial se extiende a aquellos actos accesorios o con los cuales existe una relación de interdependencia, por lo tanto, al haberse declarado nulo lo resuelto por el Tribunal Administrativo en lo que respecta al inicio del procedimiento sancionador, ha devenido en nula la inaplicación de parte del sexto párrafo del artículo 10-A del Reglamento de Sanciones concedida a TALINGO.

II ANÁLISIS.-

En primer lugar, debemos señalar que de acuerdo al artículo 7° de la LMV, CONASEV es la institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de las disposiciones contenidas en dicha Ley.

En concordancia con lo señalado, el artículo 2° literal a) del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de CONASEV, aprobado por Decreto Ley N° 26126 (en adelante, la Ley Orgánica) establece que son funciones de CONASEV la de "Estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores y controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen en dicho mercado."



En ese sentido, la potestad sancionadora de la CONASEV se sujeta a los principios del procedimiento sancionador establecidos en la LPAG y se ejerce con arreglo a las normas establecidas en su Reglamento de Sanciones, cuyas características son similares a las establecidas en la LPAG.

Al respecto, el artículo 1º del Reglamento de Sanciones establece lo siguiente:

“Artículo 1º FINALIDAD DEL REGLAMENTO

El presente Reglamento regula el procedimiento sancionador y establece las sanciones por las infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, Ley de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como a sus normas reglamentarias.” (Resaltado nuestro).

En el presente caso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105º de la LPAG¹ y el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones², TALINGO interpuso denuncia contra CLARION y ROSS BEATY por una presunta toma de control de SIMSA.

¹ Artículo 105.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contratos al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.

² Artículo 10 A.- DE LA RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS

El procedimiento sancionador en CONASEV se inicia de oficio con la notificación que el Órgano Instructor cursa al posible sancionado informándole de este hecho y formulándole el o los cargos respectivos con los requisitos que establece la ley. Se tramita de manera independiente a cualquier otro procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, todo administrado está facultado para denunciar ante los Órganos Instructores aquellos hechos que conociera que pudieran constituir infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, Ley de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como a sus normas reglamentarias, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto en el procedimiento.

Los Órganos Instructores realizarán las indagaciones preliminares sobre la denuncia presentada, dentro de la fase reservada de la investigación, para lo cual podrán solicitar a los administrados denunciados que les remitan la información referida al caso denunciado. El órgano instructor, en tales casos le otorgará como plazo mínimo para la remisión de la información cinco días (5) y como máximo quince (15) días a partir de la notificación de la solicitud. El plazo puede ser prorrogado por los Órganos Instructores, dependiendo de la dificultad del caso.

La formulación de una denuncia no obliga a los Órganos Instructores a iniciar el procedimiento sancionador. En caso no procediera la iniciación del procedimiento, los Órganos Instructores deberán comunicar este hecho al denunciante.

El denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, tales como pedir la actuación de pruebas, solicitar informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores sea durante las actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador, como una vez iniciado éste.

Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador.



Como consecuencia de la referida denuncia, la Dirección de Emisores realizó las indagaciones preliminares necesarias y concluyó que no existía verosimilitud de la comisión de una infracción. En ese sentido y de acuerdo al marco normativo referido, comunicó a TALINGO el archivo de su denuncia mediante Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3.

Al amparo del artículo 209° de la LPAG, TALINGO interpuso recurso de apelación contra el mencionado acto de archivo, solicitando que la Gerencia General declare nulo el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 y de todo lo actuado hasta la fecha.

En ese sentido, resulta claro que el recurso de apelación debe ser examinado teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la LPAG y el Reglamento de Sanciones. Sin embargo, antes de evaluar los argumentos de fondo esgrimidos por TALINGO, corresponde determinar el órgano competente para resolver el presente recurso y el cumplimiento de los requisitos de procedencia establecidos por la LPAG.

2.1 Órgano competente

De acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF³ (en adelante el ROF) la Dirección de Emisores es el órgano encargado de ejecutar las competencias de CONASEV respecto de los emisores y ofertas públicas. Entre dichas competencias se incluye la facultad de investigar prácticas y conductas que atenten contra la integridad y transparencia de los mercados.

Asimismo, el último párrafo del citado artículo precisa que la Dirección de Emisores depende jerárquica y funcionalmente de la Gerencia General.

Por su parte, el artículo 36° literal i) del ROF faculta a la Dirección de Emisores para:

“Desestimar, de acuerdo a ley, las denuncias o reclamos contra los supervisados, cuando de las diligencias preliminares se haya determinado que no procede iniciarse un procedimiento administrativo sancionador ni emitir mandato por parte de CONASEV u otra acción administrativa;”

El Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, materia de cuestionamiento, ha sido emitido por la Dirección de Emisores en el marco de sus funciones y durante la etapa indagatoria en la cual se realizan diversas actuaciones a fin de verificar si efectivamente podría encontrarse frente a la posible comisión de infracciones al ordenamiento jurídico del mercado de valores, para luego determinar, de ser el caso, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Respecto de las facultades del Gerente General, el artículo 16° literal a) de la Ley Orgánica, establece entre sus facultades la de:

³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el sábado 31 de marzo de 2007.



“Dirigir, coordinar, supervisar y controlar las acciones de los diferentes órganos de la Comisión, en concordancia con la política, objetivos y metas aprobadas por el Directorio.” (Resaltado nuestro)

Asimismo, en el literal l) del mismo artículo se señala que son funciones del Gerente General: *“las demás que le señalen la ley o los reglamentos o le acuerde el Directorio”.*

En concordancia con lo citado, el artículo 9º del ROF de CONASEV establece como funciones del Gerente General las siguientes:

“a. Dirigir, coordinar, supervisar y controlar las acciones de los diferentes órganos de CONASEV, en concordancia con la política, objetivos y metas aprobadas por el Directorio.

(...)

l. Pronunciarse, en última instancia administrativa, sobre los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos emitidos por los órganos de CONASEV, con excepción de las resoluciones y pronunciamientos del Directorio y/o Tribunal Administrativo, siempre que medie delegación del Directorio. (Resaltado nuestro)”.

En ese orden de ideas y en concordancia con el artículo 209º de la LPAG, el recurso de apelación debe ser resuelto por el superior jerárquico, es decir, por el Gerente General.

2.2 De los requisitos de procedencia

a) **De los requisitos de forma:**

De la evaluación efectuada, el recurso de apelación cumple con los requisitos de forma establecido en los artículos 113º, 207.2º, 209º y 211º de la LPAG⁴, pues

⁴ Artículo 113.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

Artículo 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.



ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días de notificado, se encuentra fundamentado y fue autorizado por letrado.

b) De la Condición del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador:

A continuación corresponde determinar si TALINGO está facultado para interponer el presente recurso administrativo. Es importante resaltar que dicha evaluación no implica un pronunciamiento sobre el fondo del recurso sino sobre la capacidad de TALINGO para contradecir los actos de la administración en el presente caso.

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 105° de la LPAG no reconoce al denunciante como sujeto del procedimiento administrativo sancionador, limitándose a establecer que el rechazo de la denuncia debe ser motivada y comunicada al denunciante, si estuviere individualizado. En ese sentido, si bien el ejercicio de la acción punitiva por parte del Estado resulta discrecional no puede ser arbitraria, por lo que la LPAG, en línea con los derechos consagrados en la Constitución Política del Perú, exige que la administración sustente debidamente el rechazo de las denuncias interpuestas por los administrados.

Por su parte, el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones señala que el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad ningún derecho procesal de parte ni antes ni durante el procedimiento sancionador. De manera adicional, el último párrafo del mencionado dispositivo establece que:

“Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador.”

En este punto es necesario señalar que la doctrina comparada reconoce la existencia del denominado “denunciante cualificado” que ostenta un interés legítimo y directo por haber sido presuntamente perjudicado por los ilícitos administrativos denunciados. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico nacional no reconoce tal figura⁵.

Ahora bien, TALINGO sostiene que tanto el Tribunal Administrativo como el Directorio de CONASEV han reconocido la calidad de parte de su representada en el presente procedimiento, por lo que la Dirección de Emisores habría actuado arbitrariamente al no reconocerles dicha calidad.

En ese orden de ideas, TALINGO sostiene que la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3 dispuso el inicio del

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.

⁵ De acuerdo al Procedimiento Sancionador Especial aprobado por la Resolución CONASEV N° 008-2009-EF/94.01.1, sólo los comitentes afectados por las infracciones cometidas por sociedades agentes de bolsa están facultados para impugnar el inicio o no del procedimiento sancionador.



procedimiento sancionador y la inaplicación del artículo 10 A del Reglamento de Sanciones para el presente procedimiento.

Respecto de dichos argumentos debemos señalar que las resoluciones sobre las que TALINGO sustenta su calidad de parte fueron emitidas en el marco de una medida cautelar solicitada por dicho administrado y que sus efectos se circunscriben a dicha medida cautelar y no pueden extenderse a la investigación principal.

Por otro lado, si bien el Tribunal Administrativo ordenó que la Dirección de Emisores diera inicio al procedimiento sancionador, no se desprende de la parte resolutive del mencionado acto administrativo que hubiese inaplicado formalmente el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones.

Ahora bien, podría argumentarse que la orden de iniciar el procedimiento sancionador implicaba la inaplicación del artículo 10 A del Reglamento de Sanciones a favor de TALINGO y por tanto, el reconocimiento de los derechos de parte del denunciante en el procedimiento sancionador a iniciarse, sin embargo, el artículo 2° de la Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 declaró NULO el extremo de la Resolución del Tribunal Administrativo antes mencionada, por lo que no resulta posible argumentar que en la actualidad TALINGO ostente derechos de parte en un procedimiento sancionador que nunca llegó a iniciarse.

Respecto del inicio del procedimiento sancionador, TALINGO sostiene que la Dirección de Emisores ha venido realizando actuaciones propias de la instrucción del procedimiento, sin haber iniciado formalmente el procedimiento. Sin embargo, dicha apreciación es equivocada, puesto que la Dirección de Emisores se ha limitado a determinar la verosimilitud de los hechos denunciados por TALINGO, realizando las actuaciones que consideraba necesarias dentro de la fase previa del procedimiento sancionador, actuaciones que encuentran sustento en el artículo 235° numeral 2) de la LPAG⁶.

Por otro lado, TALINGO sostiene que se han vulnerado sus derechos en la tramitación de la denuncia al habersele negado acceso pleno al expediente y rechazado las pruebas de cargo que presentó a la Dirección de Emisores. Sin embargo, dicha afirmación también resulta equivocada, pues en estricto cumplimiento del artículo 10 A° del Reglamento de Sanciones y el artículo 105° de la LPAG, la Dirección de Emisores investigó los hechos denunciados en la fase de indagaciones preliminares que de acuerdo al mencionado marco reglamentario es de carácter reservado, elaboró un informe sobre la denuncia interpuesta (Informe Interno N° 253-2010-EF/94.06.3 que analiza cada uno de los indicios presentados por TALINGO) y finalmente comunicó el archivo de la

⁶ Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.



denuncia a TALINGO, por lo que en nuestra opinión, la tramitación de la denuncia, así como el correspondiente archivo, han observado debidamente las normas aplicables.

En consecuencia, debido a que el acto de trámite contenido en el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 no produce efectos lesivos y no se encuentra en ninguna de las causales de nulidad, por haber sido emitido con arreglo a la LPAG y el Reglamento de Sanciones, el recurso de apelación interpuesto por TALINGO deviene en improcedente.

Finalmente, se debe señalar que en el presente expediente administrativo obra la impugnación formulada por TALINGO contra la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 la misma que fue declarada improcedente mediante Oficio N° 2950-2008-EF/94.01.2 del 25 de junio de 2008 de la Gerencia General, sustentado en el Memorandum N° 1758-2008-EF/94.04.1 emitida por la Oficina de Asesoría Jurídica, la cual se encuentra consentida al no haber sido objeto de impugnación administrativa y/o judicial alguna, cuya pretensión es idéntica a la presente impugnación, con respecto a la condición de denunciante de TALINGO y su legitimidad para impugnar las decisiones que de ella deriven.

2.3 De los argumentos de fondo:

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, no corresponde emitir pronunciamiento sobre los argumentos de fondo, pues de acuerdo con el marco normativo vigente, las decisiones sobre el inicio del procedimiento sancionador son inimpugnables por lo administrados.

III CONCLUSIONES.-

- 3.1 Los órganos colegiados de CONASEV no han inaplicado formalmente el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones para el presente caso, por lo que TALINGO no ha ostentado ningún derecho de parte en la fase de indagatorias preliminares a cargo de la Dirección de Emisores.
- 3.2 El denunciante, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 A° del Reglamento de Sanciones y artículo 105° de la LPAG, no se encuentra habilitado para ser considerado sujeto del procedimiento administrativo sancionador, por tanto, no está legitimado para impugnar la decisión de la autoridad administrativa respecto del inicio o no del procedimiento sancionador.

IV. RECOMENDACIÓN.-

El recurso de apelación interpuesto por TALINGO contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores debe ser declarado improcedente.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

02834

Atentamente,

Signed by: JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Signing time: Friday, June 25 2010, 15:1:58 GMT

Jorge Apoloni Quispe
Asesor Jurídico (e)⁷

Signed by: ANGEL ESTUARDO VALLADARES PANAIFO
Signing time: Monday, June 21 2010, 22:41:2 GMT

⁷ Mediante Memorandum N° 1083-2010-EF/94.01.2 del 10 de mayo de 2010 se encargó al suscrito las funciones de Asesor Jurídico en el presente expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

02825

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

Miraflores, 30 de junio de 2010

OFICIO N° 2650-2010-EF/94.01.2

Señor

Rafael Picasso Salinas

TALINGO CORPORATION

Av. De la Floresta N° 497- Piso 5.

San Borja.-

Ref.: Expediente N° 2007036571

De mi consideración:

Me dirijo a usted con relación al recurso de apelación interpuesto por su representada contra la declaración contenida en el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, emitido por la Dirección de Emisores que resolvió la denuncia formulada por Talingo Corporation (en adelante TALINGO) contra Clarion Holding Limited Corporation (en adelante CLARION) y el señor Ross James Beaty (en adelante ROSS BEATY) por presunta infracción de la obligación de realizar una oferta pública de acciones mediante la adquisición de acciones comunes emitidas por la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante SIMSA).

Al respecto, le comunico que este Despacho ha resuelto, atendiendo la opinión legal contenida en el Memorandum N° 1479-2010-EF/94.04.1 emitida por la Oficina de Asesoría Jurídica, declarar improcedente su recurso de apelación, conforme a las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105° de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹, Ley N° 27444 (en adelante la LPAG) y el artículo 10 A del Reglamento de Sanciones² aprobado por Resolución CONASEV

¹ Artículo 105.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contratos al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.

Artículo 10 A.- DE LA RECEPCIÓN Y TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS

El procedimiento sancionador en CONASEV se inicia de oficio con la notificación que el Órgano Instructor cursa al posible sancionado informándole de este hecho y formulándole el o los cargos respectivos con los requisitos que establece la ley. Se tramita de manera independiente a cualquier otro procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, todo administrado está facultado para denunciar ante los Órganos Instructores aquellos hechos que conociera que pudieran constituir infracciones a la Ley del Mercado de Valores, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Ley sobre Bolsa de Productos, Ley de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, así como a sus normas reglamentarias, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto en el procedimiento.

Los Órganos Instructores realizarán las indagaciones preliminares sobre la denuncia presentada, dentro de la fase reservada de la investigación, para lo cual podrán solicitar a los administrados denunciados que les remitan la información referida al caso denunciado. El órgano instructor, en tales casos le otorgará como plazo mínimo para la remisión de la información cinco días (5) y como máximo quince (15) días a partir de la notificación de la solicitud. El plazo puede ser prorrogado por los Órganos Instructores, dependiendo de la dificultad del caso.

Av. Santa Cruz 315 Miraflores

Central : 610-6300

www.conasev.gob.pe



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

00000

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

Nº 055-2001-EF/94.10 (en adelante el Reglamento de Sanciones) su representada interpuso denuncia contra CLARION y ROSS BEATY por una presunta toma de control de SIMSA. De acuerdo con el mencionado marco normativo, la Dirección de Emisores realizó las indagaciones preliminares necesarias y concluyó que no existía verosimilitud de la comisión de una infracción, por lo que comunicó a TALINGO el archivo de su denuncia, sustentándose en el Informe Interno Nº 253-2010-EF/94.06.3 (que analiza cada uno de los indicios presentados por TALINGO).

2. Sobre el trámite de dicha denuncia, el artículo 105.1º de la LPAG no reconoce al denunciante como sujeto del procedimiento administrativo sancionador, limitándose a establecer que el rechazo de la denuncia debe ser motivada y comunicada al denunciante, si estuviere individualizado. Por su parte, el penúltimo párrafo del artículo 10 A del Reglamento de Sanciones establece que el denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad ningún derecho procesal de parte ni antes ni durante el procedimiento sancionador. De manera adicional, el último párrafo del mencionado dispositivo establece que: *"Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador."*
3. En consecuencia, de acuerdo con el marco normativo antes glosado, no resulta posible que los administrados cuestionen las decisiones de la administración respecto del inicio de un procedimiento sancionador. Sin embargo, en el presente caso, su representada sostiene que tanto el Tribunal Administrativo de CONASEV como el Directorio de esta Comisión Nacional le han reconocido la calidad de parte en el presente procedimiento. En ese orden de ideas, sostiene que la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV Nº 206-2008-EF/94.01.3 no sólo dispuso el inicio del procedimiento sancionador sino también la inaplicación del artículo 10 A del Reglamento de Sanciones para el presente procedimiento.

Sobre dichos argumentos, debo señalar que las resoluciones sobre las que su representada sustenta su calidad de parte fueron emitidas en el marco de una medida cautelar solicitada por la propia empresa, por lo que sus efectos se circunscriben a dicha medida cautelar y no pueden extenderse a la investigación principal. De manera adicional, debo precisar que si bien la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV Nº 206-2008-EF/94.01.3 realiza una evaluación de los posibles derechos de TALINGO como parte del procedimiento sancionador, no dispone en su parte resolutive la inaplicación del artículo 10 A del Reglamento de Sanciones para el presente caso, limitándose a ordenar que la Dirección de Emisores inicie procedimiento administrativo sancionador contra CLARION y ROSS BEATY, extremo que fue declarado NULO por el artículo 2º de la Resolución

La formulación de una denuncia no obliga a los Órganos Instructores a iniciar el procedimiento sancionador. En caso no procediera la iniciación del procedimiento, los Órganos Instructores deberán comunicar este hecho al denunciante.

El denunciante no se encuentra habilitado para exigir a la autoridad administrativa ningún derecho procesal de parte, tales como pedir la actuación de pruebas, solicitar informes orales o requerir acciones de los Órganos Instructores sea durante las actuaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador, como una vez iniciado éste.

Las decisiones de los Órganos Instructores sobre el inicio o no del procedimiento sancionador, o de los Órganos Sancionadores una vez iniciado éste, no podrán ser impugnadas por el denunciante al no tener éste la calidad de sujeto del procedimiento sancionador.



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

02897

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1. En ese sentido, no resulta posible argumentar que en la actualidad TALINGO ostente derechos de parte en el presente procedimiento.

4. De manera adicional, su representada sostiene que la Dirección de Emisores ha venido realizando actuaciones propias de la instrucción del procedimiento, sin haber iniciado formalmente el procedimiento. Sin embargo, dicha apreciación es equivocada, puesto que la Dirección de Emisores se ha limitado a determinar la verosimilitud de los hechos denunciados por TALINGO, realizando las actuaciones que consideraba necesarias dentro de la fase previa del procedimiento sancionador, actuaciones que encuentran sustento en el artículo 235° numeral 2) de la LPAG³.
5. Finalmente, debo señalar que en el presente expediente administrativo obra la impugnación formulada por TALINGO contra la declaración contenida en el Oficio N° 987-2008-EF/94.06.3 la misma que fue declarada improcedente mediante Oficio N° 2950-2008-EF/94.01.2 del 25 de junio de 2008 de la Gerencia General, sustentado en el Memorándum N° 1758-2008-EF/94.04.1 emitida por la Oficina de Asesoría Jurídica, la cual se encuentra consentida al no haber sido objeto de impugnación administrativa y/o judicial alguna, cuya pretensión es idéntica a la presente impugnación, con respecto a la condición de denunciante de TALINGO y su legitimidad para impugnar las decisiones que de ella deriven.

En consecuencia, debido a que el acto contenido en el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 ha sido emitido con arreglo a la LPAG y el Reglamento de Sanciones y por tanto no se encuentra en ninguna de las causales de nulidad, el recurso de apelación interpuesto por su representada deviene en improcedente.

Sin otro particular, quedo de usted,



Atentamente

Rodny Rivera Via
Gerente General (e)⁴

³ Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:
(...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que ^{Justifiquen su} iniciación.

⁴ Mediante Memorándum N° 015-2010-EF/94.01.1 del 05 de mayo de 2010 se encargó al suscrito las funciones de Gerente General en el presente expediente administrativo.

Miraflores, 26 de febrero de 2008

INFORME N° 164-2008-EF/94.06.3

A : Sr. Carlos Rivero Zevallos – Gerente General (e)
De : Sra. Yvonka Hurtado Cruz – Directora de Emisores
Asunto : *Solicitud de medida cautelar de (i) suspensión de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. de titularidad de Clarion Holding Ltd. y el señor Ross J. Beaty; y (ii) la suspensión de la obligación de la empresa emisora a adecuarse como sociedad anónima abierta.*
Referencia : Expediente N° 2007036571

El presente informe analiza las operaciones de compra de acciones comunes emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA) llevadas a cabo por el señor Ross J. Beaty (en adelante, el señor Beaty) y la empresa Clarion Holding Ltd. (en adelante, CLARION), en supuesta infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), así como de los artículos 4 y 6 del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, REGLAMENTO), adquisiciones que, según alega Talingo Corporation (en adelante, TALINGO), habrían sido efectuadas de manera conjunta y concertada a efectos de obtener una participación de 50.06% en el capital social de SIMSA.

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 28 de diciembre de 2007, TALINGO, en su calidad de titular del 22.36% del capital social de SIMSA, interpuso una denuncia contra CLARION y el SEÑOR BEATY por presunta infracción a los artículos 68 de la LMV y 4 y 6 del REGLAMENTO (en adelante, DENUNCIA), siendo sus principales argumentos los siguientes:
 - Con fecha 11 de julio de 2007, CLARION adquirió en bolsa tres millones (3 300 000) de acciones comunes emitidas por SIMSA, con lo cual incrementó su participación de 44.81% a 48.84563% del capital social de la referida empresa. Por su parte, en la misma fecha, y con una diferencia temporal de catorce (14) segundos, el SEÑOR BEATY adquirió un millón (1'000,000) de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose en titular del 1.224295% del capital social de SIMSA. De este modo, ambas personas habrían adquirido de forma conjunta el 50.06% de acciones emitidas por SIMSA, y con ello, el control de la empresa.
 - Al realizarse la adquisición por parte de CLARION, los señores Isabel Arias de Millership y Víctor Ostolaza, ambos directores de SIMSA, habrían instruido al señor Andrés Milla, gerente general de Credibolsa S.A.B. (en adelante, CREDIBOLSA), sociedad agente que intervino en la transacción, a efectos que se comunique telefónicamente con el SEÑOR BEATY, y de esa forma, concretar la adquisición concertada del 1.224295% del capital social de SIMSA.

- Existe una vinculación entre CLARION y el SEÑOR BEATY, siendo un indicio de dicha vinculación el que en la Junta Obligatoria Anual de Accionistas de SIMSA, celebrada el 30 de marzo de 2007, CLARION propuso al señor Andrés Dasso Chopitea como director de la sociedad. Al respecto, indicó además que el señor Dasso es gerente general, director y representante de Pan American Silver Perú S.A., empresa subsidiaria de Pan American Silver Corp., de la cual el SEÑOR BEATY es fundador y presidente del directorio.

Adicionalmente, a efectos de consumir la toma de control sobre SIMSA, durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2007, el señor Víctor Ostolaza, representante de CLARION y director de SIMSA, suscribió aproximadamente ochocientos setenta (870) contratos de donación mediante los cuales otorgó a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de diez (10) acciones cada uno. De este modo, CLARION habría forzado la conversión de SIMSA a una sociedad anónima abierta, a efectos de reducir los quórum y mayorías aplicables de acuerdo con el Estatuto vigente de SIMSA, de conformidad a lo señalado por la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), de modo que la tenencia accionaria concertada de CLARION y el SEÑOR BEATY les permita adoptar acuerdos calificados en Junta General de Accionistas de SIMSA¹.

Como pretensiones de la denuncia, TALINGO solicitó que se disponga lo siguiente:

- La investigación respecto de la presunta actuación concertada de CLARION y el SEÑOR BEATY en la adquisición de participación significativa de SIMSA, incumpliendo con la obligación de realizar una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, OPA).
- La investigación respecto de la celebración de los contratos de donación, por parte de CLARION, a favor de los trabajadores de SIMSA, con el objeto de convertirla en una sociedad anónima abierta; y de ser el caso, se ordene la realización de una OPA por el 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/. 8.20 (Ocho y 20/100 Nuevos Soles) por acción.
- La suspensión del ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA de titularidad de CLARION y el SEÑOR BEATY.
- La suspensión indefinida de la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto emitidas por SIMSA mientras dure la investigación.
- La inspección de los registros principales de SIMSA, tales como libro de actas de junta de accionistas, libro de actas de directorio y libro de matrícula de acciones como parte de la investigación que se realice.
- La divulgación al mercado de los hechos descritos en la DENUNCIA, así como su notificación al Área de Emisores de la Bolsa de Valores de Lima S.A., SIMSA, CAVALI S.A. ICLV (en adelante, CAVALI) y a las personas y/o entidades que se consideren pertinentes.

¹ Cabe indicar que de acuerdo con el estatuto social vigente de SIMSA, se requiere la concurrencia del 80% de las acciones suscritas con derecho a voto en la primera y segunda convocatoria y el 51% en tercera convocatoria a Junta General de Accionistas. Del mismo modo, en el caso de acuerdos simples, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones representadas en Junta General de Accionistas; y en el caso de acuerdos calificados se requiere el voto favorable del 80% de las acciones suscritas con derecho a voto emitidas por la sociedad.

- Se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta.
2. Con fecha 28 de diciembre de 2007, la DENUNCIA fue trasladada a SIMSA a efectos que se pronunciara al respecto y con el fin de que informe a CONASEV la dirección en el Perú de los accionistas denunciados. Como respuesta del requerimiento formulado, SIMSA señaló que no tenía comentarios al respecto y que no conocía los domicilios en Perú de los referidos accionistas.
 3. Con fecha 16 de enero de 2008, TALINGO interpuso una medida cautelar (en adelante, MEDIDA CAUTELAR) mediante la cual solicitó se amparen las siguientes pretensiones principales:
 - a) La suspensión provisional de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA, de titularidad del SEÑOR BEATY y CLARION; y
 - b) La suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta.

Como sustento de su solicitud de medida cautelar TALINGO presentó los siguientes argumentos:

- Respecto a la verosimilitud en el derecho invocado, TALINGO sostuvo que existen indicios suficientes para considerar que CLARION y el SEÑOR BEATY actuaron de forma concertada a efectos de adquirir el control sobre SIMSA. Como indicios más importantes, señaló (i) la vinculación que existe entre ambos accionistas, explicada en la DENUNCIA; (ii) la diferencia de catorce (14) segundos entre la compra de acciones efectuada por CLARION y la efectuada por el SEÑOR BEATY, y (iii) la participación minoritaria del SEÑOR BEATY en el capital social de SIMSA, cuando usualmente tiene la calidad de accionista principal de las empresas en las que participa.
 - Respecto al peligro en la demora, TALINGO sostuvo que la adecuación de SIMSA bajo la forma de una sociedad anónima abierta generaría la posibilidad latente que CLARION y el SEÑOR BEATY, actuando de forma concertada, adopten acuerdos calificados que puedan generar perjuicios a los accionistas minoritarios de SIMSA.
4. Mediante Oficio N° 311-2008-EF/94.06.3, de fecha 21 de enero de 2008, se solicitó a Seminario y Cía. SAB (en adelante, SEMINARIO), sociedad agente que intervino en la adquisición de acciones emitidas por SIMSA por parte del SEÑOR BEATY, información relativa a los movimientos bursátiles de dicho comitente durante los meses de julio y agosto de 2007, con las acciones comunes antes referidas. En respuesta a este requerimiento el 24 de enero de 2008, SEMINARIO presentó la siguiente documentación:
 - Los movimientos de las cuentas corrientes en Nuevos Soles y en Dólares de los Estados Unidos de América del SEÑOR BEATY, en los cuales se registraron diversas transacciones de compra y venta de acciones comunes y de inversión de empresas, tales como Compañía Minera El Brocal S.A. y Refinería La Pampilla S.A., entre otras.
 - Las pólizas de compra suscritas por el SEÑOR BEATY respecto a las acciones emitidas por SIMSA.

- La Ficha de Registro de Cliente del SEÑOR BEATY así como de White Peak Resources Inc. (en adelante, WHITE PEAK), accionista vendedor en ambas transacciones.
 - Los poderes otorgados por el señor Pablo Gómez Sánchez, Director Único de WHITE PEAK, a favor del señor Manuel del Solar Botto Lercari para que actúe como su representante en el Perú.
5. Con fecha 29 de enero de 2008, CAVALI responde al Oficio N° 309-2008-EF/94.06.3, de fecha 21 de enero de 2008, adjuntando el Resumen de Tenencias por Cuenta Matriz correspondientes al SEÑOR BEATY y a CLARION, brindando asimismo información respecto del domicilio del SEÑOR BEATY en el Perú.
6. Con fecha 29 de enero de 2008, Centura S.A.B (en adelante, CENTURA) responde al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 312-2008-EF/94.06.3, indicando lo siguiente:
- Con fecha 13 de diciembre de 2007 fueron contactados por CLARION para que CENTURA brinde los servicios de intermediación en las operaciones de donación de acciones emitidas por SIMSA a los trabajadores de dicha empresa, a ser formalizada el día 17 de diciembre de 2007.
 - Entre los días 23 y 24 de diciembre de 2007, CENTURA recibió los ochocientos cincuenta y tres (853) expedientes, conteniendo cada uno de ellos: (a) un contrato de donación por diez (10) acciones comunes de SIMSA, (b) una Ficha de Cliente debidamente llenada y firmada por cada donatario, (iii) una copia legalizada notarialmente con el documento de identidad de cada donatario y (iv) una carta de instrucción irrevocable firmada por el donatario y donante, donde se instruye a CENTURA que se abstenga de transferir las acciones materia de donación por un plazo de dieciocho (18) meses.

CENTURA adjuntó a su comunicación, la siguiente información:

- La relación de beneficiarios de las donaciones efectuadas por CLARION y el número de acciones que recibió cada uno.
 - Un muestreo de las fichas de clientes de los donatarios.
 - Un muestro de los contratos de donación a favor de los trabajadores.
 - Un modelo de carta de instrucción irrevocable por el cuál el donatario instruye a CENTURA que se abstenga de transferir las acciones adquiridas vía donación por un plazo de dieciocho (18) meses.
 - El comprobante de pago emitido por CENTURA, por los servicios de intermediación prestados.
 - Las Fichas de Clientes de Orange Bay Comercial Inc. (accionista de SIMSA) y WHITE PEAK, como clientes de CENTURA.
7. Con fecha 30 de enero de 2007, CREDIBOLSA responde al Oficio N° 310-2008-EF/94.06.3, del 21 de enero de 2008, adjuntando copia de la siguiente información:
- La Ficha de Cliente de CLARION.
 - La póliza de compra de fecha 11 de julio de 2007, correspondiente a la compra de tres millones trescientos mil (3 300 000) acciones emitidas por SIMSA por parte de CLARION, así como la póliza de la misma fecha, correspondiente a la venta de

cuatro millones trescientos mil (4 300 000) acciones emitidas por SIMSA por parte de WHITE PEAK.

- La instrucción de compra por parte de CLARION de 3 300 000 acciones emitidas por SIMSA (efectuado por el señor Víctor Ostolaza, quien se encontraba en las oficinas de CREDIBOLSA).
 - La instrucción de venta de WHITE PEAK, de 4 300 000 acciones emitidas por SIMSA, (efectuado por el señor Christian Funcke, representante de la empresa, y entregada por la señora Margaret Burns, quien se encontraba presente en las oficinas de CREDIBOLSA).
8. Con fecha 30 de enero de 2007, CLARION se apersonó voluntariamente ante CONASEV y remitió sus argumentos de descargo respecto a la DENUNCIA, señalando lo siguiente:
- WHITE PEAK, ofreció vender un paquete de cuatro millones trescientas mil (4 300 000) acciones emitidas por SIMSA a varios inversionistas (entre ellos, TALINGO). CLARION tomó conocimiento de la oferta mediante la directora de SIMSA, señora Isabel Arias de Millership, y acordó adquirir un paquete de tres millones trescientos mil (3 300 000) acciones a través de una operación cruzada.
 - Con fecha 11 de julio de 2007, el señor Víctor Ostolaza (representante legal de CLARION) se reunió con Christian Funcke (representante legal de WHITE PEAK) en el local de CREDIBOLSA, para efectuar la operación de compraventa mencionada, siendo atendidos por el señor Andrés Milla, gerente general de CREDIBOLSA. Asistió también a dicha reunión, la señora Isabel Arias de Millership, directora de SIMSA y persona relacionada con el accionista vendedor.
 - Durante dicha reunión, la señora Isabel Arias de Millership comunicó que conocía el interés del señor BEATY en adquirir una participación minoritaria en SIMSA. En tal sentido, se decidió en ese momento contactar al SEÑOR BEATY para que confirme su interés en adquirir acciones emitidas por SIMSA de propiedad de WHITE PEAK. El SEÑOR BEATY confirmó telefónicamente su interés y pidió a CREDIBOLSA que se contacte con SEMINARIO para cerrar la operación.
 - En dicho contexto, CREDIBOLSA procedió a la compra de 3 300 000 acciones emitidas por SIMSA por cuenta de CLARION, y por su parte, SEMINARIO efectuó la compra de 1 000 000 de acciones por cuenta del SEÑOR BEATY. Tras éstas operaciones, el capital social de SIMSA quedó distribuido de la siguiente manera:

ACCIONISTA	TENENCIA (%)
TALINGO	22.36%
CLARION	48.85%
WHITE PEAK	4.25%
Orange Bay	24.51%
Minoritarios	0.03%
TOTAL	100%

- De otro lado CLARION señala que con fecha 28 de diciembre de 2007, se perfeccionó la donación, por parte de CLARION, a favor de ochocientos cincuenta y

dos (852) trabajadores de SIMSA, a razón de diez (10) acciones cada uno. Como consecuencia de ello, SIMSA ha pasado a ser una sociedad anónima abierta en estricta aplicación del artículo 249 de la LGS.

- Las donaciones efectuadas (i) son legítimas y legales, (ii) no guardan relación con la supuesta actuación concertada alegada por TALINGO, y (iii) no confiere a CLARION ningún control respecto de SIMSA, ni deriva en la adquisición de una participación significativa bajo los alcances del REGLAMENTO.
- Respecto al hecho de que las operaciones de compra de acciones de CLARION y el SEÑOR BEATY se realizaron dentro de un breve periodo, CLARION argumenta que la simultaneidad se explica por el hecho que la parte vendedora en ambas operaciones es la misma: WHITE PEAK. Así, encontrándose físicamente en las oficinas de CREDIBOLSA, resulta razonable que WHITE PEAK perfeccione ambas ventas de manera casi simultánea. Por ello, la coincidencia temporal de las operaciones no puede ser considerada *per se* como un supuesto de actuación concertada.
- Respecto al hecho que el señor Víctor Ostolaza y la señora Isabel Arias de Millership supuestamente instruyeron al señor Andrés Milla para que comunique telefónicamente al SEÑOR BEATY para coordinar la venta de las acciones emitidas por SIMSA, CLARION señala que nunca se dio instrucción alguna al señor Andrés Milla para que comunicara al SEÑOR BEATY, por el contrario, la señora Isabel Arias de Millership solo hizo referencia a que conocía que el SEÑOR BEATY estaba interesado en adquirir acciones emitidas por SIMSA.
- Respecto al hecho de que el SEÑOR BEATY haya afirmado en una entrevista que siempre interviene en una compañía minera como accionista controlador, CLARION manifiesta que la declaración del SEÑOR BEATY ha sido maliciosamente interpretada fuera de contexto. La referencia a que el SEÑOR BEATY es siempre accionista principal ha sido efectuada en relación a "*sus compañías*" y a los "*primeros años de las mismas*", con lo cual esas declaraciones no serían aplicables a SIMSA.
- Respecto al hecho de que el señor Andrés Dasso fue propuesto por CLARION como director de SIMSA en la Junta General de Accionistas del 30 de marzo de 2007, señala el denunciado que el señor Dasso forma parte del Directorio de SIMSA desde el año 2001, es decir, desde antes que CLARION ingrese como accionista a la empresa. Además, la designación del señor Dasso como director titular en el año 2004 se realizó a propuesta del propio TALINGO, y con el voto favorable de TALINGO en los años 2005 y 2006. Asimismo, señala que en la Junta General de Accionistas de SIMSA del 30 de marzo de 2007, fue TALINGO quien propuso al señor Dasso como Primer Director Alterno, ante lo cual CLARION pidió que sea Director Titular, y TALINGO votó a favor de dicha designación.
- Respecto a la supuesta actuación concertada que se le atribuye, CLARION señala que para que se presente esta figura en el marco de la regulación de OPA, debe verificarse una misma causa y unidad de propósito para obtener o consolidar el control de la sociedad afectada. En el caso materia de análisis, no existió pacto alguno entre CLARION y el SEÑOR BEATY así como tampoco una intención conjunta

de adquirir el control de la sociedad, es por eso que ninguno de los supuestos indicios expuestos por TALINGO acredita una "política común duradera" o la existencia de un "ejercicio coordinado de los derechos de voto" entre CLARION y el SEÑOR BEATY, sobre la base de la cual pueda sostenerse la existencia de una actuación concertada.

- Respecto a las donaciones efectuadas, CLARION señala que la finalidad de las donaciones fue (i) otorgar un beneficio en especie a todos los accionistas de la sociedad (en forma de acciones cuya transferencia está parcialmente restringida), como incentivo, y (ii) liberar a SIMSA de la situación de entrampamiento y desgobierno en la que venía sumida como consecuencia del mal uso del derecho de veto estatuario, el cual posibilita que cualquiera de los tres principales accionistas (CLARION, TALINGO y Orange Bay Comercial Inc. – y en su momento WHITE PEAK) pudieran, sin mayor razón, oponerse a cualquier acuerdo y generar una situación de desgobierno.

Al no existir alternativa para suprimir el derecho de veto estatuario, la única vía legal que permitió válidamente recomponer los quórum y mayorías, fue la conversión de la empresa al tipo societario de sociedad anónima abierta. De este modo, CLARION señala que el único derecho que se afecta (de manera absolutamente legítima) es el veto estatuario, el cual ha generado un desgobierno perjudicial para SIMSA y sus accionistas. En tal sentido, con la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, se estaría consiguiendo la debida protección de las minorías.

De este modo, señala que de conformidad con el artículo 249 de la LGS, SIMSA habría quedado convertida en una sociedad anónima abierta desde el momento en que formalmente alcanzó más de setecientos cincuenta (750) accionistas, por lo tanto de acuerdo con el artículo 262 de la LGS, resulta obligatoria su adaptación a una sociedad anónima abierta.

- Asimismo, indica que en el supuesto negado que CONASEV emita un pronunciamiento favorable para TALINGO sobre la actuación concertada, las medidas aplicables a CLARION (de suspensión de derechos políticos de las acciones adquiridas, realización de la OPA correspondiente y las multas aplicables), son totalmente independientes de la modalidad societaria bajo la cuál se organiza SIMSA.

II. ANÁLISIS

1. DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE EFECTUAR UNA OPA

La obligación de efectuar una OPA está contemplada en el artículo 68 de la LMV, en concordancia con el artículo 4 del Reglamento de OPA. Estos artículos establecen la obligación de efectuar una OPA cuando se genere la adquisición o incremento de la tenencia accionaria, a título oneroso, que acarree que el adquirente alcance o supere una participación significativa de 25%, 50% o 60% en el capital social de una sociedad objetivo; o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita (i) remover o designar a la mayoría de directores, o (ii) modificar los estatutos de la sociedad.

En cuanto al alcance del término "Participación Significativa", el artículo 1, numeral 16, del Reglamento de OPA señala que se considera participación significativa toda propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto que presenten un porcentaje igual o superior al 25% del capital social de una empresa inscrita en el RPMV. Adicionalmente, el artículo antes referido señala que también será considerada como Participación Significativa, la facultad que posee una persona o grupo de personas de, sin tener propiedad directa o indirecta, ejercer el derecho a voto de acciones que representen un porcentaje igual o superior a 25% del capital social de una sociedad, o que acarree que el adquirente alcance una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una cantidad tal que en cualquiera de los dos últimos supuestos le permita: (i) remover, o designar a la mayoría de directores, (ii) modificar los estatutos de la sociedad.

2. COMPETENCIA DE CONASEV PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, (en adelante, LPAG) son aplicables de forma supletoria al procedimiento administrativo, las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. En tal sentido, son aplicables supletoriamente al procedimiento administrativo, las disposiciones del Código Procesal Civil (en adelante, CPC).

Dicho esto, analizaremos brevemente las disposiciones pertinentes a la MEDIDA CAUTELAR establecidas en el referido cuerpo normativo, de acuerdo a las siguientes materias relevantes:

a. ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER Y EVENTUALMENTE DISPONER LA MEDIDA CAUTELAR:

La medida cautelar es interpuesta y deberá ser conocida por el juez que conoce la causa principal. De este modo, el artículo 609 del CPC dispone que si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro juez, éste conocerá también el proceso cautelar.

En el caso de los procedimientos administrativos, y en particular de los procedimientos sancionadores seguidos ante esta Comisión Nacional, las denuncias formuladas deben ser interpuestas ante órganos instructivos, quienes desarrollan la Etapa Instructiva a efectos de determinar si se cuenta con los elementos necesarios para dar inicio a un procedimiento sancionador (ETAPA INSTRUCTIVA). De este modo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10, los órganos instructores son la Gerencia de Mercados y Emisores y la Gerencia de Intermediarios y Fondos (hoy, Dirección de Emisores, Dirección de Mercados Secundarios y Dirección de Patrimonios Autónomos).

Asimismo, el artículo 235, el inciso 2, de la LPAG señala que con anterioridad al inicio formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicio, por parte de los órganos instructores.

Una vez concluida la ETAPA INSTRUCTIVA, en caso que el órgano instructor determine, a partir de las investigaciones efectuadas, el inicio de un procedimiento sancionador, comienza la ETAPA SANCIONADORA, cuyo órgano competente es el Tribunal Administrativo de CONASEV, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Reglamento de Sanciones.

Adicionalmente, cabe indicar que el literal g del artículo 10 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV (ROF) establece como facultad del Tribunal Administrativo disponer medidas cautelares en los casos sujetos a su conocimiento. Asimismo, la facultad antes referida se encuentra contemplada en el artículo 8, inciso l), del Estatuto del Tribunal Administrativo de CONASEV, aprobado por Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10².

De este modo, en el caso materia de análisis la Dirección de Emisores es el órgano instructor, encargado de desarrollar la ETAPA INSTRUCTIVA y en el caso que se considere meritorio iniciar un procedimiento sancionador por infracción a las normas que regulan la OPA, el Tribunal Administrativo de CONASEV es el órgano sancionador encargado de resolver la DENUNCIA y las medidas cautelares que se soliciten respecto a esta.

b. OPORTUNIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 608 del CPC, la medida cautelar puede ser dictada antes del iniciado un proceso o dentro de éste. Por su parte el ROF y el Estatuto del Tribunal Administrativo no limitan a dicho órgano la posibilidad de dictar medidas cautelares en forma previa al inicio del procedimiento sancionador. Ello en el entendido de que la medida cautelar solicitada se encuentra relacionada con el procedimiento sancionador que eventualmente podría ser iniciado. En tal sentido, en el caso de los procedimientos administrativos, es posible que el Tribunal Administrativo dicte medidas cautelares antes de iniciada la ETAPA SANCIONADORA, es decir antes de imputados los cargos. Es en ese sentido, el dictado de una medida cautelar en forma previa al inicio de un procedimiento sancionador no solo resulta lícita, sino que asimismo resulta coherente con la finalidad que éstas buscan cumplir, es decir el mitigar el perjuicio potencial que podría generarse respecto del beneficiado por dicha medida en caso ésta no se dictase en forma oportuna y se tuviese que esperar al inicio del procedimiento sancionador.

3. RESPECTO A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA TOTALIDAD DE ACCIONES EMITIDAS POR SIMSA, DE PROPIEDAD DE CLARION Y EL SEÑOR BEATY.

² **Artículo 8.-** El Tribunal tiene las siguientes atribuciones:

- l) Disponer de oficio o a solicitud de parte medidas cautelares, correctivas vinculadas en los casos sometidos a su conocimiento.

Las medidas cautelares son aquellas que se dictan con el propósito de asegurar la eficacia de la resolución a emitir, pueden ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte. No podrán dictarse medidas que causen perjuicio de imposible reparación a los administrados.

(...)



a. INDICIOS INVOCADOS POR TALINGO

Respecto a la solicitud de suspensión de los derechos políticos de la totalidad de acciones adquiridas por CLARION y el SEÑOR BEATY, cabe indicar que TALINGO ha señalado que existen diversos elementos que permitirían generar una apariencia de verosimilitud de dicha pretensión, de los cuales algunos fueron expresamente mencionados en el escrito de solicitud de MEDIDA CAUTELAR y otros fueron referidos de la DENUNCIA; siendo los principales elementos los siguientes:

- INDICIO N°1: La relación existente entre las partes que realizan la transacción, la cual, de acuerdo con los fundamentos de la DENUNCIA, consiste en el nexo existente entre el señor Andres Dasso Chopitea, director de SIMSA y gerente general, y director y representante de Pan American Silver Perú S.A. con el SEÑOR BEATY, quien, es fundador y presidente del directorio de la empresa Pan American Silver Corp., matriz de la empresa en la que es funcionario el señor Dasso. Adicionalmente, TALINGO señala en la DENUNCIA que en Junta General de Accionistas de SIMSA de fecha 30 de marzo de 2007, CLARION propuso al señor Dasso como director de dicha empresa, lo cual constituiría una prueba de la relación existente entre ambos.
- INDICIO N° 2: Que entre la adquisición efectuada por CLARION y la efectuada por el SEÑOR BEATY respecto a las acciones emitidas por SIMSA, existe un espacio de catorce (14) segundos, lo cual revelaría que ambas transacciones hayan sido previamente coordinadas y concertadas.
- INDICIO N° 3: La inusual adquisición por parte del SEÑOR BEATY de aproximadamente 1.22% del capital social de SIMSA, cuando las inversiones efectuadas por éste representan, por lo general, una participación mayoritaria que le permita ejercer control en las empresas en las que tiene calidad de accionista.

En tal sentido, de acuerdo con lo expuesto por TALINGO, existirían indicios suficientes que permitan determinar que CLARION y el SEÑOR BEATY actuaron de forma concertada al adquirir el 50.06% del capital social de SIMSA, por lo cual habrían sobrepasado el segundo umbral establecido en el REGLAMENTO. De este modo, TALINGO señala que los referidos accionistas no han cumplido con pagar a todos sus accionistas el monto que refleje la prima de control de SIMSA, vulnerándose de este modo, el objetivo de las normas de OPA.

b.- EVALUACIÓN DE LOS INDICIOS INVOCADOS POR TALINGO

Corresponde al Tribunal Administrativo evaluar si los indicios referidos a la presunta actuación concertada de CLARION y el SEÑOR BEATY, y el perjuicio alegado para los accionistas minoritarios (de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del acápite I del presente informe), generan una apariencia del derecho, es decir, si a partir de los hechos o acontecimientos sucedidos se puede determinar a priori la posible existencia de una actuación concertada entre CLARION y el SEÑOR BEATY y, en caso se determine la verosimilitud del derecho invocado, evaluar si el supuesto perjuicio que la conducta denunciada es susceptible de generar, amerita el que se dicte una medida cautelar como la solicitada.

En el extremo referente a la verosimilitud del derecho invocado, resulta necesario analizar el contexto en que se presentaron los indicios antes invocados y si estos,

en conjunto, son susceptibles de generar una apariencia de certeza respecto de lo solicitado, o si por el contrario, pueden ser desvirtuados.

Dicho esto, a continuación se procederá a analizar los indicios invocados por TALINGO en la MEDIDA CAUTELAR:

- Respecto al INDICIO N°1 (Relación existente entre el SEÑOR BEATY y CLARION) debemos indicar lo siguiente:

TALINGO señala como un primer indicio de concertación, la relación existente entre el SEÑOR BEATY y CLARION. De este modo, de acuerdo con los fundamentos de la DENUNCIA y a lo expresado en la MEDIDA CAUTELAR, existirían dos (2) etapas que deberían analizarse a efectos de probar la vinculación entre el SEÑOR BEATY y CLARION, la primera etapa referida a la supuesta relación existente entre el SEÑOR BEATY y el señor Dasso, (PRIMERA ETAPA), y la segunda etapa referida a la supuesta relación entre el señor Dasso y CLARION (SEGUNDA ETAPA). De este modo, para que exista verosimilitud en el derecho invocado por TALINGO se debería evaluar la existencia de indicios razonables respecto las dos (2) etapas antes referidas. Ello, en tanto que dichas etapas resultan interdependientes.

A efectos de evaluar si existen indicios suficientes que permitan determinar la relación entre el SEÑOR BEATY y CLARION, se ha revisado (i) la información relativa a SIMSA que obra en el portal del Mercado de Valores, (ii) la información relativa al levantamiento de Reserva de Identidad solicitada a CAVALI y a las sociedades agentes de bolsa que participaron en las transacciones de compra y donaciones de acciones emitidas por SIMSA, por el SEÑOR BEATY y por CLARION, (iii) la información contenida en las páginas web de las empresas Pan American Silver Corp. y Pan American Silver Perú S.A.; (iv) los comentarios efectuados por CLARION respecto a la DENUNCIA formulada en su contra así como la documentación sustentatoria que se anexó y (v) el registro de operaciones de ambos accionistas, proporcionada por la Dirección de Mercados de Secundarios.

Sobre el particular, la información publicada en la página web de la empresa Pan American Silver Corp. señala que el SEÑOR BEATY ocupa el cargo de presidente del directorio de la referida empresa, y que el señor Dasso ejerce el cargo de presidente ejecutivo y gerente de la empresa Pan American Perú S.A. (subsidiaria de Pan American Silver Corp.). Asimismo, diversa información pública señala que el SEÑOR BEATY es el principal accionista de Pan American Silver Corp. En tal sentido, existe una presunción de vinculación entre los referidos señores, debido a que ambos ocupan cargos directivos y administrativos en empresas que forman parte de un mismo grupo económico, cuya relación es matriz – subsidiaria y que en este grupo económico el señor SEÑOR BEATY es uno de los principales accionistas³. No obstante, cabe indicar que la posible existencia de una vinculación entre el señor Dasso y el SEÑOR

³ El artículo 5, numeral II, inciso b), del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos establece que, salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación entre personas naturales cuando una de ellas es director o gerente de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio.



BEATY no implica por sí misma una actuación concertada en la adquisición de las acciones emitidas por SIMSA.

En forma adicional, se ha revisado la información relativa a SIMSA que obra en el RPMV, habiéndose constatado que el señor Dasso se ha desempeñado en cargos administrativos en la referida empresa desde el año 1995, de conformidad con el siguiente detalle:

CUADRO N° 1

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO
Gerente de Operaciones	14/07/1995	25/03/1997
Director Alterno	06/02/2001	23/03/2004
Director	23/03/2004	29/12/2004
Director Alterno	29/12/2004	11/04/2005
Director	11/04/2005	30/03/2007
Director	30/03/2007	A la fecha

Respecto a la información señalada en el CUADRO N°1 se ha determinado que el señor Dasso ocupó el cargo de Gerente de Operaciones de SIMSA desde el año 1995, desempeñándose en el cargo de director desde el año 2001, hasta la fecha.

De otro lado, cabe indicar que de acuerdo con lo establecido en la información que obra en el RPMV, CLARION obtuvo la calidad de accionista de SIMSA desde el 21 de julio de 2003.

Adicionalmente a ello, de la revisión de las actas de Junta General de Accionistas de SIMSA presentadas por CLARION, se ha podido observar que en sesión del 06 de febrero de 2001, los accionistas de SIMSA aprobaron por unanimidad la designación del señor Dasso como director alternativo. Del mismo modo, en sesión del 23 de marzo de 2004, el señor Dasso fue propuesto como director titular de la sociedad por TALINGO, no habiendo sido propuesto en esa oportunidad por CLARION.

Asimismo, según consta en el acta de Junta General de Accionistas de SIMSA del 30 de marzo de 2007, el señor Ricardo Revoredo Luna, representante de TALINGO, propuso al señor Dasso como director alternativo de SIMSA, ante dicha propuesta el señor Víctor Ostolaza, representante de CLARION, señaló que pretendía proponer a dicho señor como director titular. Cabe indicar que consta en el acta antes referida que luego de deliberar al respecto, y "*dado el mayor aporte que brindaría el señor Dasso como director titular*", tal como consta en el acta pertinente, el señor Revoredo accedió a retirar al señor Dasso de su propuesta, quien pasó a ser propuesto para ocupar el cargo de director titular y fue electo como tal en forma unánime.

En tal sentido, de la información revisada no se puede afirmar que existan indicios de vinculación entre CLARION y el señor Dasso, por el contrario, los elementos señalados reflejarían consenso en la aceptación de la gestión del señor Dasso como director, debido a que ha sido nombrado como director y reelecto en dicho cargo hasta en tres (3) ocasiones, e incluso propuesto como



tal por accionista distintos a CLARION, tales como WHITE PEAK e incluso TALINGO. En tal sentido, consideramos que no existirían indicios suficientes que permitan determinar la existencia de vinculación en la SEGUNDA ETAPA.

De este modo, consideramos que no existen indicios suficientes que permitan crear una verosimilitud en la presunta vinculación entre el SEÑOR BEATY y CLARION, invocada por TALINGO. Sobre el particular, cabe indicar que la inexistencia de dicha vinculación afectaría la confluencia razonable de los demás indicios invocados hacia los hechos cuya existencia alega el denunciante, sin perjuicio de ello, continuaremos la evaluación de los mismos.

- Respecto al INDICIO N° 2 (Coincidencia temporal entre las adquisiciones de acciones emitidas por SIMSA por parte del SEÑOR BEATY y CLARION), debemos indicar que de la revisión de la documentación remitida por CREDIBOLSA se ha podido corroborar que la empresa WHITE PEAK actuó como accionista vendedor tanto en la compra efectuadas por CLARION como en la efectuada por el señor BEATY, es decir, existió una única orden de venta por un total de hasta cuatro millones trescientas mil (4 300 000) acciones comunes emitidas por SIMSA. Respecto a ello, cabe indicar que si bien existe un intervalo mínimo entre las dos (2) adquisiciones antes referidas, ello no constituye por sí mismo un indicio suficiente para acreditar la concertación entre CLARION y el SEÑOR BEATY, debido a que es usual en el mercado que se den órdenes de compra incluso de forma simultánea respecto a una misma orden de venta, más aún cuando dicha orden de venta habría sido consecuencia de la decisión de WHITE PEAK de transferir de forma total su tenencia accionaria sobre SIMSA.⁴

De este modo, teniendo en cuenta que las órdenes de compra respondieron a una única orden de venta, consideramos que las adquisiciones simultáneas, paralelas o efectuadas en un breve lapso no constituyen por sí mismas indicios suficientes de vinculación entre los compradores.

- Respecto al INDICIO N° 3 (Tendencia controladora de las inversiones efectuadas por el señor BEATY), debemos indicar que de acuerdo con lo señalado en la Ficha de Registro por Comitentes, el SEÑOR BEATY habría adquirido durante el año 2007, además de acciones emitidas por SIMSA, los siguientes valores:

⁴ Al respecto, cabe mencionar que con fecha 8 de junio de 2007, White Peak transfirió a favor de Orange Bay Commercial Inc. un paquete accionario equivalente al 24.51% del capital social de SIMSA, manteniendo un porcentaje remanente del 8.09% del capital social de SIMSA.



CUADRO N° 2

EMISOR/ VALOR	VOLUMEN NEGOCIADO (S/.)	NÚMERO DE ACCIONES ADQUIRIDAS	TENENCIA PORCENTUAL APROXIMADA ⁵	FECHA DE OPERACIONES
Compañía Minera Raura S.A. - RAURAI1 (Acciones de inversión)	S/. 396,202.90	60,366	0.22%	15/02/2007
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. - CVERDEC1 (Acciones comunes)	S/. 1'608,310.06	29,126	0.01%	21/09/2007
Industria Textil Piura S.A. - PIURAI1 (Acciones de inversión)	S/. 207,900.00	77,000	0.60%	25/09/2007

Fuente: Estados Financieros Intermedios y Anuales presentados por las empresas emisoras publicados en el Portal del RPMV.

Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado en el Resumen de Tenencia por Titular de Cuentas Matrices proporcionada por CAVALI, el SEÑOR BEATY al 28 de enero de 2008, tenía la calidad de titular de las siguientes acciones:

CUADRO N° 3

EMISOR/ TIPO DE VALOR	NÚMERO DE ACCIONES	TENENCIA PORCENTUAL APROXIMADA ⁶
Cemento Andino S.A. - Acciones comunes	409	0.03%
Industria Textil Piura S.A. - Acciones de inversión	77,000	0.60%
Compañía Universal Textil S.A.- Acciones de Inversión	185,000	0.43%

En tal sentido, debemos señalar que durante el año 2007, el SEÑOR BEATY ha adquirido paquetes accionarios de diversas empresas, principalmente correspondientes al rubro industrial. Asimismo, cabe indicar que las adquisiciones efectuadas en el año 2007 y el saldo de tenencia al 28 de enero de 2008 refleja que el SEÑOR BEATY mantiene inversiones diseminadas y diversificadas en varias empresas, en las cuales es titular de paquetes de acciones comunes y de inversión que representan porcentajes mínimos respecto al capital social o a la cuenta acciones de inversión de dichas empresas, respectivamente, tal como lo señala el CUADRO N° 2 y el CUADRO N°3.

⁵ La tenencia porcentual ha sido calculada en base al monto total de acciones representativas de capital social o acciones de inversión, de ser el caso, existente a la fecha de efectuada la operación.

⁶ La tenencia porcentual ha sido calculada en base al monto total de acciones representativas de capital social o acciones de inversión, de ser el caso, existente a 28 de enero de 2008.

De este modo, de acuerdo con lo señalado anteriormente, podríamos concluir que el SEÑOR BEATY acostumbraría actuar como un mero accionista inversor y especulador en el Mercado de Valores peruano y no necesariamente como un accionista controlador, por lo cual quedaría desvirtuado el INDICIO N° 3, en virtud del cual se señalaba que las inversiones de señor BEATY representan una participación mayoritaria en las empresas, teniendo la calidad, por lo general, de accionista controlador.

De este modo, una vez efectuado el análisis de los argumentos invocados por TALINGO así como de la información a la que ha accedido la Dirección de Emisores hasta el momento, podemos concluir que no existen indicios suficientes para determinar, por lo menos en apariencia, la existencia de una vinculación y actuación concertada entre el SEÑOR BEATY y CLARION,

En efecto, del análisis de lo señalado anteriormente se puede determinar lo siguiente:

- i) De la revisión de los hechos invocados dentro del contexto en el que se desarrollaron, se puede afirmar que existen explicaciones alternativas, lógicas y razonables, para los indicios relacionados con la vinculación del señor Beaty con Clarion a través del señor Dasso y el referido a la modalidad de inversión de índole controlador que usualmente realizaría el señor Beaty.
- ii) Existen explicaciones alternativas a las sostenidas por el denunciante con relación al indicio referido a la diferencia temporal entre cada una de las operaciones de compra de las acciones. De este modo, el pretendido hecho invocado (la existencia de concertación), aún cuando podría derivarse como una de las posibles conclusiones del presente indicio, requiere elementos adicionales y razonablemente confluente para alcanzar un grado suficiente de verosimilitud.
- iii) La evaluación conjunta de los hechos invocados como indicios permite confluir hacia una explicación natural y razonable distinta a los hechos cuya existencia alega el denunciante. Las características de estas explicaciones alternativas no permiten concluir con un grado suficiente de verosimilitud la existencia de la concertación entre CLARION y el SEÑOR BEATY. Por el contrario, los hechos analizados permiten llegar a conclusiones compatibles con hechos que se encuentran dentro del regular devenir de las inversiones en el mercado de valores.

En consecuencia, la evaluación conjunta de los indicios mencionados, no conduce razonablemente a la conclusión de que existiría una concertación entre CLARION y el SEÑOR BEATY. Por tanto, por las razones expuestas en el presente informe consideramos que no existe verosimilitud en los hechos invocados por lo que corresponde declarar infundada la solicitud de medida cautelar interpuesta por el RECURRENTE.

De esta manera, al no haberse acreditado la verosimilitud del derecho invocado, no resulta pertinente analizar el potencial perjuicio que la conducta denunciada sería susceptible de generar.

III. RESPECTO A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA CONVERSIÓN DE SIMSA EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

1. ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE CONASEV

Respecto a la segunda pretensión principal solicitada por TALINGO en la MEDIDA CAUTELAR, corresponde determinar, en primer lugar si los supuestos previstos en la norma en los que una sociedad debe adecuarse a la forma societaria de sociedad anónima abierta suponen que la sociedad ya es una sociedad anónima abierta o por el contrario, requiere previamente que se adecue a esta forma societaria para ser considerada como tal. Con relación a este aspecto a continuación se analizan los alcances de las facultades que tiene CONASEV respecto a la conversión o adaptación de las empresas al referido tipo societario.

El artículo 249 de la LGS señala lo siguiente (subrayado agregado):

“Artículo 249°.-

La sociedad anónima es abierta cuando cumple uno o más de las siguientes condiciones:

- 1.- Ha hecho una oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;*
- 2.- Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;*
- 3.- Más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;*
- 4.- Se constituya como tal; o*
- 5.- Todos los accionistas con derecho a voto aprueben por unanimidad la adaptación a dicho régimen.”*

Respecto al texto de la norma antes citada, cabe indicar que ésta señala de forma expresa que la sociedad anónima será abierta en caso que cuente con más de setecientos cincuenta (750) accionistas. En tal sentido, de la lectura de la norma se desprende que basta la configuración fáctica de alguno de los supuestos señalados en el artículo 249 de la LGS para que la conversión de la sociedad a sociedad anónima abierta opere. De este modo, cuando la LGS establece que una sociedad anónima es abierta cuando tiene más de setecientos cincuenta (750) accionistas, estaría haciendo referencia a una conversión que opera del pleno derecho cuando la situación o estructura de la sociedad calza en algunos de los supuestos contenidos en el artículo 249 de la LGS.

b FACULTADES DE CONASEV RESPECTO A LA ADECUACIÓN DE UNA SOCIEDAD COMO SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

De conformidad con lo establecido en el Título Preliminar de la LPAG, la actuación de la administración pública está regida por el principio de legalidad, según el cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Una de las facultades que han sido asignadas a CONASEV respecto a las sociedades anónimas consiste en la competencia de esta institución para exigir la adaptación de las empresas a la referida forma societaria.

De este modo, el artículo 253 de la LGS dispone que es facultad de CONASEV exigir la adaptación de una sociedad a sociedad anónima abierta una vez que se hayan presentado alguno de los supuestos señalados en el artículo 249 de la LGS antes citado.

Por su parte, el artículo 255 de la LGS señala que los accionistas que representen el 5% del capital social están facultados para solicitar a CONASEV la convocatoria a Junta General de Accionistas. Adicionalmente, la misma norma así como el Reglamento de Acceso a Información Vinculada a la Marcha Societaria y Convocatorias a Junta General de Accionistas⁷, regula una serie de requisitos previos y un procedimiento específico en virtud del cual CONASEV queda facultado a efectuar la convocatoria.

De este modo, las facultades de CONASEV se restringen a exigir la adaptación de la sociedad a sociedad anónima abierta. De esta manera, una vez que se cumpla con alguno de los supuestos previstos en el artículo 249 de la LGS, la configuración de una sociedad en sociedad anónima abierta surte efectos de pleno derecho. En este supuesto, CONASEV se limita a requerir la adecuación y no la conversión o transformación a sociedad anónima abierta.

Adicionalmente, en virtud del principio de legalidad es importante resaltar que no existe ninguna disposición legal que otorgue a CONASEV la facultad de suspender mediante un acto administrativo la adecuación de una empresa a la forma societaria antes referida, es decir, al haber operado de pleno derecho el supuesto previsto por la ley (la existencia de mas de 750 accionistas en una sociedad al cierre del ejercicio anual) CONASEV no se encuentra facultada para suspender los efectos de la consecuencia expresamente establecida por la ley (el ser una sociedad anónima abierta). De esta manera, dado que no existe norma alguna que faculte a CONASEV a inaplicar un mandato de carácter imperativo y, por el contrario, tiene la obligación de exigir la adecuación correspondiente a la forma expresamente establecida por la ley, esta institución no resulta competente para dictar en vía administrativa una medida cautelar disponiendo la suspensión de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta.

En tal sentido, y de conformidad con el principio de legalidad mencionado, la segunda pretensión de la MEDIDA CAUTELAR solicitada por TALINGO no se encuentra dentro de los alcances de la competencia de esta Comisión Nacional al no existir un mandato legal expreso que permita la inaplicación por vía administrativa de consecuencias legales que operan de pleno derecho y donde el cumplimiento de la obligación de adecuación a sociedad anónima abierta no tiene carácter discrecional por parte de CONASEV.

⁷ Aprobado mediante Resolución N° 111-2003-EF/94.10

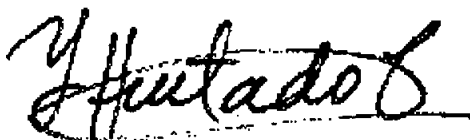
IV. CONCLUSIONES

1. La evaluación conjunta de los indicios presentados por TALINGO, no permite razonablemente determinar un grado de verosimilitud respecto de la existencia de una supuesta actuación concertada entre CLARION y el señor BEATY con la intención de adquirir el control absoluto sobre SIMSA. Por tanto, corresponde declarar infundada la primera pretensión de la solicitud de MEDIDA CAUTELAR interpuesta por el RECURRENTE.
2. La segunda pretensión de la MEDIDA CAUTELAR solicitada por TALINGO no se encuentra dentro de los alcances de la competencia de CONASEV al no existir un mandato legal expreso que permita la inaplicación por vía administrativa de la obligación de adecuación de SIMSA a sociedad anónima abierta dado que tal situación se ha configurado de pleno derecho al verificarse uno de los supuestos previstos en el artículo 249 de la LGS, y donde el cumplimiento de la obligación de adecuación a sociedad anónima abierta no tiene carácter discrecional por parte de CONASEV.

V. RECOMENDACIÓN

Declarar **INFUNDADA** la MEDIDA CAUTELAR respecto a la primera pretensión principal, referida a la suspensión de los derechos políticos de la totalidad de acciones de titularidad de CLARION y el SEÑOR BEATY; e **IMPROCEDENTE** respecto a la segunda pretensión principal, referida a la suspensión de la conversión de SIMSA al tipo societario de una sociedad anónima abierta.

Atentamente,



Signed by: YVONKA ANGELA HURTADO CRUZ
Signing time: Tuesday, February 26 2008, 23:34:51 GMT

Yvonka Hurtado Cruz
Directora de Emisores

PROVEÍDO

Con el Vº Bº de esta Gerencia General pase al tribunal Administrativo para los fines correspondientes.



Signed by: CARLOS FABIAN RIVERO ZEVALLOS
Signing time: Thursday, February 28 2008, 16:18:36 GMT
Location: GG
Reason to sign: INFORME

Carlos Rivero Zevallos
Gerente General (e)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV

RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3

Sumilla: *(i) Se declara fundada en parte la solicitud cautelar de Talingo Corporation disponiéndose la de suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., pertenecientes a Clarion Holding Ltd. en número de 3'300,000 y al señor Ross J. Beaty, en número de 1'000,000 que fueran adquiridas por dichas personas el 11 de julio de 2007 hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar; (ii) Se declara infundada la solicitud de medida cautelar de Talingo Corporation en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de Minera San Ignacio de Morococha S.A. de adaptarse a una sociedad anónima abierta; (iii) Se dispone de oficio la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. y adquiridas por Clarion Holding Ltd., en número 3'300,000 y por el señor Ross J. Beaty, en número de 1'000,000 el 11 de julio de 2007, hasta que no haya un pronunciamiento sobre la indicada denuncia; (iv) Se dispone que CONASEV supervisará la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que si fuera necesario poder variarla para que no pierda eficacia, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. que infrinja las normas de oferta pública de adquisición; (v) Se dispone que la Dirección de Emisores de la CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra Clarion Holding Ltd. y el señor Ross J. Beaty, y; (vi) Se declaran inadmisibles los escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio de 2008 cursados por Clarion Holding Ltd.*

Administrado : Talingo Corporation

Asunto : Solicitud de medida cautelar presentada por Talingo Corporation respecto a las acciones emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. de titularidad de Clarion Holding Ltd. y el señor Ross J. Beaty

Expediente N° : 2008/001327

Fecha : Lima, julio 21 de 2008

Vistos:

El expediente administrativo N° 2008/001327, el Informe 164-2008-EF/94.06.3 de fecha 26 de febrero de 2008, emitido por la Dirección de Emisores, y los escritos de alegatos presentados por Talingo Corporation y oído el informe oral de sus asesores legales.

Considerando:

Hechos

1. Que, el Estatuto Social de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA) establece que para la adopción de acuerdos relevantes (aumentos de capital, elegir y remover directores, modificar estatutos, entre otros) se necesita el acuerdo del 80% de las acciones representativas del capital social. Esta disposición estatutaria trae como consecuencia que los acuerdos se adopten de manera consensuada por el poder de veto que tienen los accionistas minoritarios;

2. Al 10 de julio de 2007, Clarion Holding Ltd. (en adelante, CLARION) era titular del 44.81% de las acciones comunes representativas del capital social de SIMSA;

3. El 11 de julio de 2007, CLARION adquirió en Rueda de Bolsa tres millones trescientas mil acciones (3'300,000) comunes que representan el 4.03563% del capital social de SIMSA. Con dicha adquisición, CLARION incrementó su participación en el capital social de SIMSA del 44.81% al 48.84563%;

4. Asimismo, en esa fecha, es decir el 11 de julio de 2007 y con una diferencia temporal de catorce (14) segundos, el señor Ross J. Beaty (en adelante, señor BEATY) adquirió un millón (1'000,000) de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose así en titular del 1.224295% del capital social de dicha sociedad;

5. Posteriormente, el 21, 22 y 23 de diciembre de 2007, el señor Víctor Ostolaza, representante de CLARION y director de SIMSA, suscribió aproximadamente ochocientos setenta (870) contratos de donación mediante los cuales otorgó a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de diez (10) acciones cada uno, contratos de donación en los que los donatarios se comprometen a no transferir las acciones donadas a ninguna persona por un plazo de 18 meses contados a partir de la fecha de la firma de los contratos, restricción que a su vez fue instruida con el carácter de irrevocable a la sociedad agente de bolsa en cuya matriz se encuentran registradas las acciones;

6. El 28 de diciembre de 2007, Talingo Corporation (en adelante, TALINGO), titular del 22.36% del capital social de SIMSA interpuso una denuncia (en adelante, DENUNCIA) contra CLARION y el señor BEATY por presunta infracción a los artículos 68° del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF (en adelante, LMV) y los artículos 4° y 6° del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV N° 09-2006-EF/94.10 y sus normas modificatorias (en adelante, REGLAMENTO DE OPA);



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV

RESOLUCIÓN Nº 206 -2008-EF/94.01.3

7. En la DENUNCIA, TALINGO solicitó fundamentalmente lo siguiente: (a) Que se investigue la presunta actuación concertada entre CLARION y el señor BEATY para la adquisición de participación significativa en SIMSA, incumpliendo con la obligación de realizar una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, OPA); (b) Que se investigue respecto de la celebración de los contratos de donación, por parte de CLARION, a favor de los trabajadores de SIMSA, con el objeto de convertirla en una sociedad anónima abierta; y de ser el caso, se ordene la realización de una OPA por el 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/. 8.20 (Ocho y 20/100 Nuevos Soles) por acción; (c) Que se suspenda el ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA de titularidad de CLARION y el señor BEATY; (d) Que se suspenda indefinidamente la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto emitidas por SIMSA mientras dure la investigación; (e) Que se realice una inspección de los registros principales de SIMSA, tales como libro de actas de junta de accionistas, libro de actas de directorio y libro de matrícula de acciones como parte de la investigación; (f) Que se divulgue al mercado los hechos descritos en la DENUNCIA, así como su notificación al Área de Emisores de la Bolsa de Valores de Lima S.A., SIMSA, CAVALI S.A. ICLV (en adelante, CAVALI) y a las personas y/o entidades que se consideren pertinentes, y; (g) Que se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta;

8. Mediante carta notarial de fecha 09 de enero de 2008, recibida en esa misma fecha, CLARION solicitó al Directorio de SIMSA proceder a realizar la convocatoria a junta general de accionistas para tratar la modificación del Estatuto social para la adaptación a sociedad anónima abierta y la delegación de facultades para la formalización de acuerdos. La solicitud de CLARION se ampara en el hecho que, al cierre del ejercicio 2007, SIMSA contaba con más de 750 accionistas y por tanto ha devenido en una sociedad anónima abierta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 249º de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), resultando por tanto obligatoria la adaptación a dicho régimen societario en observancia de lo dispuesto por el artículo 263º de la citada Ley;

9. Mediante Resolución Directoral de Emisores Nº 105-2008-EF/94.06.3 de fecha 10 de julio de 2008 se dispuso la convocatoria a Junta General de Accionistas de SIMSA para los días se llevará a cabo en primera convocatoria el 07 de agosto de 2008 a las 08:30 horas, en segunda convocatoria el 11 de agosto de 2008 a las 08:00 horas y en tercera convocatoria el 21 de agosto de 2008 a las 08:00 horas. El tema de la agenda a tratar (i) Modificación del Estatuto

Social para adaptar sus disposiciones a las normas imperativas que rigen a las sociedades anónimas abiertas; y (ii) Delegación de facultades para la formalización de acuerdos. Con fecha 12 de julio de 2008, mediante aviso publicado tanto en el Diario Oficial El Peruano como en el diario El Comercio, CONASEV hizo efectiva la convocatoria a dicha junta general de accionistas;

De la solicitud de medida cautelar

10. Con fecha 16 de enero de 2008, TALINGO solicitó una medida cautelar para que se disponga:

- a) Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 72° de la LMV, concordado con el artículo 54° del REGLAMENTO DE OPA, se ordene la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al señor BEATY, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar.
- b) Que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse a una sociedad anónima abierta, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;

11. Respecto a los requisitos establecidos para el amparo de la referida medida cautelar, cabe señalar que sobre la verosimilitud en el derecho invocado, TALINGO sostiene que existen indicios suficientes para considerar que CLARION y el señor BEATY actuaron de forma concertada a efectos de adquirir el control sobre SIMSA;

12. Sobre el peligro en la demora, TALINGO sostiene que la adecuación de SIMSA bajo la forma de una sociedad anónima abierta generaría la posibilidad que CLARION y el señor BEATY, actuando de forma concertada, adopten acuerdos calificados que puedan generar perjuicios a los accionistas minoritarios de SIMSA;

Cuestiones previas

13. A fin de resolver el pedido de medida cautelar, este Tribunal Administrativo considera necesario analizar dos situaciones previas, sin las cuales es imposible entrar al fondo del pedido: (i) La legitimidad de TALINGO para solicitar medidas cautelares, y; (ii) La competencia del Tribunal Administrativo para pronunciarse respecto de la solicitud cautelar;

(i) La legitimidad de TALINGO para solicitar medidas cautelares

14. Como ya se ha indicado, con fecha 28 de diciembre de 2007, TALINGO interpuso una DENUNCIA contra CLARION y el señor BEATY por presunta infracción a los artículos 68° de la LMV y los artículos 4° y 6° del REGLAMENTO DE OPA;

15. El artículo 29° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), dispone que el procedimiento administrativo es "el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados". El artículo 50° de la citada Ley establece que son sujetos del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV

RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3

procedimiento administrativo los administrados y la autoridad administrativa y, a su vez, su artículo 51° dispone que los administrados son aquellos que promueven el procedimiento administrativo como titulares de intereses y derechos individuales o colectivos y aquellos que sin haberlos promovido son titulares de derechos e intereses que pudieran verse afectados en el procedimiento;

16. En ese contexto, la LPAG regula el régimen de actuación de los administrados dentro de un procedimiento administrativo, la cual está regida, fundamentalmente, por las garantías que integran el derecho al debido procedimiento administrativo, conforme lo establece el Artículo IV, numeral 1.2., del Título Preliminar de la mencionada Ley;

17. Ahora bien, la denuncia de TALINGO ha sido realizada dentro del marco de la LMV, cuya finalidad es, de acuerdo a lo señalado por su artículo 1°, promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista;

18. Sin perjuicio de ello y por la naturaleza de la DENUNCIA, ésta supone el ejercicio de la potestad sancionadora de CONASEV, por lo cual su procedimiento administrativo debe sujetarse al régimen establecido en la LPAG, LMV y el Reglamento de Sanciones de CONASEV, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 y sus normas modificatorias (en adelante, REGLAMENTO DE SANCIONES);

19. Bajo este marco normativo debe señalarse que conforme ha sido expuesto en los considerandos precedentes, TALINGO es titular del 22.36% del capital social de SIMSA, por lo que al interponer la DENUNCIA no ha actuado como cualquier tercero sino como un inversionista, cuya adecuada protección es promovida por el artículo 1° de la LMV;

20. Si bien es verdad que el artículo 235.1. de la LPAG señala que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, es posible que lo discutido en él sea de interés de algunos administrados, porque sin perjuicio de la sanción que se pretende imponer al infractor, la conducta sobre la que se discute puede suponer la vulneración de derechos e intereses legítimos particulares, además, de los intereses generales que son los que justifican la imposición de una sanción. De esta manera, de conformidad con lo establecido en el artículo 51° de la LPAG, el administrado cuyo interés ha sido lesionado por la conducta que es materia de un procedimiento administrativo sancionador, también es sujeto de dicho procedimiento en la medida que su derecho se ha visto afectado y por tanto su

actuación se debe adecuar a lo establecido por el Artículo IV, numeral 1.2., del Título Preliminar y el artículo 54° de la LPAG;

21. En el presente caso, la DENUNCIA de TALINGO no sólo supone el ejercicio del derecho de petición que corresponde a cualquier ciudadano para denunciar una infracción, sino que denota un interés legítimo individual, en la medida que de la alegación de los hechos expuestos en su DENUNCIA se advierte la afirmación de una lesión a dicho interés particular, en concreto, a su derecho como accionista de SIMSA a percibir una prima de control en la medida que la capacidad de controlar la sociedad se habría desplazado a CLARION y al señor BEATY sin observar las normas de OPA, hechos que requerirán ser ventilados y meritados en el procedimiento administrativo sancionador;

22. Con ello, el resultado del procedimiento administrativo sancionador a iniciarse no sólo repercutiría en la esfera jurídica de los sujetos denunciados, sino también en la de TALINGO pues, de comprobarse los hechos denunciados, se podría obtener una decisión no solamente destinada a sancionar a los supuestos infractores sino, además, a disponer medidas correctivas que podrían beneficiar patrimonial y directamente al denunciante en su condición de accionista de SIMSA;

23. De esta manera, siendo que TALINGO tiene interés en el resultado del procedimiento administrativo sancionador materia de su DENUNCIA, puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo. En ese sentido, este Tribunal Administrativo considera que una interpretación contraria no sería conforme a la Constitución en la medida que supondría lesionar su derecho a la defensa;

24. Por ello, TALINGO tiene en este procedimiento los derechos propios del debido procedimiento administrativo que, entre otros aspectos, le permiten alegar, probar e impugnar. Desconocer su legitimidad para obrar, supondría infringir gravemente su derecho al debido proceso reconocido expresamente en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política;

25. Por lo expuesto, este Tribunal Administrativo es del criterio que, para el presente caso, no resulta de aplicación lo señalado en el sexto párrafo del artículo 10-A del REGLAMENTO DE SANCIONES —previsto para aquel administrado que no sustenta ni necesita sustentar la afectación inmediata “algún derecho o interés legítimo”, porque no es parte ni tercero legitimado y consecuentemente no puede realizar ningún acto procesal— puesto que se ha evidenciado la existencia de un interés individual que justifica la participación de TALINGO;

(ii) La competencia del Tribunal Administrativo para dictar medidas cautelares en el presente procedimiento

26. Habiendo dilucidado la participación de TALINGO en el procedimiento administrativo sancionador, corresponde ahora que apreciemos si en tal calidad puede o no solicitar medidas cautelares, más aún si durante el informe oral que se ha llevado a cabo para resolver esta solicitud —y también a través de sus escritos de alegatos presentados posteriormente—, TALINGO ha argumentado en el sentido que, como parte integrante de su derecho al debido proceso, le corresponde el derecho fundamental a la tutela cautelar;

27. El Tribunal Administrativo tiene reconocida la facultad de dictar medidas cautelares en el artículo 10°, inciso g), del Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-E, y en el artículo 8°, inciso l), de su Estatuto, aprobado por Resolución CONASEV 030-2007-EF/94.10, que prevén su competencia en los casos sometidos a su conocimiento.

“AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ”



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV
RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3**

Frente a ello, cabría preguntarse si esta competencia se extiende a aquellas solicitudes de tutela cautelar interpuestas de manera previa a que el Tribunal Administrativo conozca el procedimiento administrativo sancionador tal como lo sostiene el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3¹ o más bien si se debe adoptar una interpretación literal a pesar de que ésta pueda lesionar el derecho al debido procedimiento del administrado;

28. Al respecto, debe indicarse que el derecho de los administrados de solicitar medidas cautelares en el ámbito del mercado de valores es un derecho fundamental que se deriva del artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política;

29. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, en la STC N° 00015-2005-AI², que el derecho de tutela cautelar es un derecho fundamental el mismo que no es privativo de cortes judiciales sino que también es extensivo a la sede administrativa;

30. La doctrina también se orienta en esa misma línea, siendo que Francisco Chamorro Bernal³ ha señalado que *“Ensamblando todos estos preceptos a través de este mecanismo regulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que (...) nuestro derecho nacional alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que he visto por su envés, significa que el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea*

¹ Al respecto, la Dirección de Emisores de la CONASEV señala que, sobre la base de lo dispuesto por el Artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG, son aplicables al procedimiento administrativo las disposiciones del Código Procesal Civil y además sostiene que el dictado de una medida cautelar en forma previa al inicio de un procedimiento administrativo sancionador no solo resulta lícita, sino que asimismo resulta coherente con la finalidad que ésta busca cumplir, es decir mitigar el perjuicio potencial que podría generarse respecto del beneficiado por dicha medida en el caso que no se dictase en forma oportuna y se tuviese que esperar el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

² *“Antes de entrar a dilucidar sobre el tema materia de institucionalidad, es pertinente precisar algunos conceptos sobre la institución de la medida cautelar. Al respecto, coincidimos con la doctrina en la definición tradicional de la medida cautelar en tanto el proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, definición que también resulta aplicable a los procedimientos administrativos como el que nos ocupa”.* (Énfasis agregado)

³ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: BOSCH, 1994, p.287, nota 13.

necesaria para asegurar la plena efectividad del acto Terminal (resolución administrativa, o en su caso, judicial)”,

31. Siendo entonces la tutela cautelar un derecho fundamental, éste le otorga a su titular un derecho efectivo que tiene como correlato un deber de la administración pública de tramitar, conceder y ejecutar las medidas cautelares que le sean solicitadas siempre que se cumplan los presupuestos para ello, aún cuando dicha posibilidad no haya sido desarrollada legislativamente, puesto que no resulta admisible que en un estado derecho, el ejercicio a la tutela cautelar solamente pueda existir en tanto y en cuanto el legislador lo contemple o lo desarrolle en una norma con rango de Ley;

32. Como ya se ha indicado el Tribunal Administrativo se encuentra facultado para dictar medidas cautelares con prescindencia de si se hubiera iniciado o no un procedimiento administrativo sancionador, siendo necesario precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la tutela cautelar es un derecho fundamental y, por tanto, aún en ausencia de previsión legal y reglamentaria, la administración pública no puede sustraerse de su deber de otorgar dicha cautela⁴;

33. Por tanto, este Tribunal Administrativo es plenamente competente para conocer, evaluar, tramitar y eventualmente conceder la medida cautelar solicitada por TALINGO;

De la evaluación de la solicitud cautelar formulada por TALINGO

A. Marco conceptual: Presupuestos de la solicitud cautelar

34. Son presupuestos de la solicitud de la medida cautelar la apariencia de *fundabilidad* de la pretensión principal (verosimilitud), peligro en la demora y la adecuación;

35. La verosimilitud está referida a que el solicitante deberá demostrar al operador del derecho que la pretensión principal —la cual se pretende garantizar— tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada en el pronunciamiento final. Siendo que esta medida se solicita en el transcurso del proceso, resulta imposible tener certeza que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la decisión final, debiendo tenerse en cuenta, además, que la propia urgencia en la búsqueda de un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la *fundabilidad* de la pretensión llevada al procedimiento⁵ (*fumus boni iuris*);

36. El peligro en la demora (*periculum in mora*) constituye el presupuesto más importante de la medida cautelar⁶ y está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento definitivo. Su existencia no

⁴ El 28 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1061, norma que, entre otros, adiciona el artículo 358° a la LMV, el cual establece de manera expresa la facultad de dictar medidas cautelares con prescindencia de si se hubiera iniciado o no un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, se trata solamente de un reconocimiento expreso puesto que en nada abunda a las consideraciones expuestas en la medida que la facultad de dictar medidas cautelares deriva del marco normativo constitucional.

⁵ MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una TEORÍA CAUTELAR*, Lima, Comunidad, 2002, p.173.

⁶ Op.cit. p.175.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV

RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3

solamente está sustentado en actos maliciosos del denunciado que impidan las pretensiones del denunciante, sino que el solo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial. El *periculum in mora* está destinado a proteger que lo pedido al momento de demandar (petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la decisión final declare fundada la pretensión;

37. La adecuación está directamente relacionada con la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de tutela⁷ y se funda en las premisas de mantener la igualdad en el proceso y evitar perjuicios innecesarios. Cuando se habla de congruencia se hace referencia a la correlación lógica que necesariamente debe establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela y cuando se habla de proporcionalidad se hace referencia a la calificación cuantitativa y no cualitativa en la correlación necesaria que debe existir entre la medida otorgada y el objeto que ésta busca asegurar;

38. Para el caso, la medida cautelar que se otorga debe permitir que la medida correctiva que se vaya a otorgar en la resolución final se pueda ejecutar;

B. De la medida cautelar solicitada: Evaluación de los presupuestos cautelares

(i) De la solicitud cautelar

39. Como ya se ha indicado, TALINGO ha solicitado lo siguiente:

- a) Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 72° de la LMV, concordado con el artículo 54° del REGLAMENTO DE OPA, se ordene la

⁷ Op.cit. p.189.

suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al señor BEATY, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar.

- b) Que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse a una sociedad anónima abierta, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;

(ii) De la verosimilitud

40. TALINGO ha denunciado que las adquisiciones de acciones de SIMSA del 11 de julio de 2007 realizadas por CLARION y el señor BEATY y la posterior donación (21, 22 y 23 de diciembre de 2007) a más de 750 personas de un paquete de diez acciones a cada una por parte de CLARION, no tendrían ninguna relevancia jurídica si es que no estuvieran dirigidas, mediante una evidente estrategia concertada entre dichas personas, hacia la adquisición de una participación significativa en SIMSA y hacia su posterior transformación en una sociedad anónima abierta;

41. Ello con la finalidad de tomar el control absoluto de dicha sociedad, habida cuenta que para dicha forma societaria —la de sociedad anónima abierta— rigen un quórum y mayorías significativamente menores a las establecidas por el Estatuto Social de SIMSA, el cual exige, para acuerdos importantes, mayorías del 80% de las acciones, lo que hace necesario un consenso entre los accionistas para la adopción de acuerdos y confiere un poder de veto importante a los accionistas minoritarios frente a eventuales acuerdos que los pudieran afectar;

42. Según sostiene TALINGO, la estrategia se ha desarrollado para tener el control absoluto de SIMSA. El primer acto de dicha estrategia se habría configurado con las adquisiciones de fecha 11 de julio de 2007 que realizaron CLARION y el señor BEATY, cuya tenencia conjunta representa el 50.069925% del capital social de SIMSA; el segundo acto se configura con las donaciones de acciones realizadas por CLARION a más de 750 personas, pues esto ha determinado que SIMSA tenga la condición de sociedad anónima abierta, cuya consecuencia es la reducción de quórum y mayorías para adoptar acuerdos, que es lo que precisamente (con su tenencia conjunta del 50.069925% del capital social) les permite tener el control absoluto de la sociedad, habida cuenta que la exigencia establecida por la Ley General de Sociedades con respecto a quórum y mayorías en este tipo de forma societaria en ningún caso exige una cantidad mayor al 50% más una acción;

43. Como prueba de lo afirmado en su DENUNCIA, presenta una serie de indicios cuya apreciación y lectura conjunta —a criterio de TALINGO— explican de manera razonable y suficiente la concertación entre CLARION y el señor BEATY para tomar el control de SIMSA, precisando además que no existen contraindicios que muestren una explicación distinta, razonable y verosímil a los hechos materia de la DENUNCIA ;

44. TALINGO señala que los indicios son los siguientes: (1) El valor pagado por el señor BEATY por las acciones de SIMSA el 11 de julio de 2007 no resulta razonable a menos que se considere que conlleva el pago de una prima de control; (2) El porcentaje de acciones comunes adquirido por el señor BEATY —experto especulador— no obstante que las acciones de inversión de SIMSA son más líquidas; (3) Oportunidad de las adquisiciones realizadas por CLARION y el señor BEATY —dos adquisiciones con tan solo 14 segundos de diferencia—; (4)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3

Proximidad de los porcentajes adquiridos por CLARION y el señor BEATY a efectos de alcanzar una participación significativa justo por encima del 50%; (5) Participación de la señora Isabel Arias de Millership en la adquisición del señor BEATY; (6) Defensa del señor BEATY por parte de CLARION; (7) La transformación de SIMSA a una sociedad anónima abierta como efecto del incremento de su número de accionistas —por un acto supuestamente altruista de CLARION— es el acto que da sentido a todo lo anterior, más aún si la donación se hizo con bloqueo del derecho de disposición por parte de los donatarios;

45. En efecto, se ha corroborado que el Estatuto Social de SIMSA vigente a la fecha exige para acuerdos trascendentes (como se aprecia de su artículo vigésimo quinto), mayorías del 80% de las acciones, lo que hace necesario un consenso entre los accionistas para la adopción de acuerdos y confiere un poder de veto importante a los accionistas minoritarios frente a eventuales acuerdos que los pudieran afectar (artículos vigésimo séptimo y trigésimo noveno, literal B, del Estatuto social de SIMSA);

46. Conforme se aprecia en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 de la Dirección de Emisores, se encuentra debidamente acreditado que las adquisiciones de acciones emitidas por SIMSA realizadas por CLARION y el señor BEATY el 11 de julio de 2007 se dieron con una diferencia de 14 segundos;

47. Adicionalmente a ello, del citado Informe N° 164-2008-EF/94.06.3, se puede apreciar que es un hecho objetivo que con las adquisiciones realizadas el 11 de julio de 2007 entre CLARION (sumada a su tenencia anterior) y el señor BEATY, la tenencia conjunta de ambas personas supera el 50% del accionariado de SIMSA⁸;

48. Si bien la adquisición de más del 50% de las acciones de SIMSA por parte de CLARION y el señor BEATY —sin perjuicio del análisis del cruce de dicho umbral⁹— no significa el desplazamiento real del control hacia los

⁸ 50.069925%.

⁹ En efecto el artículo 4°, inciso c), del REGLAMENTO DE OPA establece que la adquisición o incremento de participación significativa genera la obligación de efectuar una OPA siempre que acarree que el adquirente alcance o supere una participación de 25%, 50% ó 60% en el capital social de la sociedad objetivo o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita: i) remover o designar a la mayoría de los directores, o ii) modificar los estatutos de la sociedad.

adquirentes por las características estatutarias de SIMSA, el hecho que en el mes de diciembre de 2007 —es decir, pocos meses después de las adquisiciones a que se refieren los dos considerandos precedentes— CLARION haya realizado donaciones de paquetes de 10 acciones cada uno a más de 750 personas (según indica el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3), si generaría un escenario en el que la tenencia de más del 50% del accionariado signifique la adquisición real del control al originar la adaptación a sociedad anónima abierta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 249°, inciso 2, de la LGS, puesto que las mayorías establecidas por dicha Ley para dicho régimen societario son significativamente menores a los establecidos en el actual Estatuto de SIMSA;

49. A ello debe agregarse que, según se desprende de los contratos de donación que obran en el expediente así como de las cartas remitidas a Centura sociedad agente de bolsa, los donatarios de las acciones tienen bloqueado su derecho de disposición sobre las mismas, en la medida que en la cláusula sexta de los referidos contratos se ha pactado que *“el donatario se obliga a no transferir las acciones a ninguna persona por un plazo de dieciocho meses contado a partir de la fecha del presente contrato”*;

50. Adicionalmente a lo anterior, debe indicarse que también se encuentra debidamente acreditado que mediante carta notarial de fecha 09 de enero de 2008, CLARION solicitó al Directorio de SIMSA proceder a realizar la convocatoria a junta general de accionistas para tratar la modificación del Estatuto social para la adaptación a sociedad anónima abierta y la delegación de facultades para la formalización de acuerdos, amparándose en el hecho que, al cierre del ejercicio 2007, SIMSA contaba con más de 750 accionistas, siendo necesario precisar que a la fecha se encuentra en curso una convocatoria para tal fin realizada por CONASEV, a solicitud de la propia CLARION, mediante aviso publicado tanto en el Diario Oficial El Peruano como en el diario El Comercio el 12 de julio de 2008;

51. En lo relativo al indicio sobre el porcentaje de acciones comunes adquirido por el señor BEATY debe indicarse que la motivación para tal operación no hallaría una explicación razonable en la mera especulación de las acciones comunes de SIMSA, conducta que caracterizaría al citado señor según el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 y lo afirmado por TALINGO a través de sus diversos escritos¹⁰, habida cuenta del bajo nivel de liquidez de dichas acciones ya que no registran movimiento o dinamismo bursátil considerable, lo que trae como consecuencia que dicho valor tenga poco atractivo para un inversionista con ánimo especulativo, reforzándose así el argumento de la existencia de una motivación relacionada con la toma de control de SIMSA;

52. En cuanto al indicio en el sentido que el valor pagado por el señor BEATY por las acciones de SIMSA el 11 de julio de 2007 no resulta razonable a menos que se considere que conlleva el pago de una prima de control, debe indicarse que, si bien las acciones comunes de la sociedad registraban poco movimiento y las operaciones eran de poca entidad o envergadura, en principio, el precio pagado por el señor BEATY estaría dentro de los rangos en los que se

¹⁰ Con respecto al señor BEATY, el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 señala textualmente lo siguiente: *“De este modo, de acuerdo con lo señalado anteriormente, podríamos concluir que el señor BEATY acostumaría actuar como un mero accionista inversor y especulador en el Mercado de Valores peruano y no necesariamente como un accionista controlador, por lo cual quedaría desvirtuado el INDICIO N° 3, en virtud del cual se señalaba que las inversiones de señor BEATY representan una participación mayoritaria en las empresas, teniendo la calidad, por lo general, de accionista controlador”*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV

RESOLUCIÓN N° 206-2008-EF/94.01.3

negociaba dicho valor, aunque posteriormente el valor registra una caída bastante acentuada en cuanto a su precio, según se observa del portal de CONASEV. Adicionalmente, cabe indicar que TALINGO ha presentado una valorización de parte con respecto a las acciones de SIMSA al 30 de junio de 2007, mediante la cual se evidenciaría que el precio de las acciones de SIMSA —valorizadas sobre la base de información pública— sería significativamente menor al precio pagado por el señor BEATY, lo cual convertiría a este hecho en un indicio con respecto a las razones que habría tenido dicho señor para realizar la adquisición, lo cual deberá ser investigado por el órgano instructor en el principal;

53. Con respecto a la participación de la señora Isabel Arias de Millership en la operación de adquisición del señor BEATY del 11 de julio de 2007, es necesario señalar que, en efecto, se encuentra acreditado que dicha señora fue quien comunicó a la sociedad agente de bolsa Credibolsa y a representantes de CLARION del interés del señor BEATY de adquirir una participación en el capital social de SIMSA, sin embargo no se ha acreditado la relación entre dicha señora y CLARION;

54. Finalmente, en lo que referido al indicio sobre la defensa que hace CLARION del señor BEATY, según afirmaciones de TALINGO, debemos indicar que dicho elemento por sí mismo no evidencia concertación, sin embargo es un elemento que debe ser apreciado en conjunto con los demás indicios;

55. De la apreciación conjunta de los indicios debidamente acreditados a los que se ha hecho referencia entre los considerandos 45 y 54, este Tribunal Administrativo considera que es probable que haya habido una toma de control concertada entre CLARION y el señor BEATY, lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la LMV concordado con el artículo 4°, inciso c), del REGLAMENTO DE OPA, habría generado la obligación de realizar una OPA la que precisamente se habría omitido en este caso, lo que además se ratifica con la propia declaración de CLARION que obra en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 según la cual las donaciones realizadas se habrían hecho con el propósito de quebrar el régimen estatutario vigente que fuerza los consensos¹¹, en la medida que son esas donaciones

¹¹ El Informe N° 164-2008-EF/94.06.3, en su página 7, reproduce lo afirmado por CLARION:

"Respecto a las donaciones efectuadas, CLARION señala que la finalidad de las donaciones fue (i) otorgar un beneficio en especie a todos los accionistas de la sociedad (en forma de acciones cuya transferencia está parcialmente restringida), como incentivo, y (ii) liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento y desgobierno en la que venía sumida como consecuencia del mal uso del derecho de veto estatutario, el

las que generan la necesidad de adaptación a un régimen de sociedad anónima abierta en la que la tenencia conjunta de más del 50% del capital social por parte de CLARION y el señor BEATY determinaría el desplazamiento del control de SIMSA en su beneficio, lo que a juicio de este colegiado configura el presupuesto de la verosimilitud del derecho requerido para la concesión de una medida cautelar;

(iii) Del peligro en la demora

56. TALINGO sostiene que la adecuación de SIMSA bajo la forma de una sociedad anónima abierta generaría la posibilidad latente que CLARION y el señor BEATY, actuando de forma concertada, adopten acuerdos calificados que puedan generar perjuicios a los accionistas minoritarios de SIMSA;

57. Tal como ya se ha señalado el peligro en la demora está referido a la amenaza de que el procedimiento se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido hasta el pronunciamiento definitivo. En el caso a que se contrae la presente Resolución, se aprecia que, en efecto, ante una convocatoria a junta general de accionistas, el órgano societario debe acordar la adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta, lo cual conlleva, por un lado, una reducción significativa en los porcentajes sobre mayorías —y con ello la pérdida del derecho de veto de los accionistas minoritarios contemplado en el actual Estatuto Social de SIMSA— y, por otro lado, podría conllevar a que se adopten acuerdos que afecten los derechos de los accionistas minoritarios;

58. Según ha señalado TALINGO, en su condición de accionista podría sufrir perjuicios irreparables como producto de la adaptación en los temas que corresponde evaluar y acordar ya sea a nivel de junta general de accionistas¹² como de directorio¹³;

cual posibilita que cualquiera de los tres principales accionistas (CLARION, TALINGO y Orange Bay Comercial Inc. — y en su momento WHITE PEAK) pudieran, sin mayor razón, oponerse a cualquier acuerdo y generar una situación de desgobierno.

Al no existir alternativa para suprimir el derecho de veto estatutario, la única vía legal que permitió válidamente recomponer los quórum y mayorías, fue la conversión de la empresa al tipo societario de sociedad anónima abierta. De este modo, CLARION señala que el único derecho que se afecta (de manera absolutamente legítima) es el veto estatutario, el cual ha generado un desgobierno perjudicial para SIMSA y sus accionistas. En tal sentido, con la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, se estaría consiguiendo la debida protección de las minorías”.

¹² TALINGO señala que los perjuicios podrían configurarse con relación a lo siguiente:

1. La modificación del estatuto.
2. Decisiones sobre la posición de la empresa en relación con cualquier cambio en el objeto social de cualquiera de las subsidiarias de la sociedad.
3. La emisión de obligaciones de cualquier clase así como cualquier plan de conversión de acciones del trabajo en acciones comunes,
4. La adopción de la política de distribución de dividendos o utilidades, en efectivo o en especie, así como cualquier modificación o excepción que se disponga con relación a esta.
5. La compra o adquisición bajo cualquier otro título de acciones del trabajo de la sociedad.
6. La emisión de obligaciones
7. La enajenación en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad

Según TALINGO, otra consecuencia negativa que podría surgir en contra suya se deriva de los acuerdos de aumento de capital que CLARION y el señor BEATY podrían adoptar, previendo la limitada solvencia de algunos accionistas minoritarios, quienes se verían impedidos en la práctica de ejercer nuestro derecho de suscripción preferente por falta de recursos económicos.

“AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ”



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV
RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3**

59. De acuerdo con lo expuesto, tenemos que esperar el pronunciamiento final de la administración de CONASEV ante la DENUNCIA formulada por TALINGO, podría ocasionar que durante dicho intervalo de espera tengan lugar juntas de accionistas y sesiones de directorio en las cuales se adopten acuerdos que supongan afectaciones a TALINGO en su condición de accionista de SIMSA o que

Otra posibilidad, es que CLARION y el señor BEATY acuerden una fusión o escisión no queridas por los demás accionistas y que, por medio de ellas, se llegue a diluir el porcentaje de los demás accionistas.

¹³ Conforme a lo establecido en el literal B del artículo 39 del Estatuto actual de SIMSA, se requiere el voto favorable de al menos 7 de los 8 Directores de la empresa, para adoptar alguno de los siguientes acuerdos especiales:

1. La compra o adquisición por cualquier título o la venta, arrendamiento o disposición de cualquier activo bajo cualquier título, cuyo valor sea superior a la suma de US\$ 1' 000,000.00 o su equivalente en moneda nacional, sea en una transacción individual o en una serie de operaciones relacionadas.
2. La venta, arrendamiento o disposición por cualquier título de cualquier propiedad de la sociedad.
3. La obtención de líneas de crédito, sobregiros o cualquier tipo de endeudamiento que supere la cantidad de US\$ 1'000,000.00 o su equivalente en moneda nacional, sea en una operación individual o en una serie de operaciones relacionadas entre si, y con excepción del endeudamiento para capital de trabajo de corto plazo que requiera la empresa en el curso ordinario de sus actividades, siempre que no exceda de US\$ 1' 500,000.00 y por un plazo máximo de 45 días en cada caso.
4. La constitución de cualquier hipoteca, gravamen, fianza, aval, etc. que supere la cantidad de US\$ 1'000, 000.00.
5. La realización de cualquier operación individual o serie relacionada de actos con cualquier afiliada de la sociedad (excluyendo a los miembros del grupo familiar) que involucre una cantidad mayor a US\$ 500,000.00.
6. La realización o asunción de la obligación de realizar inversiones de capital por montos superiores a US\$ 1'000,000.00.
7. La decisión de detener, suspender o restringir las labores de la empresa.
8. La celebración o modificación de cualquier contrato de comercialización de largo plazo o acuerdos similares.
9. La determinación o modificación de la política de coberturas de la empresa en contratos de derivados, futuros, hedging o convenios similares, así como la suscripción de tales contratos cuando estos alejen de la política establecida en este punto.
10. El Nombramiento y remoción del Gerente General.
11. La eventual delegación de alguna de estas facultades.

los denunciados (CLARION y el señor BEATY) transfieran las acciones cuya adquisición —supuestamente concertada— para tomar control en SIMSA ha denunciado TALINGO;

60. En consecuencia, la solicitud cautelar formulada por TALINGO también cumple con el presupuesto cautelar de peligro en la demora, máxime si con fecha 12 de julio de 2008, mediante aviso publicado tanto en el Diario Oficial El Peruano como en el diario El Comercio, CONASEV ha convocado a junta general de accionistas, la cual tratará como uno de sus puntos de agenda la adaptación de SIMSA al régimen de sociedad anónima abierta;

61. Lo anterior, supone que se deben adoptar las medidas necesarias para que los derechos de TALINGO, como accionista de SIMSA, no se vean afectadas por los eventuales acuerdos que se pudieran adoptar en el marco de un nuevo régimen societario. En ese sentido, las medidas a adoptar deben hacerse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 72^{o14} de la LMV;

(iv) De la adecuación

62. La medida cautelar que debe otorgar este Tribunal Administrativo debe ser congruente y proporcional con el objeto que es materia de tutela;

63. Para tal efecto es preciso señalar que la pretensión principal del denunciante está orientada a demostrar que CLARION y el señor BEATY han adquirido control en el capital de SIMSA de manera concertada y que por tanto CONASEV debe ordenar la realización de una OPA por el 24.999951% del capital social de SIMSA;

64. Frente a la pretensión principal antes anotada, TALINGO ha formulado una solicitud cautelar para que, de conformidad con lo

¹⁴ "Artículo 72° INCUMPLIMIENTO

En caso de incumplimiento de las normas precedentes, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Quien adquiera o incremente su participación significativa sin observar el procedimiento respectivo, queda suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas, obligado a su venta mediante oferta pública en un plazo no mayor de dos (2) meses. Mientras dure la suspensión de los valores indicados, los mismos no se computarán para el quórum.

Sin perjuicio de lo anterior, CONASEV podrá excepcionalmente determinar adicionalmente la suspensión de los derechos inherentes a las acciones que tuviese de manera previa a la adquisición o incremento de participación significativa, así como determinar que dicha tenencia previa no se computa para efectos del quórum.

En caso de obtener una ganancia de capital como producto de la venta de las acciones adquiridas, deberá entregarla a los accionistas que le transfirieron tales valores. Es nulo todo acuerdo que se adopte ejerciendo la representación de las acciones adquiridas con prescindencia de la obligación de realizar una oferta pública de adquisición, así como todo acto de disposición que se efectúe con tales valores.

CONASEV podrá determinar los casos de excepción a la obligación de venta por oferta pública establecida en el primer párrafo del presente inciso, siempre que esto sea más beneficioso al interés del mercado y el obligado realice una oferta pública de adquisición por el 100% del capital social.

Lo dispuesto en el presente inciso es de aplicación en lo pertinente a los casos de incumplimiento de la obligación de efectuar una oferta pública de adquisición cuando se trate de supuestos distintos de la adquisición de acciones a que se refiere el primer párrafo.

CONASEV tiene personería para interponer las acciones correspondientes, con arreglo a lo normado en el Artículo 139 de la Ley General de Sociedades. El ejercicio de este derecho caduca en el plazo de un (1) año contado desde la adopción del acuerdo; y,

b) CONASEV no excluirá el valor del Registro si previamente no se ha efectuado la oferta pública de compra a que se refiere el Artículo 69°.

“AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ”



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV
RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3**

establecido por el artículo 72° de la LMV, concordado con el artículo 54° del REGLAMENTO DE OPA, se ordene la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al señor BEATY, y se ordene además la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse a una sociedad anónima abierta, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la DENUNCIA que originó la interposición de la medida cautelar;

65. Como se aprecia, existe congruencia entre la pretensión principal de TALINGO en el procedimiento y su solicitud de medida cautelar puesto que la eventual determinación de existencia de concertación entre CLARION y el señor BEATY derivaría en la obligación de éstos de formular una OPA o eventualmente vender el porcentaje que les permitió adquirir el control, supuesto en el cual resultaría razonable que las acciones de dichos accionistas se encuentren suspendidas en sus derechos políticos;

66. No obstante lo señalado en el considerando previo, también corresponde hacer una evaluación sobre la proporcionalidad del contenido de la solicitud cautelar. En este punto corresponde señalar que la solicitud de suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al señor BEATY, a criterio de este Tribunal Administrativo, no guarda proporcionalidad con el bien materia de tutela puesto que la medida tendría por objetivo evitar que la participación conjunta de ambos accionistas de SIMSA, eventualmente, resulte determinante en los acuerdos que pueda adoptar la junta general de accionistas de dicha sociedad. Para ello bastaría con suspender los derechos de las acciones emitidas por SIMSA adquiridas por CLARION y el señor BEATY el 11 de julio de 2007 y no de la totalidad de las acciones pertenecientes a CLARION, habida cuenta que una medida de esa naturaleza dejaría sin participación a dicho accionista y sus derechos se podrían ver afectados por los acuerdos que adopten los otros accionistas;

67. Por otro lado, respecto a la solicitud de que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse a una sociedad anónima abierta hasta que se resuelva de manera definitiva la DENUNCIA, este Tribunal Administrativo considera que esta medida cautelar resultaría innecesaria atendiendo a la suspensión de los derechos políticos a la que se refiere el considerando precedente.

68. En consecuencia, este Tribunal Administrativo es del criterio que la solicitud de medida cautelar debe declararse infundada en el extremo de que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse a una sociedad anónima abierta y parcialmente fundada con respecto a la suspensión de los derechos políticos de las acciones de CLARION y del señor BEATY en el extremo referido al caso de las adquiridas el 11 de julio de 2007;

C. Medida cautelar de oficio

69. De acuerdo a lo establecido en el artículo 611° del Código Procesal Civil, la potestad de dictar medidas cautelares no se encuentra restringida a aquellas que expresamente se han solicitado, sino que se permite al juzgador el dictado de cualquier otra medida cautelar, siempre que se considere adecuada a garantizar la eficacia de la decisión que se dictaría al término del proceso, facultad que se encuentra ratificada con lo establecido en el artículo 8°, inciso l), del Estatuto del Tribunal Administrativo de la CONASEV;

70. En ese sentido, en el presente caso, dentro del marco de la protección del accionista minoritario al que se refiere el artículo 1° de la LMV, la Resolución cuya eficacia se pretende garantizar puede incluir, al amparo de lo dispuesto por el artículo 72° de la LMV, el dictado de una medida correctiva consistente en la suspensión de los derechos inherentes a las acciones adquiridas con infracción a las normas de OPA, entre los cuales se encuentra el derecho de disposición sobre dichas acciones por parte de sus titulares;

71. En ese sentido, habiéndose establecido en la presente Resolución cómo a juicio de este Tribunal Administrativo, se cumple con el requisito de la verosimilitud del derecho, es preciso señalar que durante el tiempo que dure el procedimiento administrativo, existe el riesgo que CLARION y el señor BEATY transfieran las acciones adquiridas el 11 de julio de 2007, haciendo de este modo absolutamente ineficaz la medida correctiva que pudiera dictarse, este Tribunal Administrativo considera necesario, además, disponer la suspensión del derecho de disposición, de las acciones emitidas por SIMSA y adquiridas por CLARION y el señor BEATY el 11 de julio de 2007 en tanto no haya un pronunciamiento sobre la indicada DENUNCIA;

72. Asimismo, en el marco de lo dispuesto por el artículo 72° de la LMV que contempla la suspensión de los derechos inherentes a las acciones —sin perjuicio de lo concluido en los considerandos 65 y 66— y con la finalidad de garantizar una eventual medida correctiva que se dicte en el pronunciamiento sobre la denuncia formulada por TALINGO, este Tribunal Administrativo considera necesario, además, disponer de oficio la suspensión del derecho de disposición, de las acciones emitidas por SIMSA y adquiridas por CLARION y el señor BEATY el 11 de julio de 2007 en tanto no haya un pronunciamiento sobre la indicada DENUNCIA;

D. Inicio del procedimiento administrativo sancionador

73. Finalmente, es necesario señalar que, habiéndose determinado la existencia de verosimilitud como presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar, y al amparo de lo dispuesto por el Artículo IV, incisos 1.3 y 1.10, del Título Preliminar de la LPAG, artículo 8°, incisos p) y s) de su Estatuto, este Tribunal Administrativo considera que resulta necesario que el órgano instructor, la Dirección de Emisores de la CONASEV, proceda con la iniciación del

“AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ”



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3

procedimiento administrativo sancionador en atención a la denuncia formulada por TALINGO contra CLARION y el señor BEATY , con el objeto que en una amplia investigación y con las garantías del debido proceso se logre que la instrucción aporte mayores elementos de juicio que contribuyan a la adopción de la decisión definitiva;

E. De los escritos presentados por CLARION

74. No obstante que la tramitación de solicitudes cautelares, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 637° del Código Procesal Civil (norma supletoria aplicable al presente caso), opera *inaudita pars*, es decir, sin conocimiento de la otra parte, CLARION ha cursado escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio de 2008 a este colegiado, los cuales deben ser declarados inadmisibles por la misma naturaleza del trámite de una medida cautelar;

Estando a lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal Administrativo, aprobado por Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10, así como con el voto unánime de los señores vocales del Tribunal Administrativo de CONASEV reunidos en sesión de fecha 21 de julio de 2008.

Se Resuelve:

Artículo 1°.- Declarar fundada en parte la solicitud cautelar de Talingo Corporation disponiéndose la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., pertenecientes a Clarion Holding Ltd. en número de tres millones trescientos mil (3'300,000) y al señor Ross J. Beaty, en número de un millón (1'000,000) que fueran adquiridas por dichas personas el 11 de julio de 2007 hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar.

Artículo 2°.- Declarar infundada la solicitud de medida cautelar de Talingo Corporation en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de Minera San Ignacio de Morococha S.A. de adaptarse a una sociedad anónima abierta.

Artículo 3°.- Disponer de oficio la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones emitidas por Compañía Minera San

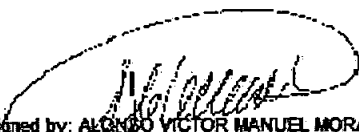
Ignacio de Morococha S.A. y adquiridas por Clarion Holding Ltd., en número de tres millones trescientos mil (3'300,000), y por el señor Ross J. Beaty, en número de un millón (1'000,000) el 11 de julio de 2007, hasta que no haya un pronunciamiento sobre la indicada denuncia.

Artículo 4°.- CONASEV, a través de sus órganos competentes, supervisará la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que, si fuera necesario, ésta pueda ser variada para que no pierda eficacia, vigilando su proporcionalidad y adecuación, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. que infrinja las normas de oferta pública de adquisición.

Artículo 5°.- Disponer que la Dirección de Emisores de la CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra Clarion Holding Ltd. y el señor Ross J. Beaty.

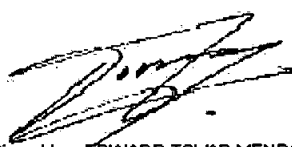
Artículo 6°.- Declarar inadmisibles los escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio de 2008 cursados por Clarion Holding Ltd.

Artículo 7°.- Transcribir la presente Resolución a Talingo Corporation, a Clarion Holding Ltd., al señor Ross J. Beaty y a Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. y a CAVALI S.A. ICLV.




Signed by: ALONSO VICTOR MANUEL MORALES ACOSTA
 Signing time: Wednesday, July 23 2008, 23:7:23 GMT
 Location: Tribunal
 Reason to sign: cautelar Talingo

Alonso Morales Acosta
Vicepresidente



Signed by: EDWARD TOVAR MENDOZA
 Signing time: Wednesday, July 23 2008, 23:18:18 GMT
 Reason to sign: resolucio tribunal

Edward Tovar Mendoza
Vocal



Signed by: GIOVANNI PRIORI POSADA
 Signing time: Thursday, July 24 2008, 19:51:58 GMT

Giovanni Priori Posada
Vocal

“AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ”



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV
RESOLUCIÓN N° 206 -2008-EF/94.01.3

Signed by: ALIX FERNANDO GODOS GARCIA
Signing time: Thursday, July 24 2008, 20:17:7 GMT
Location: Secretaría Técnica del Tribunal Administrativo de la CONASEV
Reason to sign: Transcripción de Resolución

Alix Godos
Secretario Técnico

**EXPEDIENTE NUMERO 14485-2008-74-1801-JR-CI-17
MEDIDA CAUTELAR FUERA DE PROCESO**

RESOLUCION NUMERO TRES

Lima, Cinco de Agosto del dos mil ocho.-

Dado cuenta con autos: Téngase por devuelto el presente Cuaderno de Medida Cautelar, y cumpliendo con la orden de la Sala Civil Superior de calificar la Medida Cautelar solicitada, se procede a hacerlo en los siguientes términos: **AUTOS Y VISTOS:** y, **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, en primer lugar, resulta pertinente dejar expresa constancia de que, si bien es cierto a través de la Resolución número uno de fecha treinta y uno de Marzo del 2008, se consideró que esta judicatura no podía entrar a calificar el fondo de la petición cautelar, por tener el suscrito el criterio de ser incompetente respecto del futuro proceso cognoscitivo cuya instauración ha propuesto la Demandante, no es menos cierto que el tema competencial ha quedado zanjado -por lo menos para efectos de calificar la petición cautelar- de acuerdo a lo resuelto por la Sala Civil Superior, mediante Resolución de Vista que corre a folios 166 y siguientes de este Cuaderno; **SEGUNDO:** Que, en este orden de ideas, más allá del criterio del suscrito, de haberse considerado incompetente para conocer de la presente petición cautelar y del futuro proceso cognoscitivo que tendría lugar -en razón de ser asuntos de carácter societario que tendrían que verse por los Juzgados comerciales-, se tiene la convicción de estar obligado a cumplir con el mandato superior, pues el Poder Judicial es una institución jerarquizada, en la cual por seguridad jurídica y coherencia, necesariamente tienen que respetarse y prevalecer los criterios del superior jerárquico, establecidos al resolverse Recursos impugnatorios, lo que precisamente es aplicable a la situación aquí planteada, quedando en todo caso la posibilidad de reevaluarse la competencia de esta judicatura más adelante, en las estaciones procesales que están definidas por la Doctrina del Despacho Saneador y las normas procesales pertinentes; **TERCERO:** Que, dada la definición de competencia a favor de esta judicatura, la preocupación inmediata del Juez es verificar si en este caso debe brindarse tutela jurisdiccional a la recurrente, máxime si lo que se reclama es "Tutela Urgente", pues no es tolerable más dilaciones a las que se han producido en este caso en la tramitación del Recurso Impugnatorio ya referido. En tal sentido, entrando a analizar y resolver sobre el fondo de la petición cautelar, se tiene que a través de ésta se ha planteado como pretensión principal: "la suspensión

PODER JUDICIAL

[Firma]
Dr. Julio César Rodríguez Rodríguez
JUEZ

Décimo Séptimo Juzgado Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

PODER JUDICIAL

[Firma]
Selenita I. Vargas Mendoza
Especialista Legal
Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima

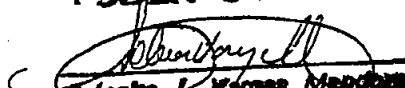
provisional de los efectos de 852 contratos de donación celebrados entre Clarion Holding Ltd. Y los Trabajadores de la Empresa Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.; y como prefensión accesoria: la suspensión provisional de la obligación de la Empresa San Ignacio de Morococha S.A. (SIMSA) de convertirse en una Sociedad Anónima Abierta, hasta que esta judicatura se pronuncie de manera definitiva respecto de la validez de los 852 Contratos de Donación celebrados por CLARION a favor de los trabajadores de SIMSA; disponiendo que como consecuencia de la anterior, SIMSA continúe funcionando como una Sociedad Anónima Ordinaria; CUARTO: Que, para poder situarnos en contexto y entender el sentido de la petición cautelar, cabe hacer una reseña de los Antecedentes y fundamentación que extensamente expone la recurrente TALINGO CORPORATION a través de su escrito de folios setenta a ciento diecisiete en los siguientes términos: A) Que, al 11 de Julio del 2007, SIMSA era una sociedad anónima ordinaria, con 81'679,661 de acciones comunes con derecho a voto, todas ellas listadas en la bolsa de valores de Lima con cinco accionistas: TALINGO (con el 22.36% de las acciones, CLARION (con el 44.81% de las acciones), ORANGE BAY (con el 24.50% de las acciones) y otros dos accionistas que, en conjunto tenían el 8.32% de las acciones comunes, por lo que puede advertirse que SIMSA era una sociedad cuyo accionariado se encontraba concentrado básicamente en los tres accionistas mencionados, los cuales en conjunto eran titulares de aproximadamente el 92% de las acciones, requiriéndose de acuerdo al Quórum y mayorías pactadas en los Estatutos de SIMSA que para adoptar cualquier decisión (tanto a nivel de la Junta General de accionistas, como del Directorio) debía haber siempre consenso entre las referidas Empresas accionistas de SIMSA, por lo que en conclusión CLARION por si sola no podía controlar la compañía; B) que, si CLARION aspiraba a tomar el control de la compañía sin llegar a consensos, debía realizar obligatoriamente una Oferta Pública de Adquisición (OPA), sobre las acciones de los demás accionistas en SIMSA, pero lejos de optar por ello ha optado por una vía que según sostiene la recurrente es fraudulenta de la Ley, y que consiste en utilizar a sus 852 trabajadores, a quienes ha transferido acciones, mediante igual número de Contratos de Donación (cuya Nulidad de Acto Jurídico precisamente va a plantear en vía de acción a través de estos autos), representando el total de acciones donadas el porcentaje ínfimo del 0.01% de participación en el accionariado de SIMSA, lo que se habría hecho -según sostiene- ~~expresamente~~, no para beneficiar a los trabajadores de la Empresa como podría parecer, sino sólo con el propósito de incrementar instantánea y

000000004

PODER JUDICIAL

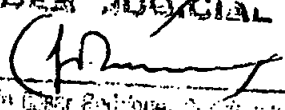

Dr. Julio César Rodríguez Rodríguez
JUEZ
Décimo Séptimo Juzgado Civil

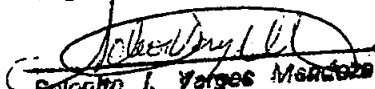
PODER JUDICIAL


Selonia L. Vargas Mendez
Especialista Legal
Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

00000005

maliciosamente el número de accionistas de SIMSA, y forzar su transformación en SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA, con la intención de perjudicar a la recurrente TALINGO y quienes hasta el momento de las donaciones eran los otros accionistas minoritarios de SIMSA, aprovechando para ello la previsión legal contenida en los artículos 249 y 263 de la Ley General de Sociedades, en cuanto establece que toda Sociedad Anónima ordinaria que llega a tener más de 750 accionistas al término de un ejercicio anual, debe adaptarse obligatoriamente a la forma y reglas de una Sociedad Anónima Abierta, con prescindencia del porcentaje accionario que representen; C) Sostiene la recurrente que, el efecto inmediato resultante de dichas "donaciones fraudulentas", es que pasando a constituir SIMSA por dicha vía una SOCIEDAD ANONOMA ABIERTA, CLARION como accionista mayoritario podrá tomar cualquier clase de decisión por sí sola, sin necesidad de los demás accionistas, y consecuentemente controlar totalmente a SIMSA, y ello aprovechando de que legalmente, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de sociedades, el principal efecto que produce la transformación de una Sociedad Ordinaria a una S.A.A. es la disminución de porcentajes de los quórums y de las mayorías para tomar acuerdos simples y calificados, de tal manera de que CLARION sin tener mayoría absoluta podría controlar la referida SIMSA, considerando la recurrente que las referidas donaciones a favor de sus trabajadores constituye una maniobra urdida con la única finalidad de burlar, no sólo lo establecido por la Ley del mercado de Valores, el Reglamento OPAs, sino además los derechos de los accionistas minoritarios y las reglas pactadas en el ESTATUTO (que estableció voluntariamente una política de consensos), las cuales considera que no hubiesen podido ser variadas, si la transferencia de acciones se hubiese propuesto de manera transparente; y D) Finalmente, cabe mencionar la afirmación de la recurrente (vertida a folios 104 y 105), de que: "...CLARION recurre a la figura de la transformación societaria mediante la donación de acciones representativas, únicamente del 0.01% del capital social de SIMSA, buscando acogerse a un régimen característico de sociedades de capital difundido, cuando en realidad lo único que claramente está persiguiendo es la reducción de los quórums y mayorías de manera tal que, sin la necesidad de adquirir ni una sola acción consigue el control en la sociedad sin realizar una OPA y perjudicando a todos los demás accionistas de SIMSA", lo que considera un evidente abuso del derecho; QUINTO: Que estando al carácter instrumental, provisorio y variable de la medida cautelar, ésta sólo podrá ser dictada siempre y cuando concurren copulativamente, además de los requisitos de fundabilidad

PODER JUDICIAL

 Dr. Juan Carlos Rodríguez
 Decimo Séptimo Juzgado Civil de Lima

PODER JUDICIAL

 Soledad I. Vargas Merino
 Especialista Legal
 Decimo Séptimo Juzgado Civil de Lima
 OFICINA SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

de toda Medida Cautelar (Verosimilitud y Peligro en la demora), los requisitos formales establecidos en el numeral 610 del Código Procesal Civil, de tal suerte que la ausencia de alguno de ellos imposibilita adoptar dicha medida; **SEXTO:** Que, así mismo el Artículo 611 de la acotada norma procesal señala que "el Juez siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal" (las negritas han sido agregadas). Esto significa que el Juez no necesariamente otorga la medida cautelar que se le solicita, sino que eventualmente puede ejercer su "facultad de adecuación" de la petición cautelar, otorgando la que se considere más conveniente y proporcional en su magnitud, forma etc de acuerdo al caso planteado; **SETIMO:** Que, como ya se dijo, de conformidad con el Artículo 612 del Código Procesal Civil, toda medida cautelar es provisoria, instrumental y variable, es decir que obviamente todavía no resuelve nada en definitiva (lo cual se logrará sólo por sentencia ejecutoriada), sino que se trata de evitar un probable daño injustificado, a través de una medida que resguarde la efectividad de la probable sentencia definitiva favorable, permitiéndosele al Juzgador no sólo efectuar una prognosis de "verosimilitud", sino también apreciar la "dimensión temporal" que importa todo proceso, es decir cual es la parte que debe sufrir la carga del tiempo que significa la demora de los procesos (en este caso respecto a futuro proceso de Nulidad de acto jurídico que la recurrente TALINGO propondrá sea instaurado), y así impedir que quien tenga mas apariencia de derecho al momento de efectuarse la evaluación, sea quien deba tener que revertir el estado de cosas material desfavorable a sus intereses, evaluación que incluso se hace IN AUDITA PARS en resguardo de la efectividad de la medida a disponerse, y para que la misma no se convierta en ilusoria; **OCTAVO:** Que, en este orden de ideas, en el contexto de los hechos y del marco teórico y jurídico expuesto en los considerandos que anteceden, en el caso concreto que nos avoca debe considerarse en primer lugar, respecto del requisito de Apariencia o verosimilitud del derecho invocado (Fonus bonis Iuris), los siguientes elementos de juicio: A) Que, ello consiste en la apariencia, rasgo o aspecto exterior del Derecho, cuya prognosis debe efectuarse en directa relación con los hechos planteados y de acuerdo a la normatividad aplicable; B) Que, el ordenamiento jurídico se estructura a partir de la Constitución y las Leyes -que generan un sistema normativo coherente y unitario- para garantizar los derechos de las personas (incluyendo personas

0000000000

PODER JUDICIAL

Dr. Julio César Rodríguez Rodríguez
 J U E Z
 Décimo Séptimo Juzgado Civil
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE L...

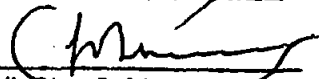
PODER JUDICIAL

Roberto I. Vargas Montoro
 Especialista Legal
 Décimo Séptimo Juzgado Civil de L...
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE L...

jurídicas), brindando seguridad jurídica, y evitando el abuso del derecho; C) Que, particularmente el régimen legal de las Empresas, se orienta -a través de la Ley General de Sociedades y demás normas conexas- a hacer efectivas una estructura y funcionamiento respetuoso de los derechos reconocidos a los socios en el marco jurídico, y si bien es cierto las relaciones societarias tienen como eje central la voluntariedad y acuerdos de quienes integran las sociedades, no es menos cierto que además de estar limitada dicha voluntariedad por disposiciones de orden público, también deben estarlo por el propio contenido y sentido del Pacto Social y los Estatutos, en conformidad con los artículos 54 y 55 de la Ley General de sociedades (en lo que se refiere a las Sociedades Anónimas regulares), que precisamente dieron origen en el caso que nos avoca a la Empresa SIMSA como una Sociedad Anónima Regular entre determinados socios; D) Que, en este orden de ideas, del estudio de los Estatutos recaudados en copias legalizadas como anexo 1-E, de folios 37 a 54, se verifica certeramente que a través de ellos se privilegia la necesidad de consensos entre los socios, al haberse pactado libremente Quórum y mayorías calificadas para la toma de decisiones, incluyendo la modificación de Estatutos (ver artículo vigésimo Quinto del estatuto Social), lo que en principio debería ser respetado en resguardo de los legítimos intereses de los socios minoritarios que de conformidad con el documento de folios 36 integran la recurrente TALINGO CORPORATION y otros, lo que incluso tiene relación con el principio "Pacta sunt servanda" (obligatoriedad de los Contratos) que consagra el artículo 1361 del Código Civil; E) Que, si bien es cierto la donación de acciones (o de cualquier bien), es en principio un Acto Jurídico Lícito, no puede permitirse que esta institución jurídica sea utilizada exprofesamente para generar fraudulentamente una situación jurídica ventajosa en directo perjuicio de socios minoritarios que tienen una importante participación accionaria en SIMSA, como es el caso de la recurrente TALINGO (que ostenta el 22.36%), considerando el Juez que suscribe que si bien en este caso la Demandada CLARION HOLDING LTD, puede tener el legítimo derecho de aspirar a controlar la administración de SIMSA, debe hacerlo de manera regular y no buscar una aparente regularidad que tienda a desvirtuar el sentido de la norma, que evidentemente no es la de amparar excesos o maniobras irrazonables para obtener dicho propósito; F) Que, precisamente el Juez que suscribe, considera al menos PRIMA FACIE (como prognosis inicial), -sujeta a evaluación definitiva que deberá verificarse en el Proceso Principal con la integridad de la prueba, defensa y alegaciones de las partes- que muy probablemente los actos de disposición efectuados por CLARION HOLDING

00000007

PODER JUDICIAL

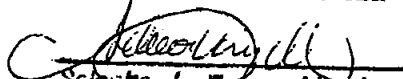


Dr. Julio César Rodríguez Rodríguez

J U E Z

Décimo Séptimo Juzgado Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL



Soledad L. Vargas Miranda

Especialista Legal

Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Juez que suscribe no puede tener certeza del fraude a la Ley que afirma la recurrente haberse configurado, si se advierte ello al menos como probable, y que hay apariencia de derecho de TALINGO para hacerse merecedora a la Medida Cautelar que solicita en resguardo de sus derechos accionarios; **NOVENO:** Que, en este contexto, se advierte que también se cumple en este caso suficientemente, con el requisito del Peligro en la demora (Periculum in mora), requerido para la concesión de la Medida Cautelar, pues conforme a las comunicaciones que corren a folios sesenta y uno y siguientes como Anexos 1-I y 1-J de la petición cautelar, sobre Convocatoria Junta de Accionistas, se verifica certeramente que la Demandada CLARION pretende llevar adelante actos tendientes a consolidar y hacer irreversible para efectos societarios dichas donaciones que cuestiona la recurrente como fraudulentas, por lo que resulta urgente disponer inmediatamente en vía cautelar las medidas requeridas para evitar que se torne en ilusorio e ineficaz el probable resultado positivo de la futura Demanda de Nulidad de Acto jurídico por fraude a la Ley y abuso del Derecho que según señala interpondrá la recurrente, protegiendo en este sentido el Statuo Quo, en espera de la dilucidación definitiva del conflicto de fondo; **DECIMO:** Que, la CONTRACAUTELA que ha ofrecido la recurrente es en forma de caución juratoria, habiendo cumplido con legalizar su firma a través de representante con poderes suficientes conforme es de verse de la respectiva Acta de folios sesentiocho, lo que se considera razonable aceptar en este caso en lo que se refiere a su modalidad y monto, no sólo por estar permitido ello por el ordenamiento jurídico a través del artículo 613 del Código Procesal Civil, sino también por el importante grado de verosimilitud que da sustento a la petición cautelar y por la urgencia de la Medida Cautelar requerida; **UNDÉCIMO:** Que, si bien es cierto, como ya se dijo, el Juez que suscribe podría -conforme al artículo 611 del Código Procesal Civil- adecuar la Medida Cautelar solicitada, estableciendo incluso una distinta a la peticionada, se cree que en este caso la propuesta de la recurrente resulta la más razonable, pues si se está cuestionando las referidas donaciones, lo más lógico es que en tanto se dilucide en el marco de un Proceso y de manera definitiva su cuestionada legalidad -ya sea en sentido positivo o negativo-, las mismas deban quedar en suspenso, así como también es adecuado que no se pueda llevar adelante todavía la intención de CLARION HOLDING LTD. de perfeccionar la transformación de SIMSA en Sociedad Anónima Abierta, pues esto último podría dar lugar a actos societarios que dificulten o incluso conviertan en ineficaz un eventual fallo definitivo que anule dichas donaciones; **DUODÉCIMO:** Finalmente, se deja expresa constancia de que con la Medida

0
0
0
0
0
0
0
0
0
0
0

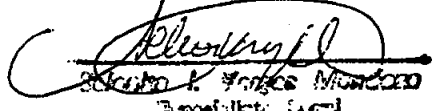
PODER JUDICIAL

Dr. Julio César Rodríguez Rodríguez

JUEZ

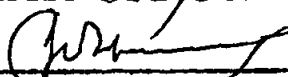
Décimo Séptimo Juzgado Civil

PODER JUDICIAL

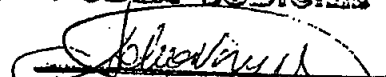

 Roberto L. Vargas Muro
 Escribano Público
 Oficina Central Juzgado Civil No. 1701
 Calle 19 de Agosto No. 1701

Cautelar que se está disponiendo no se pretende desconocer la validez de los 852 contratos de donación celebrados entre CLARION HOLDING LTDA y los trabajadores donatarios, pues ello no puede hacerse en vía cautelar. Sin embargo, sí resulta adecuado suspender sus efectos a fin de que -preservando el Statuo Quo-, se pueda verificar a través del Proceso Principal a instaurarse, si con dichas donaciones cuestionadas se ha cometido fraude a la Ley y abuso del Derecho o no, manteniendo en este último caso su validez y vigencia. En consecuencia, de conformidad con los argumentos expuestos y normas glosadas, **SE RESUELVE** conceder la medida cautelar solicitada, en consecuencia: 1) Se dispone la suspensión provisional de los efectos de los ochocientos cincuentidos contratos de donación celebrados entre CLARION HOLDING LTD. Y los Trabajadores de la Empresa Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.; Y 2) Así mismo se ordena la suspensión provisional de la obligación de la Empresa San Ignacio de Morococha S.A. (SIMSA) de convertirse en una Sociedad Anónima Abierta, hasta que esta judicatura se pronuncie de manera definitiva respecto de la validez de dichos Contratos de Donación celebrados por CLARION HOLDING LTD. a favor de los trabajadores; disponiendo que como consecuencia de lo anterior, SIMSA continúe funcionando como una Sociedad Anónima Ordinaria; entendiéndose que la presente Medida Cautelar se entenderá ejecutada con la notificación a CLARION HOLDING LTD y los ochocientos cincuenta y dos trabajadores donatarios, a la Empresa Demandada en su Domicilio señalado a folios setenta y uno, y a los referidos trabajadores identificados de folios setenta y dos a ochenta y seis mediante Edictos que la recurrente deberá tramitar de conformidad con el Artículo 166 del Código Procesal Civil, estando todos y cada uno de ellos obligados a no llevar adelante acciones contrarias a la presente Resolución a partir de que tomen conocimiento de la misma de manera indubitable, bajo responsabilidad, para lo cual se les notificará con urgencia en el día a través del COURIER: AL PRIMER, SEGUNDO, TERCER Y CUARTO OTROSI DIGO: Téngase presente; NOTIFICANDOSE. -

PODER JUDICIAL


 Dr. Julio César Rodríguez Rodríguez
 J U E Z
 Décimo Séptimo Juzgado Civil
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL


 Cecilia E. Vargas Alarcón
 Abogada
 Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

00769

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ

Resolución Tribunal Administrativo de CONASEV

N° 312 -2008-EF/94.01.3

Sumilla: *Se declara improcedente la solicitud de Talingo Corporation de acceso íntegro al expediente N° 2007036571 referido al procedimiento administrativo sancionador seguido contra Clarion Holding Ltd. y el señor Ross Beaty.*

Administrado : Talingo Corporation.
Asunto : Solicitud de reconocimiento de derechos y acceso al íntegro del expediente administrativo N° 2007/036571
Expediente N° : 2008/001327
Fecha : Lima, octubre 17 de 2008

Vistos:

El expediente administrativo N° 2008/001327 y el escrito de fecha 18 de agosto de 2008, presentado por Talingo Corporation.

Considerando:

1. Que, mediante escrito de fecha 18 de agosto de 2008, Talingo Corporation (en adelante, TALINGO) señaló que ha sido notificada de la Resolución Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3 de fecha 21 de julio de 2008 (en adelante, RESOLUCIÓN), la cual concede en parte la medida cautelar que solicitara con relación a la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. de propiedad de Clarion Holding Ltd. y el señor Ross Beaty;

2. Que, en atención a lo señalado en la citada RESOLUCIÓN, TALINGO solicita lo siguiente: (i) se le reconozcan los derechos que como tercero con legítimo interés goza en el referido procedimiento administrativo (2007036571), y; (ii) así como tener acceso al íntegro del expediente administrativo;

3. Que, TALINGO sostiene que, tal como se indica en la RESOLUCIÓN, su actuación no es la que corresponde a cualquier tercero, sino que actúa como un inversionista que tiene interés en el resultado del procedimiento administrativo (2007036571) y, en consecuencia, puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento;

4. Que, en esa línea, TALINGO señala que es indispensable, a fin de poder ejercer eficazmente su derecho a probar y defender sus intereses, tener acceso a determinada información reservada de los DENUNCIADOS, que actualmente consta en el expediente N° 2007036571 y que es parte de un procedimiento ya iniciado;

5. Que, además, TALINGO señala que su derecho se fundamenta en el hecho que se ha visto afectado en su derecho a la prima de control e igualdad con los demás accionistas con relación a la obligación de los DENUNCIADOS de realizar una oferta pública de adquisición de acciones, así como la afectación significativa en su participación en la toma de decisiones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.;

6. Que, igualmente, TALINGO señala que en el presente caso existe el conflicto entre dos derechos fundamentales —el derecho a la intimidad personal e inviolabilidad de las comunicaciones, por un lado, y el derecho a la defensa, por otro— y en virtud de la ponderación de los mismos, debe prevalecer el segundo. En tal sentido, TALINGO indica que uno de los supuestos de excepción para el levantamiento del deber de reserva es el supuesto en el que CONASEV dispone el levantamiento de dicho deber, por lo que en este caso corresponde amparar lo solicitado, sin perjuicio del deber al que se contraería TALINGO de no revelar la información reservada a la que acceda, bajo responsabilidad de responder por los daños y perjuicios que se generen con su actuación;

7. Que, finalmente, TALINGO señala que, al verse vulnerado su derecho al debido procedimiento, el acto administrativo dictado en el marco del procedimiento administrativo sancionador seguido contra los DENUNCIADOS se vería afectado por un vicio que acarrearía la nulidad del mismo, en tanto se habría contravenido un derecho protegido constitucionalmente;

8. Que, con relación a lo solicitado y habiéndose analizado el contenido del petitorio, debe señalarse que el expediente N° 2007/036571 —al cual solicita tener acceso de manera íntegra— se encuentra en la etapa de instrucción en la Dirección de Emisores de la CONASEV, razón por la cual este Tribunal Administrativo no es competente para conocer o conceder lo solicitado por TALINGO;

9. Que, el primer requisito de validez del acto administrativo es la competencia, según lo dispuesto por el artículo 3º, inciso 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. En tal sentido, no encontrándose el expediente N° 2007036571 bajo la competencia del Tribunal de CONASEV por encontrarse aún en la fase instructora, este Tribunal Administrativo considera que no resulta procedente pronunciarse sobre lo solicitado por TALINGO;

10. Que, siendo que el expediente N° 2007036571 se encuentra en etapa de instrucción y se encuentra bajo la competencia de la Dirección de Emisores de la CONASEV, es éste el único órgano competente para conocer y resolver las incidencias relacionadas con dicho procedimiento, máxime si este Tribunal no puede disponer que el Órgano Instructor realice actuaciones que son propios de su competencia, según lo establecido por la normativa;

11. Que, por tanto, al no encontrarse aún el expediente N° 2007036571 bajo la competencia de este Tribunal Administrativo y considerando que la normativa no lo faculta a ordenar o disponer a los órganos instructores la realización de actuaciones que son propias de la competencia de dichos órganos, no resulta procedente pronunciarse sobre lo solicitado por TALINGO;

Estando a lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal Administrativo, aprobado por Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10, así como con el voto unánime de los señores vocales del Tribunal Administrativo de CONASEV reunidos en sesión de fecha 17 de octubre de 2008.



Resolución Tribunal Administrativo de CONASEV

N° 312 -2008-EF/94.01.3

Se Resuelve:

Artículo 1º.- Se declara, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución, improcedente la solicitud de Talingo Corporation de fecha 18 de agosto de 2008 para que el Tribunal Administrativo de la CONASEV, en el procedimiento que se encuentra en conocimiento de la Dirección de Emisores de la CONASEV, disponga que (i) se le reconozcan los derechos que como tercero con legítimo interés goza en el referido procedimiento administrativo (2007036571), y; (ii) así como tener acceso al íntegro del expediente administrativo.

Artículo 2º.- Transcribir la presente Resolución a Talingo Corporation.

Regístrese y Comuníquese


Alonso Morales Acosta
Vicepresidente


Edward Tovar Mendoza
Vocal


Giovanni Priori-Posada
Vocal




Alix Godos
Secretario Técnico



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

01315

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA

Miraflores, 28 de mayo de 2009.

MEMORANDUM N° 1391-2009-EF/94.04.1

A : Señora Nahil Liliana Hirsh Carrillo
Presidente del Directorio

DE : Señora Isabel Guerra La Torre
Asesora Jurídica (e)

REF. : Expediente N° 2008001327

ASUNTO : Recursos de Apelación interpuestos por Clarion Holding Limited Corporation (en adelante, "CLARION") y Ross James Beaty (en adelante, "Señor BEATY") contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3

Nos dirigimos a usted, a efectos de someter a su consideración la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica en relación con los recursos de apelación interpuestos por CLARION y el Señor BEATY, contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3.

I. ANTECEDENTES.-

- 1.1 El Estatuto Social de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA) establece que para la adopción de acuerdos relevantes (aumentos de capital, elegir y remover directores, modificar estatutos, entre otros) se necesita un acuerdo del 80% de las acciones representativas del capital social. La parte pertinente de dicho estatuto figura como anexo 1 en el presente informe.
- 1.2 Con fecha 11 de julio del 2007, CLARION adquirió en Rueda de Bolsa, tres millones trescientas mil (3'300,000) acciones comunes que representan el 4.03563% del capital social de SIMSA, con dicha adquisición incrementó su participación de 44.81% a 48.84563%.
- 1.3 El mismo día, 11 de julio del 2007, con sólo una diferencia temporal de catorce (14) segundos, el Señor BEATY adquirió un millón (1'000,000) de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose así en titular del 1.224295% del capital social, de dicha sociedad.
- 1.4 Posteriormente, entre los días 21 y 23 de diciembre del 2007, CLARION, a través de su apoderado y, a la vez, director de SIMSA, Señor Víctor Ostolaza, suscribió aproximadamente ochocientos cincuenta y dos (852) contratos de donación mediante los cuales otorgó, a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de diez (10) acciones a cada uno, logrando de este modo que SIMSA llegue a tener más de 750 accionistas. En virtud de dichas donaciones SIMSA ha pasado a ser una sociedad anónima abierta en estricta aplicación del artículo 249



de la Ley General de Sociedades. Copia del contrato modelo de donación se adjunta al presente como anexo 2.

- 1.5 El 28 de diciembre del 2007, Talingo Corporation (en adelante, TALINGO), titular del 22.36 % del capital social de SIMSA, formuló denuncia contra CLARION y el Señor BEATY, por una presunta toma de control de SIMSA sin haber cumplido con la realización de una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, OPA).
- 1.6 En dicha denuncia, TALINGO, solicitó principalmente lo siguiente:
- (a) Que, se investigue la presunta actuación concertada entre CLARION y el Señor BEATY para la adquisición de participación significativa en SIMSA, incumpliendo con la obligación de realizar una OPA;
 - (b) Que, se investigue respecto de la celebración de los contratos de donación, por parte de CLARION, a favor de los trabajadores de SIMSA, con el objeto de convertirla en una sociedad anónima abierta; y de ser el caso, se ordene la realización de una OPA por el 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/. 8.20 (Ocho y 20/100 Nuevos Soles) por acción;
 - (c) Que, se suspenda el ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA de titularidad de CLARION y el Señor BEATY;
 - (d) Que, suspenda indefinidamente la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto emitidas por SIMSA mientras dure la investigación;
 - (e) Que se realice una inspección de los registros principales de SIMSA, tales como libro de actas de junta de accionistas, libro de actas de directorio y libro de matrícula de acciones como parte de la investigación;
 - (f) Que, se divulgue al mercado los hechos descritos en la denuncia, así como su notificación al Área de Emisores de la Bolsa de Valores de Lima S.A., SIMSA, CAVALI S.A. ICLV (en adelante, CAVALI) y a las personas y/o entidades que se consideren pertinentes, y;
 - (g) Que, se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta;
- 1.7 El 16 de enero de 2008, TALINGO solicitó a la Dirección de Emisores de CONASEV, que le conceda una Medida Cautelar, hasta que CONASEV resuelva definitivamente la denuncia, y en ese sentido, disponga lo siguiente:
- (a) Que, ordene la suspensión provisional del ejercicio de derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al Señor BEATY.
 - (b) Que, ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en Sociedad Anónima Abierta.



- 1.8 Asimismo, en dicha solicitud de Medida Cautelar, TALINGO, de conformidad con el artículo 637° del Código Procesal Civil¹, pide que se les notifique a los denunciados, sólo una vez que la Medida Cautelar haya sido concedida.
- 1.9 Al respecto, CLARION presentó sus escritos de fechas 07 de mayo, 23 de junio y 08 de julio del 2008, solicitando en ellos, al Tribunal Administrativo de CONASEV, que rechace las Medidas Cautelares solicitadas por TALINGO; sin embargo, dichos escritos de CLARION deben ser declarados inadmisibles debido a que el trámite de estas solicitudes operan *inaudita pars*, es decir, se tramitan sin conocimiento de la otra parte.
- 1.10 Mediante Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, se declaró:
- (i) FUNDADA en parte la solicitud de TALINGO, disponiéndose la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION en número de 3'300,000 y al Señor BEATY en número de 1'000,000 que fueron adquiridas por dichas personas el 11 de julio de 2007, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;
 - (ii) INFUNDADA, la solicitud de TALINGO, en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de adaptarse a sociedad anónima abierta;
 - (iii) De Oficio se ordenó la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones mencionadas;
 - (iv) Que, CONASEV supervisará la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que si fuera necesario poder variarla para que no pierda eficacia, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de SIMSA, que infrinja las normas de oferta pública de adquisición;
 - (v) Que, la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente contra CLARION y el Señor BEATY;
 - (vi) Inadmisibles los escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio del 2008, cursados por CLARION;
- 1.11 Con fecha, 03 de octubre del 2008, el Señor BEATY interpone Recurso de Apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, solicitando se revoque la medida cautelar concedida indebidamente.

¹ Artículo 637° del C.P.C: "La petición Cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión (...)".



1.12 Con fecha, 20 de Agosto del 2008, CLARION interpone recurso de apelación contra la misma resolución solicitando que se disponga el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas

II. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR ROSS JAMES BEATY

Con fecha, 03 de octubre del 2008, el Señor BEATY interpone Recurso de Apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, solicitando que se revoque la medida cautelar. A continuación se resumen los argumentos de dicha apelación:

a) Trayectoria profesional y prestigio mundial del demandado

El recurso alude que el Señor BEATY es un geólogo con experiencia en la industria minera, de reconocido prestigio a nivel internacional, un inversionista de amplia trayectoria, que participa como socio fundador de otras compañías dedicadas al rubro de la minería, como por ejemplo, participa como Presidente del Directorio de Pan American Silver Corp, una de las más grandes productoras de plata del mundo, entre otras. En ese sentido, el Señor BEATY ha invertido en SIMSA, como lo ha hecho en otras compañías peruanas, confiando entre otras cosas en el marco institucional peruano, que protege los derechos de los inversionistas y la transparencia del mercado.

Por lo tanto, agrega que llama la atención que se le impute actuación concertada para la toma de control de una empresa minera peruana, por el simple hecho de haber adquirido un porcentaje de participación del 1.22% de sus acciones., Asimismo, indica que es absurdo creer que el Señor BEATY pudiese siquiera poner en riesgo su nombre o prestigio internacional llevando a cabo una actuación concertada.

b) Compra de las acciones de SIMSA

Menciona que el Señor BEATY, había manifestado su interés de comprar acciones en SIMSA, y, posteriormente la directora de SIMSA (Sra. Isabel Arias de Millership, en adelante Sra. ARIAS) se comunicó con el Señor BEATY para ofrecerle acciones de SIMSA al precio de S/. 8.20 cada una, sin indicar la cantidad de acciones disponibles, y este le manifestó su intención de adquirir 1'000,000 (un millón) de acciones, llegándose a concretar la operación el mismo día, 11 de julio del 2007, a través de la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima (BVL).

c) Conocimiento extraoficial de la medida cautelar en su contra

En ningún momento el Señor BEATY fue notificado legalmente con la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV, que declara fundada la solicitud de TALINGO, respecto a la Medida Cautelar contra las acciones del Señor BEATY, enterándose este, de manera extraoficial, de la medida cautelar aplicada y viéndose en la necesidad de buscar asesoría legal en el Perú.



d) La actuación concertada no se encuentra tipificada

Señala que la legislación peruana no contempla la Actuación Concertada, como un supuesto mediante el cual, una persona natural o jurídica, adquiere o incrementa participación significativa en una sociedad teniendo la obligación de efectuar una OPA.

Indica que la referencia a "Grupo de Personas" en la definición de participación significativa del Reglamento de OPA (en adelante, ROPA) se utiliza únicamente para supuestos de adquisición de control sin tener propiedad directa o indirecta, por tanto, no resulta aplicable; y en todo caso, tal referencia debería entenderse al concepto de grupo económico definido por el mismo ROPA.

Precisa que el concepto de actuación concertada para el cálculo de la participación significativa, sí se encontraba previsto en el anterior ROPA, sin embargo, esta referencia fue eliminada al expedirse el ROPA vigente, por lo tanto, el efecto jurídico de ello es que tal actuación concertada no resulta ya relevante para el cálculo de la participación significativa.

Agrega que no resulta aceptable señalar que la referencia a la "actuación concertada" en la Exposición de Motivos del Reglamento de OPA, sea considerada una referencia normativa, en tanto que la exposición de Motivos no es una norma, y como tal no contiene disposiciones cuyo cumplimiento pueda ser exigido a los particulares.

e) Requisitos para que se constituya la actuación concertada

Señala que la existencia de una acción concertada, queda sometida a la concurrencia de tres requisitos:

- (i) La existencia de algún tipo de acuerdo o de compromiso entre las personas;
- (ii) La necesidad de que dichas personas cooperan activamente para obtener o consolidar el control de la sociedad afectada, definido de acuerdo con los porcentajes a los que se refiere la obligación de formular una OPA;
- (iii) La existencia de una adquisición de acciones de la sociedad afectada.

La actuación concertada requiere necesariamente de la existencia de un acuerdo, dicho acuerdo puede ser expreso o tácito, verbal o escrito, formal o informal, pero necesariamente debe ser eficaz y plenamente ejecutable, no basta la mera actuación paralela o simultánea; por lo tanto, si no se puede acreditar claramente la existencia de dicho acuerdo, en ningún caso podrá afirmarse que existe un concierto. En ese sentido, sólo los pactos cuya finalidad específica sea la de controlar una sociedad, nos permitirán arribar a la concertación.

f) Inexistencia de prueba sobre concertación entre el Señor BEATY y CLARION



Asimismo, el señor BEATY sostiene que TALINGO no ha acreditado en ningún momento la existencia de una declaración de voluntad del señor BEATY en la que manifieste:

- (i) su deseo de adquirir el control de SIMSA;
- (ii) su intención de ejercer de manera conjunta con CLARION el control de SIMSA;
- (iii) su disposición para ayudar a CLARION a adquirir el control de SIMSA.

g) La eficacia probatoria de los indicios

También se alude a que no existe ni un solo elemento que permita siquiera sospechar una actuación concertada entre el señor BEATY y CLARION para tomar el control de SIMSA, incluso los supuestos indicios propuestos por el demandante carecen de eficiencia probatoria.

El señor. BEATY hace referencia al artículo 276 del Código Procesal Civil que señala que: el indicio debe ser un acto o circunstancia o signo "suficientemente acreditado" que conduzca al juez a la "certeza en torno a un hecho" determinado.²

En ese sentido, el indicio constituye el hecho base, debidamente probado, a partir del cual puede resultar factible obtener un argumento probatorio para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de prueba, mediante una operación lógico crítica, sin que permitan otras inferencias contrarias e igualmente válidas epistemológicamente.

Manifiesta que el Tribunal Administrativo de CONASEV, no ha tomado en cuenta la Teoría Conceptual de la Prueba Indiciaria al analizar los supuestos indicios alegados por TALINGO, no habiéndose identificado ninguna prueba concluyente acerca de la supuesta concertación entre CLARION y el denunciado, limitándose sólo a apuntar una serie de circunstancias, varias de ellas ni siquiera probadas, que apenas constituyen meras sospechas.

h) Proximidad temporal de las operaciones no es indicio

El señor BEATY sostiene que en el mercado de valores, es común y frecuente que las transacciones de compra y venta de valores sean próximas en el tiempo las unas de las otras, inclusive, con un período de tiempo menor al de catorce (14) segundos. Ello es propio del dinamismo del mercado de valores y de la operación de un sistema de negociación electrónica como el sistema ELEX, usado en la BVL.

Si la proximidad entre ambas operaciones puede constituir un verdadero indicio de una actuación concertada, tendríamos que afirmar que todos los días se dan adquisiciones concertadas de valores en el Perú, y en consecuencia, CONASEV tendría que haber iniciado las investigaciones correspondientes para todas

² El artículo 276° del Código Procesal Civil, señala textualmente lo siguiente, respecto al indicio: "el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia".



aquellas adquisiciones que se realizaron en períodos de tiempo cortos, lo cual sería absurdo.

i) La suma de la participación accionaria de CLARION y el señor BEATY, no es indicio de participación concertada

Los porcentajes de participación accionaria de CLARION y del señor BEATY, suman el 50.069 % de las acciones de SIMSA. Pero ¿Por qué se suman los porcentajes de participación de CLARION y del señor BEATY? Por qué no se suma la participación de CLARION con la de White Peak o con la de algún otro accionista de SIMSA? ¿Por qué no se parte de la premisa de que la propia TALINGO, como titular del 22.36% de acciones de SIMSA, actuó concertadamente con CLARION como titular del 48.84%, con el objeto de tomar el control de la sociedad?

De ello, se concluye que la acusación efectuada por TALINGO se sustenta en que *a priori* se está asumiendo que existe concertación entre CLARION y el señor BEATY, y, partir de una presunción arbitraria de concertación para acreditar la concertación misma, resulta un contrasentido.

j) El precio que pagó el señor BEATY por las acciones, no es indicio válido

El precio que pagó el señor BEATY por las acciones de SIMSA, es de S/. 8.20 por cada una de las acciones que compró, pero dicho precio no es ni “*muy alto*” ni existe evidencia alguna que incorpore una “*prima de control*”.

Indica que, considerando la información publicada en el portal de CONASEV se puede apreciar la cotización de las acciones de SIMSA, hasta antes de concretarse la adquisición, evidenciándose que el precio pagado por el señor BEATY, por las acciones de SIMSA, era bastante menor al promedio:

	Cierre actual en S/.
Precio de cierre el 26/06/07	8.50
Precio de cierre el 19/06/07	8.21
Precio de cierre el 15/06/07	8.21
Precio de cierre el 13/06/07	8.25
Precio de cierre el 11/06/07	8.20
Precio de cierre el 08/06/07	8.80
Precio de cierre el 06/06/07	8.20
Precio de cierre el 05/06/07	8.50
Precio de cierre el 14/05/07	8.80
Precio de cierre el 04/05/07	9.20
Precio de cierre el 20/04/07	12.00
Precio de cierre el 18/04/07	12.00
Precio de cierre el 27/03/07	11.00
Promedio	9.22

k) La intención del señor BEATY de controlar todas las empresas de las que es accionista, no es indicio válido



El señor BEATY señala que TALINGO ha tergiversado la declaración que hizo en una entrevista publicada en el portal web www.kitcocasev.com, en la que manifestó: *"Yo siempre soy el accionista mayoritario en mis compañías, al menos durante los primeros años de éstas, y así mi objetivo es armar mis propias compañías"*. Señala que dicha manifestación está dirigida a aquellas empresas que se encuentran bajo su dirección y administración, y no aquellas en las que participa como accionista minoritario (como por ejemplo, SIMSA).

l) Designación del señor Andrés DASSO, como Director Titular de SIMSA, no es indicio de participación concertada

El Señor BEATY también señala que la designación del Señor Andrés Dasso como titular de SIMSA, no es vinculante, sólo por el hecho de que también es Gerente General de Pan American Silver Corp. empresa en la cual el Señor BEATY es fundador y Presidente del Directorio. Menciona que el Señor Dasso ocupó por primera vez un cargo administrativo en SIMSA en el año 1995, es decir, con anterioridad a que CLARION fuese accionista de esta empresa, ya que este se constituyó en accionista de SIMSA recién 8 años después, es decir en el año 2003. Asimismo, ha quedado acreditado con las actas de Juntas Generales de Accionistas de SIMSA, que en el año 2004, la propia TALINGO fue quien propuso al Señor Dasso como Director Titular de SIMSA³.

m) La defensa del recurrente por parte de CLARION no es indicio

Resulta imposible que CLARION intente exponer argumento alguno a su favor, sin que ello implique exponer argumentos a favor de la otra persona con la cual se le imputa haber actuado de manera concertada, por lo tanto, ello no puede constituir un indicio de participación concertada.

n) Requisitos indispensables para que una medida cautelar sea concedida

Los presupuestos que deben concurrir en una medida cautelar, se encuentran en el artículo 611° del código procesal civil⁴, y de este se desprende que la medida cautelar debe cumplir con los siguientes requisitos:

(i) Verosimilitud del derecho: El juzgador debe tener presente que la sola alegación del demandante (o del denunciante) no genera por sí sola verosimilitud, es decir, todas las alegaciones deben corroborarse con los medios de prueba que se ofrezcan al pedido cautelar. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de CONASEV, ha sustentado su decisión sobre meras presunciones que no constituyen indicios, y sobre la base de un análisis forzado y poco natural.

³ Las actas de Junta de Accionistas, a las que se hace referencia, fueron presentadas por CLARION en su escrito de fecha 29 de enero del 2008.

⁴ Artículo 611° del código procesal civil, señala: *" El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie: (a) La verosimilitud del derecho invocado; (b) La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.*



(ii) El peligro en la demora: Esto consiste en un riesgo de daño respecto de la situación jurídica cuya protección se solicita, pero no se trata de cualquier peligro de daño, sino de un riesgo provocado por la demora del proceso, además se exige que ese daño sea de inminencia cierta y probada. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de CONASEV, basa sus argumentos en el hecho de que, mediante los contratos de donación de acciones celebrados entre CLARION y los trabajadores de SIMSA, esta se transformaría en una sociedad anónima abierta, lo que conllevaría a que los quórum actualmente previstos en sus estatutos sociales se reduzcan a los previstos en la Ley General de Sociedades; sin tener en cuenta que la Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima, resolvió la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta, hasta que exista un pronunciamiento definitivo respecto a la validez de dichos contratos de donación.

(iii) Adecuación: Las medidas cautelares deben ser adecuadas, y garantizar principalmente dos cosas: que el solicitante de la pretensión obtenga un medio idóneo para garantizar su pretensión, y que, dicha medida cautelar no le signifique al demandado un perjuicio mayor al debido. Sin embargo, el Tribunal administrativo, de manera arbitraria ha impuesto la medida cautelar contra las acciones del Señor BEATY, a pesar que este sólo es propietario del 1.22% del total de acciones y, con esa mínima participación, es materialmente imposible que logre el quórum y la mayoría suficiente para adoptar acuerdos que vulneren los derechos de TALINGO.

o) Vulneración al Principio de Legalidad

Conforme al artículo 72° de la LMV, que señala “...quien adquiera o incremente su participación significativa sin observar el procedimiento respectivo, queda suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas...”; asimismo, en el artículo 58° del ROPA, se señala: “La suspensión de derechos a que se refiere el Artículo 72 de la Ley comprende sólo los derechos políticos...” Por lo tanto, el Tribunal Administrativo de CONASEV, no tiene potestad alguna para dictar medidas cautelares que dispongan la suspensión de los derechos de disposición de las acciones adquiridas por el recurrente, en consecuencia está atentando contra el Principio de Legalidad. Asimismo, señala que de acuerdo con la sentencia del Expediente N° 5408-2005-PA/TC del Tribunal Constitucional, las medidas cautelares dictadas de manera previa, por ser medidas excepcionales, deben proteger únicamente derechos constitucionalmente protegidos.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR CLARION

Con fecha, 20 de Agosto del 2008, CLARION interpone Recurso de Apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio del 2008, solicitando que se disponga el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas siendo sus argumentos los siguientes:

a) Respecto a la falta de verosimilitud de lo invocado por TALINGO



Los indicios mayormente utilizados para acreditar la existencia de una unidad de control, consisten en comportamientos paralelos en la adopción de acuerdos y ejercicio de derechos políticos. Sin embargo, en nuestro caso, desde la fecha de realización de las cuestionadas adquisiciones, julio del 2007, hasta la fecha, no ha existido un solo hecho, acto o comportamiento que pudiera insinuar la existencia de un acuerdo entre CLARION y el Señor BEATY para controlar concertadamente a SIMSA y, ciertamente, no existirá, pues la invocada concertación no existe.

Sería ilógico que el Señor BEATY, principal accionista y ejecutivo de importantes mineras, pueda prestarse para actuar como simple testaferro de una compañía con la cual no tiene el menor contacto ni vinculación; y, además se constata que el Señor BEATY pagó, las acciones que adquirió, con sus propios fondos, lo cual no sería el comportamiento de un simple testaferro.

TALINGO con una evidente mala fe, ha presentado como supuesto indicio el nombramiento del Señor Andrés Dasso como Director Titular de SIMSA, quien es también Gerente de Pan American Silver Perú S.A. y tiene estrecha relación con el Señor BEATY, omitiendo deliberada y maliciosamente, que el Señor Andrés Dasso forma parte del Directorio de SIMSA, desde el año 2001, y, tal como consta en el acta de la Junta General de Accionistas, tal designación la propuso TALINGO.

TALINGO no ha ofrecido pruebas ni indicios lo suficientemente sólidos que sustenten la supuesta concertación entre CLARION y el Señor BEATY, que acrediten la existencia de una unidad de control, o, que permitan arribar a un grado de probabilidad que constituya el presupuesto para la medida cautelar. Asimismo, señalan que desvirtúan los indicios ofrecidos por TALINGO bajo los siguientes argumentos:

(i) En relación con el valor que pagó el Señor BEATY por las acciones y sobre el pago de una supuesta prima de control. Frente a este argumento CLARION señala que el precio pagado S/. 8.20 está dentro de los rangos en que se negociaban las acciones de SIMSA, como se puede apreciar en la publicación de los hechos de importancia.

(ii) Respecto del porcentaje de acciones que adquirió el Señor BEATY, en su condición usual de inversor y especulador, CLARION señala que el motivo que tuvo el Señor BEATY, para adquirir el 1.22% de las acciones de SIMSA a pesar que estas son unas acciones líquidas, sólo podría explicarlo él mismo.

(iii) Sobre las adquisiciones efectuadas por CLARION y el Señor BEATY, con una diferencia de tan sólo 14 segundos de diferencia, CLARION argumenta que TALINGO omitió decir que CLARION y el Señor BEATY adquirieron sus acciones de un único vendedor, por lo que es lógico que dicho vendedor pretenda concluir la venta con todos los compradores, en la misma fecha y en el menor lapso de tiempo, como es propio de las operaciones cruzadas en rueda de bolsa.

(iv) En relación con la suma de los porcentajes adquiridos por CLARION y el Señor BEATY, a efectos de alcanzar una participación significativa, justo por encima del 50% de las acciones: CLARION señala que no estaba interesado en



trasponer el umbral de 50% previsto en la regulación de OPA, por lo tanto, no deseaba adquirir todo el paquete accionario ofrecido por el vendedor.

(v) Sobre la participación de la Sra. ARIAS, en la adquisición del Señor BEATY: CLARION señala que cuando se conoció la intención de WHITE PEAK de poner a la venta un paquete de acciones, varios directores de SIMSA, entre ellos la Señora ARIAS, circularon la noticia entre potenciales interesados, entre los que se encontraba el Señor BEATY, sin que ello pueda derivar en una participación concertada.

(vi) Sobre la defensa del Señor BEATY por parte de CLARION, se considera que el hecho que se le imputa a CLARION de una supuesta adquisición concertada con el Señor BEATY, es lógico que se haga referencia a dicho señor, en la medida que sea necesario para desvirtuar las falsas imputaciones que han sido realizadas en contra de CLARION, sin que ello constituya en lo absoluto una defensa al Señor BEATY, quien será responsable de ejercer su propia defensa.

(vii) Sobre la transformación de SIMSA, a una sociedad abierta como consecuencia de la donación de acciones, a trabajadores de SIMSA, por parte de CLARION, señala que la decisión de donar aproximadamente 850 acciones de SIMSA, fue una decisión unilateral, con la intención de otorgar un incentivo a los trabajadores por los magníficos resultados obtenidos en los últimos años; y, con la intención de liberar a SIMSA del entrapamiento y desgobierno que estaba sumida como consecuencia del mal uso que venía haciendo TALINGO del derecho del "veto estatutario" con que contaban los principales accionistas de SIMSA.

Adicionalmente CLARION ofrece los siguientes contraindicios:

- (i) El Señor BEATY financió su adquisición de las acciones de SIMSA.
- (ii) Cada comprador realizó sus operaciones de manera independiente: instruyó a su respectivo agente de intermediación, suscribió la información requerida, etc.
- (iii) TALINGO no ha acreditado la existencia de un pacto o convenio, ni menos aún la existencia de una unidad de propósito, de una política común duradera o del ejercicio coordinado de los derechos políticos.
- (iv) TALINGO viene desarrollando una política obstruccionista en SIMSA, buscando llevarla al caos para luego buscar tomar el control de la misma; prueba de ello es la solicitud de cautela en sede administrativa y en sede judicial, logrando retrasar la adecuación de los documentos societarios de SIMSA, al régimen de las sociedades anónimas abiertas, toda vez que con ello se eliminaría el sistema de "vetos societarios" que ha desembocado en una dictadura de la minoría, en perjuicio de SIMSA, de los demás accionistas y trabajadores.

b) Respecto a la falta de peligro en la demora



El peligro en la demora está referido a la eficacia de la resolución que pondrá fin al procedimiento administrativo, es decir, que dicha resolución pueda ser ejecutable. En ese sentido es necesario analizar cuáles serían las posibles consecuencias legales que derivarían en el supuesto negado que CONASEV resuelva que CLARION y el Señor BEATY actuaron concertadamente; es pues, sólo de esa manera que podría apreciarse si existe peligro en la demora.

Que, en el supuesto negado que CONASEV ampare la denuncia de TALINGO, este hecho podría originar cualquiera de las siguientes consecuencias legales:

- (i) suspensión de derechos políticos de las acciones indebidamente adquiridas;
- (ii) venta de dichas acciones, a través de una OPV, en un plazo no mayor de dos meses;
- (iii) excepcionalmente, podrá ordenar, la realización de una OPA por el 100% del capital social de SIMSA;
- (iv) la aplicación de una multa cuyo monto oscila entre 50 (cincuenta) y 300 (trescientas) UIT.

Como se puede apreciar, la eventual ejecución de cualquiera de las siguientes consecuencias legales, en ningún caso se ve expuesta a peligro alguno derivado de la demora, es decir, no existe ningún peligro de inexecución o ineffectividad de lo que finalmente se pueda resolver.

c) Respecto a la falta de adecuación de las medidas cautelares

Señala que la medida cautelar impuesta por el Tribunal Administrativo de CONASEV, es desproporcionada y no se encuentra acorde con la finalidad de garantizar la ejecutabilidad y efectividad de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador iniciado por TALINGO. En ese sentido, indica que las medidas que debería disponer CONASEV, en el supuesto negado que declare fundada la denuncia de TALINGO, no excederían ni afectarían de ninguna manera a la totalidad de acciones, de propiedad de CLARION adquiridas con anterioridad a julio del 2007, las mismas que representan el 44.81% de las acciones con derecho a voto de SIMSA; pues, la suspensión de derechos y obligación de venta recaería sólo sobre el porcentaje de acciones adquiridas dentro de la supuesta concertación, que equivale aproximadamente al 0.069% del total de acciones de SIMSA.

Asimismo, el 14 de noviembre del 2008, CLARION amplía su Recurso de Apelación, solicitando que, sin perjuicio de disponer el levantamiento de las medidas cautelares en cuestión, se declare la nulidad del artículo 5° de la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3 que resuelve disponer que la Dirección de Emisores inicie el procedimiento administrativo sancionador contra CLARION y el Señor BEATY; sus argumentos son:

a) Regulación del ejercicio de la potestad sancionadora

Precisa que, el artículo 5 de la Resolución apelada, al ordenar, a la Dirección de Emisores, que inicie procedimiento administrativo sancionador contra CLARION y el Señor BEATY, está:



- (i) vulnerando los principios de legalidad y debido procedimiento,
- (ii) alterando la estructura que diferencia a la autoridad que realiza las investigaciones previas y conduce la fase instructora (Dirección de Emisores), con la autoridad que decide la aplicación de la sanción (Tribunal Administrativo).

b) Etapa de investigación previa al procedimiento sancionador

Asimismo, señala que, conforme al artículo 235° inciso 2 de la LPAG, con anterioridad al inicio formal del procedimiento sancionador, se podrá realizar actuaciones previas de investigación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicialización.

Menciona que de acuerdo a las normas que regulan la organización interna de CONASEV, por ejemplo el artículo 36° del ROF, se establece lo siguiente:

- (i) las investigaciones preliminares están a cargo de la Dirección de Emisores,
- (ii) la Dirección de Emisores, es competente para decidir si inicia o no, el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual se basa en la información disponible y el producto de sus investigaciones preliminares.

Agrega que en el artículo 5° de la resolución apelada, el Tribunal Administrativo de CONASEV dispone que la Dirección de Emisores inicie el procedimiento sancionador, obstaculizando así la realización de las investigaciones previas.

c) Inicio del Procedimiento Sancionador

La diferencia entre el órgano instructor (Dirección de Emisores) y el órgano que resuelve (Tribunal Administrativo) es una garantía fundamental que busca asegurar la imparcialidad del órgano encargado de determinar la infracción e imponer la sanción.

El procedimiento administrativo sancionador se inicia formalmente con la notificación de cargo del presunto infractor, luego de las investigaciones preliminares, y esa función está a cargo de la Dirección de Emisores; por lo tanto, el artículo 5° de la resolución apelada supone una violación a la estructura prevista para el procedimiento sancionador.

d) Consecuencias de la orden de inicio del procedimiento sancionador

El mandato de iniciar el procedimiento administrativo sancionador dictado por el Tribunal Administrativo, y debido a la falta de convicción de la Dirección de Emisores sobre la suficiencia de indicios para iniciarlo, esta última ha optado por suspender toda actuación hasta que la apelación de la Resolución sea resuelta por el Directorio de CONASEV. CLARION desea que la Dirección de Emisores continúe con las investigaciones previas, para que concluya libremente si existe o no mérito para iniciar formalmente el procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, afirma, que ello no será posible mientras siga vigente el artículo 5° de la resolución apelada, el cual no ha hecho más que entorpecer la actuación de



la Dirección de Emisores y dilatar innecesariamente la tramitación del expediente que contiene la denuncia (Expediente N° 2007036571).

IV. ANÁLISIS.-

1. Venta de acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A

SIMSA es una sociedad anónima constituida en el Perú que tiene sus acciones inscritas (comunes y de inversión) en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV). Uno de sus accionistas es el denunciante TALINGO.

Al 10 de julio de 2007, CLARION era titular del 44.81% de las acciones comunes representativas del capital social de SIMSA. El 11 de julio de 2007, CLARION adquirió en Rueda de Bolsa tres millones trescientas mil acciones (3'300,000) comunes que representan el 4.03563% del capital social de SIMSA. Con dicha adquisición, CLARION incrementó su participación en el capital social de SIMSA del 44.81% al 48.84563%.

El 11 de julio de 2007 y con una diferencia temporal de catorce (14) segundos, el señor BEATY adquirió un millón (1'000,000) de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose así en titular del 1.224295% del capital social de dicha sociedad.

Posteriormente, el 21, 22 y 23 de diciembre de 2007, el señor Víctor Ostolaza, representante de CLARION y director de SIMSA, suscribió aproximadamente ochocientos setenta (870) contratos de donación mediante los cuales otorgó a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de diez (10) acciones cada uno, contratos de donación en los que los donatarios se comprometen a no transferir las acciones donadas a ninguna persona por un plazo de 18 meses contados a partir de la fecha de la firma de los contratos, restricción que a su vez fue instruida con el carácter de irrevocable a la sociedad agente de bolsa en cuya matriz se encuentran registradas las acciones.

2. La actuación concertada en el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (ROPA)

CLARION y el Señor BEATY señalan en sus respectivos escritos de apelación que la actuación concertada no se encuentra prevista en el ROPA, basándose en el hecho que en el ROPA no existe una mención expresa a la actuación concertada. Sin embargo, debemos señalar que el hecho que dicha actuación no conste de manera literal en el reglamento no significa que dichos supuestos no haya sido contemplados en el mismo. A continuación veremos que una apreciación sistemática de varios artículos del ROPA nos permite afirmar que la actuación concertada si ha sido contemplada normativamente.

En primer lugar, tenemos el artículo 4 del ROPA, el que en el literal c) señala que todo adquirente de participación tiene obligación de efectuar una OPA. Literalmente dicho artículo señala lo siguiente:

"Artículo 4.- OBLIGACIÓN DE EFECTUAR OPA.-

La adquisición o incremento de participación significativa genera la obligación de efectuar una OPA siempre que:

a) Se trate de una transferencia a título oneroso;



- b) *La sociedad objetivo tenga al menos una clase de valores con derecho a voto o susceptibles de otorgar derecho a voto, inscritas en el Registro;*
- c) *Acarree que el adquirente alcance o supere una participación de 25%, 50% ó 60% en el capital social de la sociedad objetivo o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita: i) remover o designar a la mayoría de los directores, o ii) modificar los estatutos de la sociedad y,*
- d) *No se encuentre incluida en ninguno de los supuestos del artículo 10.”*

Como segundo paso debemos ubicar que entiende el ROPA por adquirente, para lo cual debemos recurrir al concepto establecido en el artículo 1 del mencionado Reglamento. Literalmente el numeral 1 artículo del artículo 1 del ROPA señala lo siguiente:

“Artículo 1.- DEFINICIONES.-

Los términos establecidos en el presente reglamento tienen el significado que se indica a continuación:

- 1) *adquirente: Persona o grupo de personas que han adquirido participación significativa. Cuando se trate de un grupo de personas, la obligación de efectuar una OPA es solidaria entre todos ellos; (...)”*

Dicha definición señala que será considerado adquirente, y en ese sentido obligado a realizar una OPA, una persona o grupo de personas que han adquirido participación significativa, lo que significa que un adquirente, sea que actúe o no en concierto estará obligado a realizar una OPA, por lo que la obligación es mayor si actúa en concierto.

Asimismo, el numeral 16 del mismo artículo cuando define el concepto de participación significativa también alude a que participación significativa puede ser obtenida por una persona o grupo de personas, lo que alude al igual que en el caso anterior a una actuación concertada. Literalmente el numeral 1 artículo del artículo 1 del ROPA señala lo siguiente:

“...16) participación significativa: Se considera participación significativa toda propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto representativas de su capital social inscritas en una bolsa. También se considera participación significativa la facultad que posee una persona o grupo de personas de, sin tener propiedad directa o indirecta, ejercer el derecho a voto de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad o, acarree que el adquirente alcance una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una cantidad tal que en cualquiera de los dos últimos



supuestos le permita: i) remover, o designar a la mayoría de los directores, ii) modificar los estatutos de la sociedad; (...)"

Por su parte, el literal c) del anexo II, referente a la relación de información que todo oferente debe proporcionar a los titulares de valores materia de la OPA y que se encuentra obligado a proporcionar a través del prospecto informativo, señala que la información a la que se encuentra obligado el oferente es, entre otras, la de señalar "...las personas con las cuales actúe en concierto;". Literalmente dicho literal c) señala lo siguiente:

"c) Relación de los valores de la sociedad objetivo comprendidos en el artículo 3° de los que son titulares directa o indirectamente el ofertante y las personas jurídicas que conforman o controlan el Grupo Económico al que pertenece, con indicación de aquellos adquiridos en los últimos doce meses, señalando la fecha, cantidad y el precio de adquisición; así como los valores de las personas con las cuales actúe en concierto: (...)"

Finalmente, tenemos que la exposición de motivos del ROPA señala que "...la obligación de hacer OPA se genera en los casos enunciados se trate de una persona o de un conjunto de personas que actúen concertadamente." Dicha indicación claramente alude a una posible actuación en concierto entre los obligados a efectuar la OPA. Dicha indicación no deja lugar a dudas de su inclusión por parte del ROPA.

A pesar que la evaluación de la actuación o no en concierto de los involucrados deberá ser llevada a cabo en el expediente correspondiente al procedimiento sancionador que se inicie contra los involucrados y no en el presente expediente que trata de la medida cautelar, debemos afirmar que dicho supuesto ha sido contemplado en el ROPA, tal como lo hemos detallado. Admitir lo contrario implica señalar que basta con concertar con alguien la adquisición de participación significativa para no tener la obligación de efectuar una OPA, lo que a todas luces va a en perjuicio de los accionistas minoritarios y de la regulación de OPA.

3. Presentación de nuevos documentos e indicios por parte de Talingo

El Tribunal Administrativo señaló en la resolución impugnada la posibilidad que lo discutido en el procedimiento administrativo sea de interés de muchas personas, por que sin perjuicio de la sanción que se pretende imponer al infractor, la conducta sobre la que se discute puede suponer la vulneración de derechos e intereses legítimos particulares. De esa manera, el Tribunal Administrativo consideró que el artículo 51^o ⁵ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo que trata sobre el concepto de "administrado" abarca también al administrado cuyo interés ha sido lesionado por la conducta que es materia de un procedimiento administrativo sancionador, por lo que debe ser sujeto de dicho procedimiento en la medida que su derecho puede verse afectado, independientemente si se trata de un denunciante o no. Por ello, señalo que el

⁵ **"Artículo 51°.- Contenido del concepto administrado**

Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

- 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- 2. Aquéllos que sin haber iniciado el procedimiento posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse."*



procedimiento sancionador no sólo repercutiría en la esfera jurídica de los sujetos denunciados, sino también en la de TALINGO,

Debido a que TALINGO fue considerado por el Tribunal Administrativo de CONASEV como un denunciante con interés⁶ y por tanto con acceso al expediente, con fecha 13 y 21 de enero y 23 de febrero del 2009, presentó escritos a la Dirección de Emisores, cuyas copias han sido presentadas en el presente expediente, los mismos que consignarían nueva información sobre el presente caso y que correspondería a los siguientes documentos:

-Copia de la Junta Obligatoria Anual de accionistas de SIMSA de fecha 10 de octubre del 2008.

-Copia de la Traducción certificada de la oferta efectuada por la empresa Cheliabinsk Zinc Plant a la señora Isabel Arias Vargas de Millership.

-Copia de la Traducción certificada del acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub-Gerente de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A y la compañía Cheliabinsk Zinc Plant.

- Copia de la Traducción certificada del acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub-Gerente de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A y la compañía EUROMIN S.A.

Copia de las traducciones mencionadas se adjunta como anexo 3 al presente informe.

Dicha información, según TALINGO, constituirían nuevos indicios de concertación entre WHITE PEAK, ORANGE BAY, CLARION y el Señor BEATY, los indicios mencionados en dicho escrito son los siguientes:

a) La manera como se dio la transferencia de las acciones de WHITE PEAK a favor de CLARION y el Señor BEATY.

b) El hecho que WHITE PEAK siga siendo accionista: La tenencia de WHITE PEAK luego de las transferencias.

c) La actuación de WHITE PEAK y ORANGE BAY.

d) La votación de WHITE PEAK y ORANGE BAY en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA de fecha 10 de octubre de 2008.

e) La oferta de compra de acciones por parte de Cheliabinsk Zinc Plant.

⁶Los considerandos 23 y 24 de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-200-EF/94.01.3 señalan literalmente:

"23. De esta manera, siendo que TALINGO tiene interés en el resultado del procedimiento administrativo sancionador materia de su DENUNCIA, puede intervenir y participar en él, ejerciendo todos los derechos que supone el debido procedimiento administrativo. En ese sentido, este Tribunal Administrativo considera que una interpretación contraria no sería conforme a la Constitución en la medida que supondría lesionar su derecho a la defensa;

24. Por ello, TALINGO tiene en este procedimiento los derechos propios del debido procedimiento administrativo que, entre otros aspectos, le permiten alegar, probar e impugnar. Desconocer su legitimidad para obrar, supondría infringir gravemente su derecho al debido proceso reconocido expresamente en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política;"



La mencionada oferta de compra de acciones por parte de Cheliabinsk Zinc Plant a la Sra. ARIAS se realizó en los siguientes términos:

- Se ofrecía adquirir el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA.
- La adquisición tenía como condición precedente que se varíe las características de gobierno de SIMSA, suprimiendo la supermayoría que venía imperando en el estatuto de SIMSA.
- La adquisición involucraba la participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos.
- La oferta establecía la posibilidad de adquirir un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA.
- Entregaba el 100% de los contratos comerciales de minerales que SIMSA tiene.

Según lo señalado por TALINGO dicha oferta de compra y los acuerdos de confidencialidad celebrados por SIMSA tenían un solo objetivo, ya que *"...la actuación concertada entre CLARION y el Señor Beaty (una vez que la Compañía haya sido maliciosamente adaptada a una sociedad anónima abierta) tiene como finalidad adquirir el control de SIMSA y dejar sin derecho de veto a los demás accionistas de la Compañía, para aprovechar la situación y vender los activos y acciones de SIMSA a un tercero (CHELIABINSK), sin que nadie pueda oponerse a los acuerdos adoptados concertadamente por CLARION y el Señor Beaty."*

Asimismo, argumenta TALINGO que *"...WHITE PEAK y ORANGE BAY se encuentran bajo el control de las mismas personas..."* aludiendo que los accionistas principales de WHITE PEAK y ORANGE BAY serían los siguientes:

Accionistas principales de ORANGE BAY	Accionistas principales de WHITE PEAK
Mónica Patricia Arias Vargas	Mónica Patricia Arias Vargas
Rocío Arias Vargas	Rocío Arias Vargas

Por tanto, *"...las actuaciones de ambas empresa, supuestamente independiente, siempre son uniformes y destinadas a un mismo fin: ayudar a CLARION y al Señor Beaty a tomar el control de SIMSA..."*

TALINGO señala cuál fue el objetivo de las donaciones efectuadas, así resume dicho objetivo: *"La realidad de los hechos es que las donaciones efectuadas no cumplían ninguno de los dos propósitos, pues únicamente buscaban bajar los quórums y mayorías calificadas que venían rigiendo el estatuto de SIMSA ¿para que? Pues como ya hemos explicado, para dar cumplimiento con uno de los requisitos de la Oferta efectuada por Cheliabinsk y poder así beneficiarse con la propuesta efectuada."*

4. Escritos Adicionales del Señor Beaty

Mediante escritos de fechas 18 y 19 de marzo del 2009 el señor BEATY amplió su recurso de apelación solicitando tener presente los siguientes argumentos:



Escrito del 18 de marzo del 2009:

1. *"(...) En opinión de Talingo, el recurrente también formaría parte de esta estrategia, en la medida que sería necesaria su participación a efectos de poder adoptar los acuerdos necesarios para poder concretar la Propuesta de Chelyabinsk.*

Ello, conforme podremos analizar, no es cierto; los acuerdos para concretar la Propuesta de Chelyabinsk, podían ser adoptados sin necesidad de que el denunciado participe en los mismos. Más aún demostraremos que los únicos accionistas de Simsa que podrían resultar beneficiados con la Propuesta de Chelyabinsk son Clarion, Orange Bay y White Peak, de manera que la evidencia presentada por Talingo demostraría falsedad de su imputación contra el suscrito."

"2.1. La venta del 27% del accionariado de Simsa a favor de Chelyabinsk.

(...)

Particularmente, y como bien lo ha hecho notar Talingo, con posterioridad al 11 de julio de 2007 (fecha en la que el denunciado adquirió el 1.22% de las acciones de Simsa) la participación conjunta de White Peak y de Orange Bay en Simsa sumaban el 27.54%. La participación de ambas representaba –precisamente- el porcentaje que Chelyabinsk estaría interesada en adquirir, de acuerdo a los términos de la Propuesta.

Resulta pertinente preguntarnos ¿quién(es) debían de participar para concretar la venta del 27% de las acciones de Simsa a favor de Chelyabinsk? De acuerdo con la tesis propuesta por la propia Talingo, en esta operación Orange Bay y White Peak actuarían como vendedores, mientras que Chelyabinsk actuaría como comprador. Consecuentemente, queda claro que para concretar dicha venta, no es necesaria la participación del recurrente."

"2.2. La venta del 51% de los proyectos de exploración de Simsa a favor de Chelyabinsk.

(...)

Si Simsa hubiese sido transformada en una sociedad anónima abierta, el acuerdo de escisión hubiese podido ser adoptado por Clarion (48.84%) y por la propia Chelyabinsk (quien a estas alturas ya habría adquirido el 27% de las acciones con derecho a voto de Simsa). Ambos tendrían una participación total de 75.84% de las acciones de Simsa.

Ahora, en el supuesto que Chelyabinsk no hubiese adquirido el 27% de las acciones de Simsa, este acuerdo también hubiese podido ser adoptado sin la participación del denunciado. Para ello, se hubiese contado con el voto favorable de Clarion (48.84%), Orange Bay (24.51%) y White Peak (3.03%), considerando que estos dos últimos tendrían un interés directo en que la Propuesta se materialice.(...)

"2.3. La opción de compra a favor del 50% + 1 de las acciones de Simsa, a favor de Chelyabinsk.



Ubiquémonos en el supuesto en que Cheliabinsk hubiera adquirido el 27% de las acciones con derecho a voto de Simsa. Los accionistas principales de Simsa serían:

ACCIONISTA	TENENCIA (%)
CLARION	48.85%
CHELYABINSK	27%
TALINGO	22.36%
Ross beaty	1.22%

Si Talingo se encontraba indispuesta a vender su participación en Simsa, el único otro accionista en dicha sociedad capaz de poder venderle a Chelyabinsk un paquete de acciones que puedan darle el control de esta sociedad (transformada en una sociedad anónima abierta) era Clarion.

Si Clarion por sí sola podía venderle a Chelyabinsk el 23% + 1 de las acciones de Simsa (que es justamente la participación que Chelyabinsk necesitaba para adquirir el control de Simsa, es decir, el 50% + 1) ¿por qué utilizar al denunciado en dicha operación?"

"2.4. La transferencia del 100% de la producción de concentrados de Simsa a favor de Chelyabinsk.

Por último, la Propuesta indica que Chelyabinsk tiene interés en celebrar con Simsa un contrato por medio del cual éste adquiriera el 100% de la producción de concentrados de Simsa a partir del 2010.

(...)

El análisis de Talingo es parcialmente correcto. De haberse formado Simsa en una sociedad anónima, Chelyabinsk tendría el control de Simsa (es decir 50% + 1) y podría adoptar acuerdos como éste."

"III. Conclusiones:

Los nuevos elementos de juicio proporcionados por Talingo no hacen mas que confirmar los argumentos del recurrente, en el extremo que no existe una actuación concertada entre éste y Clarion para tomar el control de Simsa.

(...)

Ha quedado demostrado que todos y cada uno de los aspectos de la Propuesta podrían concretarse sin la participación del recurrente. Por consiguiente, las conclusiones de Talingo respecto a la participación del suscrito en esta operación, son falsas y carecen de todo sustento lógico."

Escrito del 19 de marzo del 2009:

"Que en reiteradas oportunidades el recurrente ha solicitado a la Conasev se le otorgue el uso de la palabra para poder exponer los argumentos de hecho a través de los cuales se sustente su defensa.



A pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el suscrito, la CONASEV aún no le ha concedido este derecho, a pesar de habérselo otorgado a Talingo.

En virtud a este trato diferenciado e injusto, que claramente atenta contra los principios del Debido Procedimiento y de imparcialidad previstos en el Título IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el suscrito no tuvo mayor alternativa que comparecer, por sus propios medios, frente a un Notario Público y frente a una intérprete, para prestar su declaración jurada con respecto a los argumentos de hecho a través de los cuales se sustenta su defensa, así como para responder a las distintas interrogantes que se han planteado en su contra a lo largo del presente procedimiento."

"Particularmente, destacamos que la Declaración demuestra, entre otras cosas, que:

- EL RECURRENTE, NO TIENE INTERES ALGUNO EN ADQUIRIR EL CONTROL DE SIMSA, ASÍ COMO TAMPOCO DE SIQUIERA PARTICIPAR EN LAS DECISIONES DE DICHA EMPRESA;*
- EL RECURRENTE NO TENIA CONOCIMIENTO ALGUNO DE LA SUPUESTA PROPUESTA QUE HABRÍA SIDO ENVIADA POR LA EMPRESA RUSA CHELYABINSK ZINC PLANT A LA SRA. ISABEL ARIAS VARGAS DE MILLERSHIP; y*
- EL RECURRENTE NO TIENE NINGÚN TIPO DE ACUERDO, CON NINGUNO DE LOS ACCIONISTAS DE SIMSA."*

"Declaración formulada el día 09 de marzo por el señor Ross James Beaty."

"1. Tiene Usted una relación con Clarion Holding Limited Corporation, accionista de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. o con la Sra. Isabel Arias de Millership?"

Respuesta: No tengo ningún tipo de relación con Clarion Holding Limited Corporation. Con respecto a la Sra. Isabel Arias de Millership, ella es la esposa del Sr. Michael Millership, a quien conozco hace más de 10 años. La primera vez que conocí a la Sra. Isabel Arias de Millership fue en el año 2006, cuando invité a su esposo a cenar."

2. ¿Cómo Usted tomó conocimiento de las intenciones de White Peak Resources Inc. De transferir un paquete de sus acciones en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.?"

Respuesta: Sabía que la Sra. Isabel era accionista de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., y me comentó que había un bloque de acciones que podían estar disponibles para la venta. Me comentó que el precio que estarían solicitando por cada acción sería de S/. 8.20, y me preguntó si estaría interesado en comprarlo. Esa fue la única información que me fue proporcionada.

En esa oportunidad, yo le respondí que sí estaba interesado, pero que solamente estaría dispuesto a invertir un aproximado de USD 2 500,000.00 (Dos Millones Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) en acciones.



3. ¿Qué lo motivó a realizar una inversión en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.?

Respuesta: He hecho muchas inversiones en compañías mineras, tanto en el Perú como en Canadá. En esos momentos, en el año 2007, el precio del Zinc estaba muy alto. Conocía algo sobre la geología de la mina de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. y pensé que tenía un buen potencial, por ello pensé que una inversión pequeña en dicha compañía, podía resultar siendo una inversión interesante.

4. Explique Usted cómo fue el procedimiento y la secuencia de hechos, conforme a los que adquirió un paquete de acciones en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., el 11 de julio de 2007.

Respuesta: Se me informó que había un bloque de acciones que estaban disponibles para la venta en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., especificándome que el precio que se solicitaba por cada acción era de S/. 8.20, y pensé en hacer una inversión. Decidí adquirir, como inversión, 1 000,000 de acciones.

5. ¿Qué personas se comunicaron con Usted el día 11 de julio de 2007? ¿Qué fue lo que le dijeron?

Respuesta La Sra Isabel Arias de Millership se contactó conmigo, y me dijo que, conforme me lo había comentado, se estaría poniendo a la venta un paquete de acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A, y que el precio que se estaba solicitando por cada acción era en efecto de S/.8.20. La Sra. Isabel Arias me preguntó si tenía interés en adquirir acciones. Yo le dije que solamente estaba interesado en adquirir 1'000,000 de acciones, y que lo haría una vez que el paquete de acciones fuera puesto a la venta"

6. ¿Por qué, el 11 de julio de 2007, Usted no se comunicó directamente con su agente de bolsa?

Respuesta: Sí me comuniqué directamente con mi broker, Seminario & Cía. El 11 de julio de 2007, le informé que había un paquete de acciones en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. que estaría siendo vendido y que se me había indicado que el precio que se estaba solicitando por cada acción era de S/. 8.20. Siendo ello así, le comuniqué a Seminario & Cía. que quería comprar 1 000,000 de acciones. Eso fue lo que hice.

7. ¿Por qué adquirió 1.22% de las acciones en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., y no un porcentaje mayor?

Respuesta: En realidad, para ser honesto, no sabía que cantidad de acciones se iban a poner a la venta. Yo simplemente compré lo que quería que era un millón de acciones.

8. ¿Tenía Usted conocimiento de cuantas acciones, en total, estaba vendiendo White Peak Resources Inc.?



Respuesta: No tenía la menor idea.

9. *¿Tenía Usted conocimiento del interés de Clarion Holding Limited Corporation de adquirir un paquete de las acciones que White Peak Resources Inc. Estaba interesada en transferir?*

Respuesta: No sabía nada sobre las intenciones de Clarion Holding Limited Corporation. En realidad no sabía que es lo que iba a hacer Clarion Holding Limited Corporation, ni siquiera sabía si iban a comprar acciones.

“10. *¿Sabía Usted que participación tenía Clarion Holding Limited Corporation en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. antes de producirse la operación?*”

Respuesta: No conocía la participación exacta pero si sabía que tenían algunas acciones porque sabía que la Sra. Isabel Arias era una de las hermanas de la familia Arias, que era la familia que tenía el control de la compañía.

11. *¿Por qué Usted adquirió acciones comunes en Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. en vez de adquirir acciones de inversión?*

Respuesta: Por lo general las acciones comunes son más valiosas que las acciones de inversión. Pero lo que es más importante, es que ese fue el tipo de acciones que se me ofreció justamente.

12. *¿Por qué Usted pagó, por cada una de las acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., la suma de S/. 8.20?*

Respuesta: Porque se me informó que ese era el precio que estaban pidiendo por las acciones que se estarían poniendo a la venta; lo que constituye una transacción de mercado totalmente normal.”

13. *¿Por qué existe una diferencia de 14 segundos entre su adquisición y la adquisición de Clarion Holding Limited Corporation?*

Respuesta: No lo sé. No tengo nada que ver con la compra que ha hecho Clarion Holding Limited Corporation, por lo que no puedo responder a esa pregunta.

14. *¿Tuvo Usted conocimiento alguno sobre las intenciones de Clarion Holding Limited Corporation de forzar la transformación de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. a una Sociedad Anónima Abierta, a través de la celebración de más de 850 contratos de donación de acciones.*

Respuesta: No, no tenía idea.

15. *¿Tiene Usted interés en adquirir el control de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.?*

Respuesta: No, en absoluto.



16. *¿Tiene Usted algún interés de participar en las decisiones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.?*

Respuesta: Ninguno. Para mí esto no se trata de tomar el control de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. Simplemente se trata de una pequeña inversión.

17. *¿Tenía Usted conocimiento de alguna propuesta que habría realizado la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant a la Sra. Isabel Arias de Millership con fecha 17 de julio de 2007?*

Respuesta: No, en absoluto. La primera vez que tuve conocimiento de estos documentos fue hace unos días, cuando el Estudio Payet me envió los mismos y pude leer los falsos argumentos de Talingo Corporation.

18. *¿Tenía Usted conocimiento de alguna intención de la Sra. Isabel Arias de Millership y/o de Clarion Holding Limited Corporation de llegar a algún tipo de acuerdo con la empresa rusa Chelyabinsk Zinc Plant, que involucre de manera directa o indirecta a Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.?*

Respuesta: No, en absoluto.

19. *¿Tiene Usted algún tipo de acuerdo con laguna de las siguientes personas: (i) White Peak Resources Ins.; (ii) Clarion Holding Limited Corporation; (iii) Orange Bay Comercial Inc.; (iv) Talingo Corporation; (v) Isabel Arias de Millership; (vi) Mónica Patricia Arias Vargas; o (vii) Rocío Arias Vargas?*

Respuesta: No tengo acuerdo alguno con ninguna de dichas personas o empresas.

20. *¿Tiene algo que agregar?*

Respuesta: Quisiera hacer un comentario final.

Yo soy y he sido, una figura muy pública, tanto en el mercado de valores canadiense como en el de los Estados Unidos de América, durante 24 años. He sido accionista mayoritario, Director Gerente (CEO), y Presidente del Directorio, de 8 compañías públicas que se cotizan en la Bolsa de Valores de Toronto, en Nasdaq y también en la AMEX.

He vivido y me he regido siempre por todas las reglas de la regulación de mercados de las comisiones de valores, tanto de Canadá como de los Estados Unidos, durante 24 años. Nunca, en ningún momento, se me ha acusado de una sola violación contra estos reglamentos. Entonces, pueden imaginarse qué tan ofendido me siento ahora y que tan molesto estoy, porque mi record perfecto, de un comportamiento honesto y transparente, ha sido dañado por las declaraciones falsas y maliciosas de Talingo.

Yo nunca violaría los reglamentos del mercado de valores del Perú por ningún motivo.



He sido acusado falsa y maliciosamente por Talingo, y me parece injusto que Conasev haya impuesto una medida cautelar en mi contra, sin permitirme defenderme apropiadamente.

Este asunto ha dañado seriamente mi reputación, y espero que se concluya de manera favorable para mí lo antes posible. Muchas gracias.

Siendo las 16:00 horas, el presente interrogatorio ha culminado”

Copia de esta declaración se adjunta al presente como anexo 4.

4. El indicio como prueba

Como cuestión previa debe tenerse en cuenta que la determinación de actuación concertada en el caso concreto se sustenta en la existencia de los indicios mencionados en la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV, los que originan la denominada prueba indiciaria.

La prueba indiciaria no es sino la sumatoria de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección, indicando, bajo un análisis lógico, la existencia de una situación o hecho que se explica naturalmente en la conjunción de cada uno de los elementos que si bien aisladamente podrían no tener relación entre sí, pero que integrados encuentran una explicación clara. En ese sentido, la prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba. Esto significa no solamente que sus resultados deben ser admitidos como válidos por el derecho sino además, y como condición para lo primero, que tenga las características de seriedad, rigor, consistencia, que toda prueba debe tener en el campo del derecho si se quiere que sea utilizada.

Rives define la prueba indiciaria como: *“aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función al nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios- y el que se trate de probar –delito”*⁷

Como se ha mencionado, un indicio es todo hecho, circunstancia, vestigio, huella y en general, todo hecho cierto, conocido, debidamente comprobado, que es susceptible de llevar al conocimiento de otro hecho desconocido por medio de una operación lógica.

Resulta de aplicación adicionalmente lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 que establece que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento, podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa.

De otro lado, la incorporación de los sucedáneos de los medios probatorios al procedimiento administrativo guardan relación con el principio de verdad material establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, de acuerdo con el cual la autoridad administrativa deberá verificar plenamente los hechos que sirven de sustento de decisiones, adoptando todas las medidas probatorias necesarias admitidas

⁷ Rives Seva, Alfonso. “La Prueba en el proceso penal”. Pamplona, 1996.



por ley ⁸. Ello determina que la admisión de indicios y presunciones por la administración no sólo es una práctica plenamente permitida por ley, sino una obligación de la administración, siempre y cuando ello no haya sido prohibido de manera expresa.

A nivel judicial, la Corte Suprema del Perú se ha pronunciado expresamente por la validez del uso de indicios y presunciones como medios probatorios de delitos. En ese sentido, la Corte ha precisado que "los indicios a fin de que cumplan con su cometido (...) deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual, desmereciendo la circunstancia o signo que aunado a otras pruebas adquieran la significación necesaria que conduzca al juez a la certeza del hecho investigado. ⁹"

5. Acceso al expediente

Al respecto resulta necesario realizar una aclaración respecto a las afirmaciones contenidas en los escritos de fechas 19 de marzo y 14 de mayo del 2009, presentados por el señor BEATY en virtud de las cuales se señala que: "(...) *en reiteradas oportunidades el recurrente ha solicitado a la Conasev se le otorgue el uso de la palabra para poder exponer los argumentos de hecho a través de los cuales se sustente su defensa. A pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el suscrito, la CONASEV aún no le ha concedido este derecho, a pesar de habérselo otorgado a Talingo.*

En virtud a este trato diferenciado e injusto, que claramente atenta contra los principios del Debido Procedimiento y de imparcialidad previstos en el Título IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el suscrito no tuvo mayor alternativa que comparecer, por sus propios medios, frente a un Notario Público y frente a una intérprete, para prestar su declaración jurada con respecto a los argumentos de hecho a través de los cuales se sustenta su defensa, así como para responder a las distintas interrogantes que se han planteado en su contra a lo largo del presente procedimiento."

Al respecto, debemos señalar que con relación al trámite seguido por los administrados en segunda instancia, nuestros funcionarios se han reunido, a solicitud de los mismos, en dos oportunidades con los abogados de TALINGO y en tres oportunidades, a solicitud de ellos, con los abogados del señor BEATY, habiendo tomado atención de los argumentos expuestos en cada oportunidad absolviendo las consultas que los administrados realizaron en dichas oportunidades respecto de las incidencias del caso materia de análisis. En cuanto a la posibilidad de que los administrados puedan ampliar los argumentos que presentaron en sus recursos de apelación esta posibilidad ha sido ampliamente usada por ellos, tan es así que desde el inicio del presente año a la fecha las partes han presentado 10 escritos con dicho objetivo.

Respecto del acceso de los administrados al expediente, tenemos que el mismo ha sido brindado en cada oportunidad en que fue requerido, tal como consta de la hoja de control de personas que revisan el expediente, así como de los comprobantes de pago de las copias fotostáticas que cada administrado a solicitado, documentos que también constan en el expediente, quedando demostrado de esa manera que tanto los abogados

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General, "1.11 Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas....".

⁹ Sentencia del 18 de octubre de 1999, Expediente. Av. 98-96.



de TALINGO como del señor BEATY han accedido al expediente las veces que lo han solicitado. Asimismo, en relación a la atención que hayan solicitado los representantes de CLARION, estos han sido debidamente atendidos de manera telefónica las veces que lo han solicitado.

Copia de las copias de los documentos mencionados anteriormente se adjuntan al presente como anexo 5.

Finalmente, en cuanto a la oportunidad de otorgar el uso de la palabra a los administrados debemos señalar que el uso de la palabra no ha sido otorgado a ninguno de los apelantes, ya que de acuerdo al trámite vigente se otorga ante el Directorio de CONASEV en la sesión en la que se va a realizar la vista de la causa, lo que no ha impedido, como ya lo hemos comentado anteriormente, que los administrados tengan acceso al expediente, así como a exponer sus argumentos ante funcionarios de esta Oficina.

Merece comentarse que según el procedimiento vigente los administrados que soliciten el uso de la palabra en expedientes sobre recursos de apelación ante el Directorio de CONASEV, se les comunica, mediante oficio, la fecha en que podrán hacer uso de la palabra, que además es la fecha en que la causa se pone en agenda de directorio, para su vista.

Por lo expuesto, negamos haber realizado o realizar algún trato diferenciado e injusto a favor de alguno de los administrados conforme se ha demostrado en los párrafos anteriores.

6. Notificación del señor Ross BEATY.

Con relación a a lo manifestado por el señor BEATY en el sentido de que en ningún momento fue notificado legalmente con la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV, que declara fundada la solicitud de TALINGO, respecto a la Medida Cautelar contra las acciones del Señor BEATY, debemos señalar que según los cargos de las notificaciones, apreciamos que la mencionada resolución fue notificada en primera instancia vía courier en el domicilio del señor BEATY en Vancouver, Canada y posteriormente con fecha 15 de septiembre del 2008 con motivo del apersonamiento de sus abogados, se notificó a los mismos el mismo día.

Copia de los cargos de recepción de las mencionadas notificaciones se adjuntan como anexo 6 al presente informe.

En cuanto al hecho que el señor BEATY no haya hecho uso de la palabra en el procedimiento administrativo llevado en primera instancia, debemos señalar que en los procedimientos que tienen como objetivo la dación de una medida cautelar, por la propia naturaleza de dicho procedimiento, no es lógico otorgar el uso de la palabra al denunciado, esto por que, otorgársela implicaría ponerlo sobre aviso sobre la futura medida lo que puede poner en riesgo la eficacia de la misma. Por dichos motivos, dicho derecho no le correspondía en primera instancia, recién con su apelación podrá hacer uso de la palabra pero, como lo hemos mencionado anteriormente, ello ocurrirá en el momento en que la causa sea vista en el Directorio de CONASEV. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que durante la apelación de la medida cautelar (segunda instancia) tiene



acceso al expediente y a presentar sus argumentos en cualquier estado del procedimiento, derechos que ha venido ejerciendo en el presente caso conforme se desprende los hechos expuestos en el presente informe. .

Por lo expuesto, discrepamos con lo señalado por el señor BEATY en el sentido que no se le ha otorgado el uso de la palabra, el mismo que le será concedido en la oportunidad en que el Directorio vea la causa.

7. Presupuestos de una medida cautelar

Son presupuestos de la procedencia de una medida cautelar que exista: (i) la apariencia de fundabilidad de la pretensión principal (verosimilitud); (ii), peligro en la demora; y, (iii) la adecuación de la misma.

En ese sentido: (i) la verosimilitud está vinculada con la posibilidad razonable de ser declarada fundada en el pronunciamiento final, es decir el análisis de los indicios presentados será concluido en el pronunciamiento final, bastando solo en esta primera etapa una apariencia en el derecho; (ii) el peligro en la demora está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento definitivo, el solo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial; y, (iii) la adecuación está vinculada al hecho que la medida cautelar sea congruente y proporcional con el bien tutelado.

8. De los indicios argumentados por CLARION y el Señor BEATY.

a) Verosimilitud en el derecho invocado

Acerca de los argumentos de los apelantes que confluyen en que en el presente caso no se presentan los requisitos para que se constituya la actuación concertada, así como que no existen pruebas de dicha concertación y que la suma de la participación accionaria de CLARION y el Señor BEATY, no es un indicio de una participación concertada, debemos señalar lo siguiente:

1. Sobre la forma de demostrar una actuación concertada, es muy poco probable que en un caso de actuación concertada existan documentos que señalen de manera expresa dicha actuación, lo que se encontrará durante el trámite del procedimiento administrativo (que en el presente caso será evaluado en el procedimiento sancionador) serán documentos que apreciados en conjunto permiten al juzgador llevar a la conclusión que existe una actuación concertada.
2. En relación con la apariencia del derecho que se trata probar, llama la atención en el contexto de la operación materia del presente informe, que los otros accionistas comprometidos en la eliminación de las súper mayorías y que podrían verse perjudicados tales como Orange Bay y White Peak no se hayan manifestado respecto de los hechos que están sucediendo al interior de la sociedad.
3. Respecto de la posibilidad de sumar los porcentajes de participación de los accionistas, en especial, los porcentajes de participación accionaria de



CLARION y del Señor BEATY, que objetivamente suman el 50.069 % de las acciones de SIMSA, cabe precisar que originalmente no se vio conveniente sumar los porcentajes de participación de CLARION con la de WHITE PEAK o con la de algún otro accionista de SIMSA por cuanto que la denuncia presentada por TALINGO únicamente hacía referencia a una actuación concertada entre el Señor BEATY y CLARION, tema que debe ser materia de la investigación y de la probanza mediante los indicios, más no se argumentó la suma de otras participaciones.

Adicionalmente, en los escritos presentados posteriormente por TALINGO, si bien se alude a WHITE PEAK y a ORANGE BAY como empresas que formarían parte de la mencionada concertación, somos de la opinión que dicha aseveración también debe ser materia de investigación en el procedimiento sancionador que, el órgano instructor, de creerlo pertinente, iniciará para realizar las actuaciones correspondientes.

4. Objetivamente durante el transcurso del trámite del procedimiento administrativo, existen hechos que han sido plenamente comprobados y que coadyuvan a reforzar una apariencia en el derecho. A continuación pasamos a mencionarlos:
 - a) Se aprecia que el artículo 25 del Estatuto Social de SIMSA vigente a la de las transferencias requiere que para acuerdos trascendentes estos se adopten por súper mayorías, con unas mayorías del 80% de las acciones, lo que significa que exista un consenso entre los accionistas para la adopción de acuerdos, lo que confiere un poder de veto muy importante a los accionistas minoritarios, ya que el hecho de necesitarse 80% implica que con más de un 20% se vetan los acuerdos societarios (Art. 27, 39).
 - b) Dadas las adquisiciones realizadas el 11 de julio de 2007 entre CLARION (la que sumada a su tenencia anterior) y el Señor BEATY, tenemos que la tenencia conjunta de dichas personas supera el 50% del accionariado de SIMSA, ya que la tenencia conjunta llega al 50.069925% de las acciones de SIMSA.
 - c) Un elemento trascendental constituye las donaciones realizadas por CLARION el mes de diciembre del 2007 de paquetes de 10 acciones cada uno a más de 750 personas, lo que implica que ante dicha situación la tenencia de más del 50% del accionariado signifique la adquisición real del control de la sociedad, al originar la adaptación a una sociedad anónima abierta, en aplicación de lo estipulado en el inciso 2 del artículo 249 de la Ley General de Sociedades, Ley 26887, puesto que las mayorías establecidas por la Ley General de Sociedades son significativamente menores a las súper mayorías establecidas en el Estatuto de SIMSA.
 - d) Otro hecho que merece consideración y que coadyuva a la generación de la apariencia en el derecho lo constituyen las donaciones efectuadas por CLARION, así como las cartas remitidas a la Sociedad



Agente de Bolsa Centura SAB, en las cuales los donatarios de las acciones han bloqueado su derecho de disposición sobre las mismas, es decir no pueden vender las acciones que les han sido transferidas, lo que en la práctica implica que el donante haya acordado con el donatario que no se transfieren las acciones a ninguna persona por un plazo de dieciocho meses (18) contado a partir de la fecha del contrato, cláusula que causa extrañeza en el contexto de la mencionada operación y que en nuestra opinión no se trata de una donación común y libre, sino que por el contrario tiene un objetivo distinto que el de beneficiar al donatario con la misma donación, lo que va en contra de la naturaleza jurídica de la "donación"

- e) También resulta de importancia en dicho contexto el hecho que mediante una carta notarial remitida al Directorio de SIMSA, de fecha 09 de enero de 2008, se solicitó al Directorio de SIMSA proceder a realizar la convocatoria a una junta general de accionistas cuya agenda sería la modificación del Estatuto social para la adaptación a sociedad anónima abierta en virtud de la causal establecida en la Ley General de Sociedades. Dicha solicitud tiene como sustento el hecho SIMSA luego de las donaciones cuenta con más de 750 accionistas.
- f) Asimismo, es necesario dejar establecido que a la fecha de la emisión de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV se encontraba en curso una convocatoria a junta general de accionistas realizada por CONASEV, a solicitud de CLARION. Dicha convocatoria fue efectuada el 12 de julio del 2008, mediante avisos publicados en el "El Peruano" y en "El Comercio".
5. Dichos hechos que son de importancia vital, así como otros indicios contenidos en la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV no han sido desvirtuados, ni se les ha encontrado interpretación distinta a la señalada por el Tribunal Administrativo de CONASEV, no obstante los argumentos expuestos en los recursos de apelación presentados por el señor BEATY y por CLARION.
6. Asimismo, en cuanto a los contraindicios presentados por CLARION en el sentido que (i) el señor BEATY financió su adquisición de las acciones de SIMSA; (ii) que cada comprador realizó sus operaciones de manera independiente instruyendo a su respectivo agente de intermediación, suscribiendo la información requerida, etc; (iii) que TALINGO no haya acreditado la existencia de un pacto o convenio, ni menos aún la existencia de una unidad de propósito, de una política común duradera o del ejercicio coordinado de los derechos políticos; (iv) y el hecho que aluda que TALINGO haya desarrollado una política obstruccionista en SIMSA, buscando llevarla al caos para luego buscar tomar el control de la misma y que prueba de ello es la solicitud de cautela en sede administrativa y en sede judicial, logrando retrasar la adecuación de los documentos societarios de SIMSA, al régimen de las sociedades anónimas abiertas, toda vez que con ello se eliminaría el sistema de "vetos societarios" que ha desembocado en una dictadura de la minoría, en perjuicio de SIMSA, de los demás accionistas y trabajadores, esta



Oficina opina que dichos argumentos no constituyen contraindicios que desvirtúen los indicios mencionados en los puntos precedentes, por las siguientes razones:

Los argumentos mencionados en los literales (i) y (ii) constituyen el trámite normal de toda adquisición de acciones, tales como el hecho que se pague, que se recurra a su intermediario, etc., en cambio sea que se trate de una adquisición concertada o no, lo que no resulta usual es la interrelación que existió entre los clientes y las SABs intervinientes, cuando el comprador le solicita a la vendedora que contacte a su SAB para efectuar la compra¹⁰. Respecto del punto (iii) debe indicarse, como ya se mencionó anteriormente, que en la realización de actuaciones concertadas es muy difícil encontrar un documento que acredite dicha concertación siendo que dichos casos son probados mediante indicios, los que deben ser materia de investigación. Sin embargo debe tenerse en cuenta los documentos que TALINGO ha presentado en segunda instancia referente a los acuerdos de confidencialidad celebrados entre SIMSA y Chelyabinsky Zinc Plant y Euromin Peru S.A. los que en opinión de TALINGO estarían acreditando la existencia de un pacto o convenio así como la existencia de una unidad de propósito en el ejercicio coordinado de los derechos políticos.

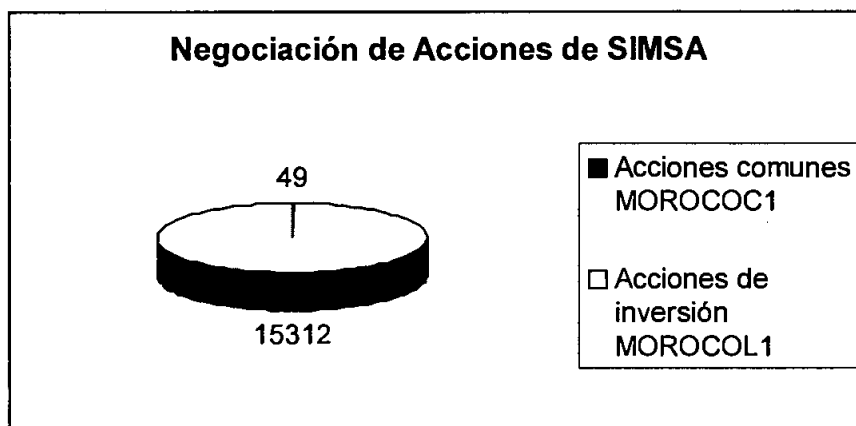
Respecto del punto (iv) dicha argumentación deberá ser materia de comprobación en el procedimiento administrativo sancionador teniendo en cuenta que en un escenario de mayorías normales de una sociedad anónima y no de súper mayorías, el porcentaje con el que cuenta TALINGO no permite tomar el control de la sociedad.

7. Respecto del argumento por el cual se señala que la trayectoria profesional y el prestigio mundial del Señor BEATY, son garantía de la inexistencia de una actuación concertada, así como el la participación del Señor BEATY en las empresas es un hecho claro de su comportamiento en el mercado, debemos señalar que dichos argumentos no demuestran ni prueban la inexistencia de la posibilidad de actuaciones concertadas, causando además en nuestra opinión extrañeza la posición adoptada por el señor BEATY en dicha empresa al especular con acciones comunes de SIMSA y no haber preferido la compra de acciones de inversión que son más líquidas que las otras, ya que las acciones materia de la compra en una cantidad de 1,000,000 (un millón) de acciones comunes, no registran mayor movimiento o el dinamismo bursátil considerable lo que hace que dicho valor sea poco atractivo para un inversionista con un ánimo especulativo, lo que refuerza la apariencia en el derecho relacionada con la toma de control de SIMSA. Merece comentarse que para efectuar esta apreciación se ha tomado en cuenta que las operaciones con la acción común de SIMSA durante el año 2008 fueron de un total de 49 operaciones en comparación con las 15,312 operaciones realizadas con la acción de inversión de la misma compañía durante el mismo año.

¹⁰ Cabe mencionar que el señor BEATY el 03 de octubre del 2008 declaró que: "... solicitó se tome contacto con Seminario y Cia Agente de Bolsa para poder concretar la operación" y que con fecha 09 de marzo del 2009 señaló que "Si me comuniqué directamente con mi broker, Seminario y Cia..." lo cual constituye una variación en el relato de cómo sucedieron los hechos a lo que no encontramos explicación.

Para una mejor apreciación del volumen de negociación de las acciones de SIMSA existente en el 2007 a continuación podemos apreciar un cuadro comparativo de las mencionadas acciones:

	Denominación	Número de Operaciones
Acciones comunes	MOROCOC1	49
Acciones de inversión	MOROCOL1	15312



Asimismo, debe dejarse constancia que según el hecho de importancia publicado por SIMSA con fecha 05 de febrero del 2007, en ningún caso la Política de Dividendos será la de pagar no menos del 10% de la utilidad distribuible, siempre que, sean cubiertas las necesidades financieras y obligaciones, según el presupuesto anual de la sociedad, lo cual constituiría un incentivo más para los inversionistas para adquirir acciones de inversión, en vez de acciones comunes, pues estas últimas serían las que otorgan una mayor utilidad.

Copia del mencionado hecho de importancia se adjunta como anexo 7 al presente informe.

Por otro lado, no puede dejarse de mencionar que dicho hecho de importancia fue comunicado al mercado con la correspondiente antelación como para que los inversionistas pudieran tomar decisiones adecuadas de acuerdo con sus objetivos, aproximadamente cinco meses antes de que el señor BEATY efectuara su compra, lo cual, demuestra que existió suficiente información sobre la política de dividendos que tomaría la sociedad dicho año (10%), no existiendo, a nuestro parecer, incentivos suficientes para comprar acciones comunes en vez de acciones de inversión.¹¹ Cabe hacer mención

¹¹ Literalmente el hecho de importancia señala lo siguiente:

“Que la política de dividendos de los valores a inscribir, será fijada anualmente en la Junta Obligatoria Anual de Accionistas y en esa primera vez se acuerda que la Política de Dividendos será pagar no menos del 10% de la utilidad distribuible siempre que sean cubiertas las necesidades financieras y obligaciones, según el presupuesto anual de la sociedad.”



que cuando el señor BEATY responde las preguntas que se le formulan en la declaración efectuada el 09 de marzo del 2009 y presentada a CONASEV, la respuesta a la pregunta número 11 señala que si bien conoce que las acciones comunes son más valiosas que las acciones de inversión¹² señala como justificación para su compra que: *“ese fue el tipo de acciones que se me ofreció justamente”*, justificación que a nuestro parecer no contiene un criterio técnico de naturaleza financiera adecuado.

También debe mencionarse el hecho que en el momento que el señor BEATY efectúa su compra incorporándose como accionista dicha sociedad se encuentra estatutariamente gobernada por las súper mayorías, lo cual a nuestro parecer constituye un incentivo adicional para no invertir en acciones comunes sino muy por el contrario en acciones de inversión, ya que dichas súper mayorías bloquean toda posibilidad de control con un pequeño porcentaje de acciones.

8. Respecto del argumento que señala que el precio que pagó el Señor BEATY por las acciones, no es indicio válido debido a que dicho precio (S/. 8.20 Nuevos Soles por cada una) no es ni “muy alto” ni existe evidencia alguna que incorpore una “prima” de control ya que el precio pagado por el señor BEATY, por las acciones de SIMSA, era bastante menor al promedio (S/.9.22 Nuevos Soles) debe indicarse que, si bien las acciones comunes de la sociedad registraban poco movimiento y las operaciones eran de poca entidad o envergadura, por lo que en principio el precio pagado por el señor BEATY podría estar dentro de los rangos en los que se negociaba dicho valor en dicha fecha no obstante que con posterioridad el valor registra una caída acentuada en su precio, debe indicarse que según la valorización de acciones de SIMSA con fecha 30 de junio de 2007, presentada por TALINGO, el precio de las acciones a dicha fecha es significativamente menor al precio pagado por el Señor BEATY (S/.6.17 Nuevos Soles por acción), valorización que no ha sido contradicha de manera fehaciente por los administrados.

Copia de la mencionada valorización se adjunta al presente informe como anexo 8.

Por ello, esta Oficina considera que dicha circunstancia convierte dicho hecho en un indicio materia de investigación respecto a la motivación de la compra de dichas acciones, lo cual deberá ser investigado por el órgano instructor en el expediente principal.

Asimismo, no resulta, a nuestro criterio, adecuada la respuesta que trata de justificar el precio pagado por el señor BEATY cuando en la declaración efectuada el 09 de marzo del 2009, presentada a CONASEV, su abogado le pregunta: *“¿Por qué Usted pagó, por cada una de las acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., la suma de S/. 8.20?”*. Cabe recordar que el señor BEATY señala que compró a dicho precio: *“Porque se me informó que ese era el precio que estaban pidiendo por las acciones que se*

¹² Somos de la opinión que dicha aseveración es totalmente acertada en un escenario donde dichas acciones me permitan tomar el control de la sociedad, más no en un escenario donde poseo una mínima cantidad que consideradas individualmente no me permiten tomar decisión alguna.



estarían poniendo a la venta; lo que constituye una transacción de mercado totalmente normal."

Somos de la opinión que dado el monto total pagado ascendente a la suma de S/. 8'200,000 Nuevos Soles por el paquete de acciones puestos a la venta (1'000,000 de acciones) la motivación a pagar dicho monto debió contar con un análisis más riguroso, que tome en cuenta como mínimo un análisis de la situación patrimonial de la sociedad que se pueda ver reflejado en los estados financieros de la sociedad, lo que constituye un indicio más a ser tomado en cuenta por el órgano decisorio.

Respecto del hecho mismo que rodeó la compra de las acciones de SIMSA, es decir la participación de la Señora ARIAS en la operación de adquisición del señor Beaty del 11 de julio de 2007, debe señalarse que durante la tramitación del procedimiento administrativo se ha verificado que la Señora ARIAS fue quien se encargó de comunicar la intención del señor BEATY para hacer posible que dicho señor adquiriera la participación que terminó finalmente comprando.

Acerca de los argumentos del señor BEATY en el sentido que había manifestado su interés de comprar acciones en SIMSA, y, que posteriormente la directora de SIMSA (la Sra. ARIAS) se comunicó con el señor BEATY para ofrecerle acciones de SIMSA al precio de S/. 8.20 cada una, sin indicar la cantidad de acciones disponibles, y este le manifestó su intención de adquirir 1'000,000 (un millón) de acciones, llegándose a concretar la operación el mismo día, 11 de julio del 2007, a través de la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima no hace más que confirmar lo señalado anteriormente, siendo que el señor BEATY en su declaración presentada confirma dicha aseveración cuando señala lo siguiente: *"La Sra Isabel Arias de Millership se contactó conmigo, y me dijo que, conforme me lo había comentado, se estaría poniendo a la venta un paquete de acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A, y que el precio que se estaba solicitando por cada acción era en efecto de S/.8.20. La Sra. Isabel Arias me preguntó si tenía interés en adquirir acciones. Yo le dije que solamente estaba interesado en adquirir 1'000,000 de acciones, y que lo haría una vez que el paquete de acciones fuera puesto a la venta"*

Dicha declaración también deja traslucir que por el número fijado de acciones a adquirir (1'000,000) por el señor BEATY, este habría hecho un análisis de lo que implicaría tener dicha cantidad en dicha sociedad, lo que implica realizar proyecciones de lo que pudiera ganar cuando las acciones pudieran ser vendidas, en relación con el precio que compró, para tomar su ganancia.

9. En cuanto a la designación del Señor Andrés Dasso, como Director Titular de SIMSA, así como el hecho que la defensa del Señor BEATY por parte de CLARION no constituyen indicios de por sí, por lo que si bien por sí mismos no evidenciarían concertación, sin embargo pueden ser considerados elementos que deben ser apreciados en conjunto con los demás indicios para verificar su descarte o no.



10. Respecto al hecho que la proximidad temporal de las operaciones no constituye un indicio y que en el mercado de valores, es común y frecuente que las transacciones de compra y venta de valores sean próximas en el tiempo las unas de las otras, inclusive, con un período de tiempo menor al de catorce (14) segundos, somos de la opinión que si bien dicha afirmación podría ser correcta, respecto de acciones con cierta regularidad de negociación pero no tan válida tratándose de acciones ilíquidas, resultando más bien, en el caso materia del presente análisis, un indicio que existan dos operaciones con un margen de 14 segundos, sobretudo si tenemos en cuenta que dicho valor ha realizado 49 operaciones en el lapso de un año, es decir la posibilidad de convertir dichas operaciones en indicios se presenta por que se trata de una acción totalmente ilíquida.
11. En lo que respecta al argumento esgrimido que cuestiona la eficacia probatoria de los indicios, así como el hecho que no existan elementos que permitan sospechar una actuación concertada entre el señor BEATY y CLARION para tomar el control de SIMSA y que los supuestos indicios carecen de eficiencia probatoria por lo que el Tribunal Administrativo de CONASEV ha ignorado la teoría conceptual de la prueba indiciaria al analizar los supuestos indicios alegados por TALINGO, discrepamos de dichas afirmaciones en el sentido que los hechos señalados como indicios han sido debidamente comprobados siendo inclusive algunos confirmados por los denunciantes y denunciados durante el presente procedimiento.
12. En cuanto al argumento presentados por el señor BEATY en el sentido que: i) Los compromisos de vender el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA; ii) Variar las características de gobierno de SIMSA suprimiendo la súper mayoría que venía imperando en el estatuto de SIMSA; iii) La venta de una participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos; iv) La posibilidad de que la compañía rusa adquiera un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA y v) Entregar el 100% de los contratos comerciales de minerales de SIMSA, podían realizarse sin su intervención, somos de la opinión que dicho argumento implica tomar posición respecto que si las compañías denominadas WHITE PEAK y ORANGE BAY son compañías que se encuentran bajo el control de los concertados y obedecen a una sola voluntad, investigación que no puede llevarse a cabo en el presente procedimiento y que además corresponde ser efectuada por el órgano instructor quien procederá, de ser el caso, a iniciar un procedimiento sancionador, máxime si además dichas compañías son compañías off shore que no se encuentran inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, por lo que no suministran la suficiente información como para conocer quienes son sus controladores.
13. Como apreciamos de lo señalado por el señor BEATY, su argumento parte del supuesto que WHITE PEAK y ORANGE BAY así como CLARION tendrían el porcentaje suficiente para otorgarle la mayoría a CHELYABINSKY ZINC PLANT de conformidad con lo pactado en el acuerdo de confidencialidad de SIMSA, pero como lo estamos señalando en el párrafo anterior dicha afirmación parte del hecho de asegurar que las tres compañías aludidas obedecen a un solo control, esto para asegurar que WHITE PEAK y



ORANGE BAY van a transferir su participación a CHELYABINSKY ZINC PLANT y que posteriormente CLARION transfiera el porcentaje necesario para otorgar mayoría a la empresa rusa para que pueda implementar los acuerdos pactados entre SIMSA y la mencionada empresa rusa contenidos en los acuerdos de confidencialidad aludidos.

De llegar a la convicción que WHITE PEAK y ORANGE BAY tienen controladores distintos a CLARION o que obedecerían a disposiciones distintas, y por lo tanto no quieren vender o quieren permanecer siendo socios de la empresa rusa, en dicho supuesto, CLARION con su 48.85% necesitaría del porcentaje del señor BEATY quien posee 1.22% para lograr a obtener la mayoría en SIMSA para que sumados dichos porcentajes se permita la implementación de los acuerdos contenidos en el acuerdo de confidencialidad celebrado entre CHELYABINSKY ZINC PLANT y SIMSA. De suceder todo lo contrario podrían tener fuerza los argumentos planteados por el señor BEATY al respecto.

14. Finalmente, somos de la opinión que de una apreciación conjunta de los indicios mencionados por el Tribunal Administrativo de CONASEV, los que han sido debidamente acreditados, crean una apariencia de una probabilidad que haya habido una toma de control concertada entre CLARION y el señor BEATY lo que de acuerdo a nuestra regulación habría generado la obligación de realizar una Oferta Pública de Adquisición, lo que es ratificado con la declaración de CLARION que obra en el Informe N° 164-2008-EF/94.06.3 según la cual las donaciones realizadas se habrían hecho con el propósito de quebrar el régimen estatutario vigente, de las súper mayorías, que fuerza a los accionistas a buscar consensos¹³, ya que las donaciones efectuadas generan la necesidad que SIMSA se adapte a un régimen de sociedad anónima abierta, régimen que se caracteriza por adoptar acuerdos por mayoría (50% + 1), lo que en un escenario donde SIMSA es una sociedad anónima abierta el control lo obtiene CLARION y el señor BEATY, lo que configura el presupuesto de la verosimilitud del derecho, una apariencia en el derecho, requerido para la concesión de una medida cautelar.

¹³ El informe elaborado por la Dirección de Emisores N° 164-2008-EF/94.06.3, reproduce lo afirmado por CLARION:

"Respecto a las donaciones efectuadas, CLARION señala que la finalidad de las donaciones fue (i) otorgar un beneficio en especie a todos los accionistas de la sociedad (en forma de acciones cuya transferencia está parcialmente restringida), como incentivo, y (ii) liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento y desgobierno en la que venía sumida como consecuencia del mal uso del derecho de veto estatutario, el cual posibilita que cualquiera de los tres principales accionistas (CLARION, TALINGO y Orange Bay Comercial Inc. – y en su momento WHITE PEAK) pudieran, sin mayor razón, oponerse a cualquier acuerdo y generar una situación de desgobierno.

Al no existir alternativa para suprimir el derecho de veto estatutario, la única vía legal que permitió válidamente recomponer los quórum y mayorías, fue la conversión de la empresa al tipo societario de sociedad anónima abierta. De este modo, CLARION señala que el único derecho que se afecta (de manera absolutamente legítima) es el veto estatutario, el cual ha generado un desgobierno perjudicial para SIMSA y sus accionistas. En tal sentido, con la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, se estaría consiguiendo la debida protección de las minorías".



b) La falta de peligro en la demora

Acerca de este tema, el recurso de apelación del Señor BEATY como hemos señalado anteriormente, señala que el Tribunal Administrativo de CONASEV, basa sus argumentos en el hecho de que, mediante los contratos de donación de acciones celebrados entre CLARION y los trabajadores de SIMSA, esta se transformaría en una sociedad anónima abierta, lo que conllevaría a que los quórum actualmente previstos en sus estatutos sociales se reduzcan a los previstos en la Ley General de Sociedades; sin tener en cuenta que la Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima, resolvió la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta, hasta que exista un pronunciamiento definitivo respecto a la validez de dichos contratos de donación. Asimismo, el recurso de apelación de CLARION señala que en caso CONASEV ampare la denuncia de TALINGO, este hecho podría originar cualquiera de las siguientes consecuencias legales: (i) suspensión de derechos políticos de las acciones indebidamente adquiridas; (ii) venta de dichas acciones, a través de una OPV, en un plazo no mayor de dos meses; (iii) excepcionalmente, podrá ordenar, la realización de una OPA por el 100% del capital social de SIMSA; (iv) la aplicación de una multa cuyo monto oscila entre 50 (cincuenta) y 300 (trescientas) UIT. CLARION señala que con la eventual ejecución de cualquiera de las siguientes consecuencias legales, en ningún caso se ve expuesta a peligro alguno derivado de la demora, es decir, no existe ningún peligro de inejecución o ineffectividad de lo que finalmente se pueda resolver.

Sobre dichos argumentos debemos señalar que si bien se recibió la notificación de la Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima que resolvió la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta hasta que exista un pronunciamiento definitivo respecto a la validez de dichos contratos de donación, dado que se trata de una decisión judicial, CONASEV no tiene injerencia ni manejo respecto de la misma e incluso no tiene conocimiento si dicha decisión ha sido apelada o no, es decir se encuentra fuera de la competencia de CONASEV, por lo que no se puede aseverar que debido a dicha medida el peligro en la demora ha cesado, muy por el contrario podemos señalar que el destino de la misma resulta incierto, por consiguiente el peligro en la demora resulta siendo aún un aspecto que sigue manteniéndose vigente.



Por otro lado, debemos tener en cuenta que la evaluación de la falta de peligro en la demora resulta de aquellos elementos que el Tribunal Administrativo de CONASEV tuvo en cuenta al momento de adoptar la medida cautelar, debiendo tener en cuenta que dicha medida fue adoptada con anterioridad a la expedición de la Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima. Dicha resolución evitó la celebración de una junta de accionistas de SIMSA que CLARION solicitó a su Directorio para proceder a realizar la modificación del estatuto social para la adaptación a sociedad anónima abierta como consecuencia de las donaciones efectuadas por CLARION, ya que SIMSA contaba con más de 750 accionistas. Los avisos de dicha convocatoria fueron realizados mediante avisos publicados en "El Peruano" como en "El Comercio" el 12 de julio de 2008. La celebración de dicha junta hubiera hecho posible que los acuerdos de confidencialidad celebrados entre CHELYABINSKY ZINC PLANT y SIMSA se hubieran materializado, con las consecuencias que la adopción de dichos acuerdos implican, por lo que la dación de la medida cautelar de CONASEV evita a todas luces dichas circunstancias.

Asimismo, la falta de peligro en la demora también recaen en la imposibilidad que las acciones adquiridas con infracción de las normas de OPA puedan ser vendidas en un procedimiento transparente de Oferta Pública, siendo de esta manera que la única forma de que ese peligro se encuentre latente es dictando una medida cautelar que suspenda los derechos de disposición de las acciones que han sido adquiridas con infracción de las normas de OPA.

Como hemos mencionado, en un supuesto donde la medida cautelar judicial quede sin efecto, de no existir la medida cautelar dictada por CONASEV, la consecuencia inmediata sería la conversión de la sociedad en una sociedad anónima abierta con la consecuencia de la eliminación de las súper mayorías, lo que podría hacer posible la materialización de todos aquellos acuerdos consignados en el acuerdo de confidencialidad adoptado por la empresa rusa CHELYABINSKY ZINC PLANT y SIMSA, lo cual no debería suceder si previamente no media una investigación por parte de CONASEV sobre la denuncia de concertación. Al respecto, debemos señalar que el escenario adecuado para proceder a la investigación es mantener el status quo de los hechos, lo cual se logra manteniendo la medida cautelar dictada por CONASEV, lo que constituye un argumento más para mantener la vigencia de la medida cautelar.

c) La falta de adecuación de las medidas cautelares

Respecto de la falta de adecuación de las medidas cautelares el recurso de apelación del Señor BEATY señala que la decisión del Tribunal Administrativo de CONASEV es arbitraria pues se ha impuesto la medida cautelar contra las acciones del Señor BEATY, a pesar que este sólo es propietario del 1.22% del total de acciones y, con esa mínima participación, es materialmente imposible que logre el quórum y la mayoría suficiente para adoptar acuerdos que vulneren los derechos de TALINGO. Por su parte CLARION señala que en el supuesto negado que se declare fundada la denuncia de TALINGO, no excederían ni afectarían de ninguna manera a la totalidad de acciones, de propiedad de CLARION adquiridas con anterioridad a julio del 2007, las mismas que representan el 44.81% de las acciones con derecho a voto de SIMSA; pues, la suspensión de derechos y obligación de venta recaería sólo sobre el porcentaje de acciones adquiridas dentro de la supuesta concertación, que equivale aproximadamente al 0.069% del total de acciones de SIMSA.



Al respecto, consideramos que la medida cautelar adoptada por el Tribunal Administrativo es congruente y proporcional con el objeto que es materia de tutela ya que de conformidad con lo establecido por el artículo 72 de la Ley del Mercado de Valores concordado con el artículo 54 del ROPA se ordenó la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al Señor BEATY, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar sobre las acciones adquiridas por CLARION y el Señor BEATY el 11 de julio de 2007 y no de la totalidad de las acciones pertenecientes a CLARION. Dicha aseveración podemos apreciarla de la comunicación efectuada con fecha 25 de septiembre dirigida a CAVALI¹⁴ en la cual se señalan que las acciones que cuyos derechos se han suspendido son únicamente las adquiridas con fecha 11 de julio del 2007.

Finalmente, esta Oficina opina que la pretensión principal de la denuncia presentada por TALINGO podría derivar en la obligación de formular una OPA o eventualmente vender el porcentaje que les permitió adquirir el control, supuesto en el cual resultaría razonable que las acciones de dichos accionistas se encuentren suspendidas en sus derechos políticos, más no las acciones de una tenencia anterior, por lo que la medida dictada por el Tribunal Administrativo resultaría congruente.

9. Del inicio del procedimiento sancionador

La Resolución del Tribunal Administrativo sanciona en el artículo 5: *"...Disponer que la Dirección de Emisores de la CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra Clarion Holding Ltd. y el señor Ross J. Beaty."*

Dicha disposición fue adoptada por el Tribunal Administrativo en base a lo dispuesto en los incisos p) y s) del artículo 8º, de su Estatuto¹⁵, en el entendido que dicha facultad se encuentra contenida como una de sus facultades, cuando dicha disposición únicamente señala que el Tribunal Administrativo puede adoptar todos los actos que fueren necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones. En nuestra opinión, el Tribunal Administrativo no tendría facultades para ordenar a la Dirección de Emisores, el inicio de un procedimiento sancionador.

La Dirección de Emisores es un órgano que se caracteriza por ser el instructor en el procedimiento administrativo, función que le ha sido conferida en virtud del Decreto Supremo N° 38-2007, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de la

¹⁴ Folio 663 del expediente administrativo cautelar.

¹⁵ Los literales p) y s) del artículo 8 del Estatuto del Tribunal Administrativo señalan lo siguiente:

"Artículo N° 8. – Atribuciones

El Tribunal tiene las siguientes atribuciones:

(...) p. Solicitar a las direcciones los informes técnicos respectivos o ampliaciones de los mismos y, de ser el caso, citar a los funcionarios y técnicos que hayan suscrito o intervenido en dichos informes;

(...) s. Adoptar todos los actos que fueren necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones;(..."



CONASEV. En dicho dispositivo legal se señala que a la Dirección de emisores le corresponde actuar como órgano instructor en los casos que se encuentren bajo su competencia, iniciando el correspondiente procedimiento sancionador. Es decir que el Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV asigna una competencia de manera expresa a dicha Dirección y no le asigna facultad expresa ni similar al Tribunal Administrativo por lo que no corresponde a este último órgano dictar disposiciones como la que es materia de análisis, ya que ello no se enmarca con lo estipulado en el Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV.

Literalmente los literales h), i) y j) del artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV señalan lo siguiente:

“Artículo 36 °.- Funciones de la Dirección de Emisores

Las funciones de la Dirección de Emisores son: (...)

h. Disponer la realización de investigaciones e inspecciones, así como citar bajo el apremio que señala la ley para los testigos, a cuanta persona estime que pueda contribuir al éxito de las investigaciones que se efectúe, siempre que medie delegación del Directorio;

i. Desestimar, de acuerdo a ley, las denuncias o reclamos contra los supervisados, cuando de las diligencias preliminares se haya determinado que no procede iniciarse un procedimiento administrativo sancionador ni emitir mandato por parte de CONASEV u otra acción administrativa;

j. Actuar como órgano instructor en los casos bajo su ámbito de competencia, iniciando el procedimiento sancionador, cuando corresponda; (...)”

Por las razones expuestas en el presente informe, se considera que el artículo 5 de la Resolución del Tribunal Administrativo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 10.1¹⁶, pues ha sido dictado en contravención de lo dispuesto por el literal j) del artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV no cumpliendo con uno de los requisitos de validez del acto administrativo pues no cuenta con una facultad expresa para adoptar tal decisión lo que resulta ser un acto dictado por un órgano incompetente, no habiéndose presentado ninguna de las causales de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En virtud de dicha consecuencia, somos de la opinión que dicho extremo de la Resolución del Tribunal Administrativo ha incurrido en causal de nulidad, siendo necesario declarar la nulidad parcial sobre dicha disposición.

¹⁶ *“Artículo 10.- Causales de nulidad*

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
- 3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.*



Si bien existe un vicio sobre lo resuelto en el artículo 5 de la Resolución, este hecho no puede ser considerado como un vicio que conlleve la nulidad de la integridad de la Resolución en razón que dicho vicio no afecta el otorgamiento de la medida cautelar dispuesta ya que solo se trata de una directriz dirigida a la Dirección de Emisores con contenido propio y separado de la decisión principal que constituye el otorgamiento de la medida cautelar, por lo que correspondería en aplicación el artículo 13.2¹⁷ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 declarar la nulidad parcial en el extremo correspondiente al artículo 5° de la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3.

10. De la suspensión de los derechos de voto

El Señor BEATY argumenta que la Resolución del Tribunal Administrativo ha vulnerado el principio de legalidad ya que conforme al artículo 72° de la Ley del Mercado de Valores dicho Tribunal Administrativo no tendría potestad alguna para dictar medidas cautelares que dispongan la suspensión de los derechos de disposición de las acciones adquiridas por el recurrente. Si bien el artículo 72¹⁸ de la Ley del Mercado de Valores, así como el artículo 58¹⁹ del ROPA centran su atención en la suspensión de los

¹⁷ El artículo 13 de la Ley 27444 señala literalmente lo siguiente:

"Artículo 13°.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio."

¹⁸ "Artículo 72 ° Incumplimiento.-

En caso de incumplimiento de las normas precedentes, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Quien adquiera o incremente su participación significativa sin observar el procedimiento respectivo, **queda suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas**, obligado a su venta mediante oferta pública en un plazo no mayor de dos (2) meses. Mientras dure la suspensión de los valores indicados, los mismos no se computarán para el quórum.

Sin perjuicio de lo anterior, CONASEV podrá excepcionalmente determinar adicionalmente la suspensión de los derechos inherentes a las acciones que tuviese de manera previa a la adquisición o incremento de participación significativa, así como determinar que dicha tenencia previa no se computa para efectos del quórum.

En caso de obtener una ganancia de capital como producto de la venta de las acciones adquiridas, deberá entregarla a los accionistas que le transfirieron tales valores. Es nulo todo acuerdo que se adopte ejerciendo la representación de las acciones adquiridas con prescindencia de la obligación de realizar una oferta pública de adquisición, así como todo acto de disposición que se efectúe con tales valores.

CONASEV podrá determinar los casos de excepción a la obligación de venta por oferta pública establecida en el primer párrafo del presente inciso, siempre que esto sea más beneficioso al interés del mercado y el obligado realice una oferta pública de adquisición por el 100% del capital social.

Lo dispuesto en el presente inciso es de aplicación en lo pertinente a los casos de incumplimiento de la obligación de efectuar una oferta pública de adquisición cuando se trate de supuestos distintos de la adquisición de acciones a que se refiere el primer párrafo.

CONASEV tiene personería para interponer las acciones correspondientes, con arreglo a lo normado en el Artículo 139 de la Ley General de Sociedades. El ejercicio de este derecho caduca en el plazo de un (1) año contado desde la adopción del acuerdo; y,

b) CONASEV no excluirá el valor del Registro si previamente no se ha efectuado la oferta pública de compra a que se refiere el Artículo 69."

¹⁹ "Artículo 58.- Ámbito de la suspensión de derechos.-

La suspensión de derechos a que se refiere el Artículo 72 de la Ley comprende sólo los derechos políticos. La suspensión de derechos alcanza también a los titulares de certificados de suscripción



derechos políticos de las acciones que han sido adquiridas con infracción de las normas de OPA, no menos cierto es el hecho que el mismo artículo de la mencionada Ley también menciona que es nulo todo acuerdo que se adopte ejerciendo la representación de las acciones adquiridas con prescindencia de la obligación de realizar una OPA, así como todo acto de disposición que se efectúe con tales valores. Dichas disposiciones permiten apreciar que el objetivo de la Ley es eliminar toda posible utilidad de los valores que hayan sido adquiridos con infracción de las normas de OPA, hecho que hará efectiva la regulación prudencial dictada por CONASEV en protección de los inversionistas y de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, la suspensión de los derechos de disposición tienen como objetivo fundamental proteger el derecho de propiedad de los accionistas minoritarios, ya que el derecho a la prima en el caso de una OPA no se trata de un derecho gaseoso, sino que se materializa en un monto económico al cual los accionistas que han sido apartados de la prima tienen derecho, siendo este el objetivo principal de la regulación de OPA, conforme se desprende del artículo 2^o del Reglamento de OPA. La suspensión de los derechos de disposición asegura que el procedimiento por medio del cual los valores adquiridos irregularmente se vayan a vender sea un procedimiento transparente, que se efectúe vía oferta pública, asegurando de esta manera la obtención del mejor precio en beneficio del mercado y los accionistas, ya que de obtenerse alguna ganancia, en cumplimiento del mandato establecido en el mismo artículo de la Ley, dicha ganancia deberá ser entregada a los accionistas, hecho por el cual existe un derecho de propiedad que legalmente debe ser cautelado vía una medida cautelar. Permitir la venta de las acciones con el voto suspendido impide la venta de las acciones adquiridas de manera irregular vía oferta pública, objetivo que se encuentra detrás de la regulación de OPA, es decir, si se permite la venta de manera extra bursátil de dichos valores este hecho haría imposible la futura OPA, lo que va en contra de la regulación.

En cuanto al argumento formulado por el Señor BEATY respecto de que de la medida cautelar solo debe otorgarse para proteger derechos constitucionales, citando para ello una sentencia del Tribunal Constitucional (expediente N° 5408-2005-PA/TC), debe señalarse que la referida sentencia no contiene la indicación que se trata de un precedente de observancia obligatoria.

Cabe resaltar que también existe jurisprudencia citada por el Tribunal Administrativo referente al Tribunal Constitucional que no restringe el otorgamiento de medidas cautelares solo a aquellas que se encuentren protegiendo derechos constitucionales, así tenemos que el Tribunal Constitucional también ha señalado *"...en la STC N° 00015-*

preferente, de obligaciones convertibles y de otros valores que dan derecho a la suscripción o adquisición de acciones con derecho a voto de la sociedad objetivo. Sin embargo, sólo tiene efecto una vez que se ha producido la suscripción o adquisición de acciones con derecho a voto. Los derechos suspendidos sólo se recuperan luego de efectuada la OPA en los términos establecidos en el presente reglamento, o cuando se ha obtenido el consentimiento de la totalidad de los accionistas, en la forma indicada en el artículo 10 inciso a). La nulidad de acuerdos que establece el artículo 72 inciso a) de la Ley sólo ocurre cuando los mismos no habrían podido ser adoptados sin el voto de las acciones adquiridas con prescindencia del procedimiento de OPA."

²⁰ *"Artículo 2.- PROPÓSITO DE LA OPA.-*

La OPA tiene como propósito garantizar que, cuando se produzca una adquisición o incremento de participación significativa, todos los accionistas puedan participar en la prima que con tal motivo se pueda ofrecer."

2005-AI²¹, que el derecho de tutela cautelar es un derecho fundamental el mismo que no es privativo de cortes judiciales sino que también es extensivo a la sede administrativa:” Dicha disposición no alude a derechos constitucionalmente protegidos sino que por el contrario eleva a rango constitucional el derecho a solicitar medidas cautelares en sede administrativa.

Asimismo, somos de la opinión, que el otorgamiento de toda medida cautelar en la medida que cumpla con los requisitos de acreditar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la adecuación de la medida, siempre será una medida que legalmente restringirá algún tipo de libertad garantizada por la Constitución Política, por que está en la naturaleza de toda medida cautelar restringir libertades, por lo que creemos que la alusión del Tribunal Constitucional en dicha sentencia lo que pretende es garantizar el acceso al debido proceso por parte de todo administrado y que toda medida cautelar cumpla con las condiciones antes señaladas.

Por su parte, el artículo 8 del estatuto del Tribunal Administrativo de CONASEV contenido en la Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10 consigna que es potestad del Tribunal Administrativo disponer de oficio medidas cautelares con prescindencia de si se hubiera iniciado o no un procedimiento administrativo sancionador. Dicho artículo tampoco diferencia o señala que tipos de medidas cautelares puede el Tribunal Administrativo dictar, por lo que mal se haría en diferenciar, restringiendo las mismas a las desarrolladas normativamente, sobretodo si tenemos en cuenta que los altos objetivos y funciones con los que cuenta el Tribunal Administrativo de CONASEV en defensa del mercado, los inversionistas y los accionistas minoritarios. Dicha norma señala lo siguiente:

“Artículo 8 ° .-

El Tribunal tiene las siguientes atribuciones:

(...)Disponer de oficio o a solicitud de parte medidas cautelares, provisionales y correctivas vinculadas a los casos que se tramiten ante CONASEV, con prescindencia de si se hubiera iniciado o no un procedimiento administrativo sancionador.

Las medidas cautelares son aquellas que se dictan con el propósito de asegurar la eficacia de la resolución a emitir, pueden ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte. No podrán dictarse medidas que causen perjuicio de imposible reparación a los administrados.

Las medidas correctivas que disponga el Tribunal, sin perjuicio de las que correspondan a las direcciones respectivas, obligan a realizar un acto, o el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Las medidas correctivas tienen por propósito revertir, minimizar las consecuencias o efectos negativos que se producen al incurrirse en infracciones administrativas, o subsanar o revertir la situación alterada por la infracción. Pueden ser de cargo del infractor o de un tercero administrado bajo la competencia de CONASEV; (...)”

“Antes de entrar a dilucidar sobre el tema materia de institucionalidad, es pertinente precisar algunos conceptos sobre la institución de la medida cautelar. Al respecto, coincidimos con la doctrina en la definición tradicional de la medida cautelar en tanto el proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, definición que también resulta aplicable a los procedimientos administrativos como el que nos ocupa”. (Énfasis agregado)



Asimismo, el artículo 10 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, Decreto Supremo N° 38-2007 señala que una de las funciones del Tribunal Administrativo de CONASEV es disponer medidas cautelares sin distinguir entre ellas, por lo que podría dictar cualquier medida cautelar que le sea solicitada así como aquellas que crea convenientes para salvaguardar los intereses puestos en juego. Dicha norma señala lo siguiente:

“Artículo 10 °.- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Las funciones del Tribunal Administrativo son:

(...)g. Disponer medidas cautelares y correctivas en los casos sometidos a su conocimiento; (...)”

Finalmente, debemos señalar que el artículo 611²² del Código Procesal Civil señala que la potestad de dictar medidas cautelares no se encuentra restringida a aquellas que expresamente se hayan solicitado, sino que se permite al juzgador el dictado de cualquier otra medida cautelar, siempre que se considere adecuada a garantizar la eficacia de la decisión que se dictaría al término del proceso. Dicha facultad, como hemos visto se encuentra ratificada con lo establecido en el artículo 8°, inciso l), del Estatuto del Tribunal Administrativo de la CONASEV.

Por lo expuesto, atendiendo el objetivo regulatorio último que es la protección del accionista minoritario que se encuentra plasmado en el artículo 1° de la Ley del Mercado de Valores el dictado de una medida correctiva consistente en la suspensión de los derechos inherentes a las acciones adquiridas con infracción a las normas de OPA, entre los cuales se encuentra el derecho de disposición sobre dichas acciones por parte de sus titulares es un derecho que legalmente el Tribunal Administrativo de CONASEV puede ejercer.

V. CONCLUSIONES.-

1. Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el Señor BEATY, contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3
2. Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por CLARION en el extremo de declarar la nulidad parcial de la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, únicamente en lo estipulado en el artículo 5° de la mencionada Resolución, que ordena a la Dirección de Emisores iniciar un procedimiento sancionador contra CLARION y el Señor BEATY.

²² *“Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar.-*

El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.”



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV

Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

01359

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA

3. Someter a consideración del Directorio el presente informe.

Atentamente,

Signed by: Isabel Graciela Guerra La Torre
Signing time: Thursday, May 28 2009, 20:48:39 GMT

Isabel Guerra La Torre
Oficina de Asesoría Jurídica (e)²³

Signed by: Mirko Juan Zarate Quinones
Signing time: Thursday, May 28 2009, 20:47:18 GMT

²³ Con Memorándum N° 012-2008-EF/94.01.1 de fecha 27.10.2008 se encargó a la suscrita realizar las funciones de Asesora Jurídica en el expediente N° 2008001327



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

01509

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA

Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

Lima, 30 de julio de 2009

VISTOS:

El Expediente N° 2008001327, los escritos y alegatos presentados por Talingo Corporation, Clarion Holding Limited Corporation y el señor Ross J. Beaty, el Memorándum N° 1391-2009-EF/94.04.1 de fecha 28 de mayo de 2009 de la Oficina de Asesoría Jurídica, y oídos los informes orales de los representantes y abogados de las empresas mencionadas.

CONSIDERANDO:

Que, al 10 de julio de 2007, Clarion Holding Limited Corporation, en adelante Clarion, era titular del 44.81% de las acciones comunes representativas del capital social de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. en adelante SIMSA, sociedad constituida en el Perú que tiene sus acciones inscritas (comunes y de inversión) en el Registro Público del Mercado de Valores, en adelante RPMV, y cuyo estatuto social establece que para la adopción de acuerdos relevantes (aumentos de capital, elegir y remover directores, modificar estatutos, entre otros) se necesita el acuerdo del 80% de las acciones representativas del capital social; disposición estatutaria que ocasiona que los acuerdos se adopten de manera consensuada por el poder de veto que tienen los accionistas minoritarios;

Que, el 11 de julio de 2007, Clarion adquirió en Rueda de Bolsa tres millones trescientas mil acciones (3'300,000) comunes que representan el 4.03563% del capital social de SIMSA, con lo cual incrementó su participación en el capital social de SIMSA del 44.81% al 48.84563%;

Que, el 11 de julio de 2007 con una diferencia temporal de catorce (14) segundos, el señor Ross J. Beaty, en adelante el señor Beaty, adquirió un millón (1'000,000) de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose así en titular del 1.224295% del capital social de dicha sociedad;

Que, posteriormente, el 21, 22 y 23 de diciembre de 2007, el señor Víctor Ostolaza, representante de Clarion, suscribió aproximadamente ochocientos setenta (870) contratos de donación, mediante los cuales otorgó a favor del mismo número de trabajadores de SIMSA paquetes de diez (10) acciones cada uno, estableciéndose en dichos contratos de donación una cláusula, mediante la cual donatarios se comprometen a no transferir las acciones donadas a ninguna persona por un plazo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de la firma de los contratos, restricción que a su vez fue instruida con el carácter de irrevocable a la sociedad agente de bolsa en cuya matriz se encuentran registradas las acciones;

Que, el 28 de diciembre de 2007, Talingo Corporation, en adelante Talingo, titular del 22.36% del capital social de SIMSA, interpuso una denuncia contra Clarion y el señor Beaty por presunta infracción a los artículos 68 de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861 y sus modificatorias, en adelante LMV, y los artículos 4 y 6 del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de

Valores por Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV N° 009-2006-EF/94.10 y sus normas modificatorias, en adelante ROPA;

Que, en la denuncia Talingo solicitó esencialmente que:

(a) Se investigue la presunta actuación concertada entre Clarion y el señor Beaty para la adquisición de participación significativa en SIMSA, incumpliendo con la obligación de realizar una Oferta Pública de Adquisición, en adelante OPA; (b) Se investigue respecto de la celebración de los contratos de donación, por parte de Clarion, a favor de los trabajadores de SIMSA, con el objeto de convertirla en una sociedad anónima abierta; y de ser el caso, se ordene la realización de una OPA por el 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/. 8.20 (Ocho y 20/100 Nuevos Soles) por acción; (c) Se suspenda el ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA de titularidad de Clarion y del señor Beaty; (d) Se suspenda indefinidamente la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto emitidas por SIMSA mientras dure la investigación; (e) Se realice una inspección de los registros principales de SIMSA, tales como libro de actas de junta de accionistas, libro de actas de directorio y libro de matrícula de acciones como parte de la investigación; (f) Se divulguen al mercado los hechos descritos en la denuncia, así como su notificación al Área de Emisores de la Bolsa de Valores de Lima S.A., SIMSA, CAVALI S.A. ICLV (en adelante, CAVALI) y a las personas y/o entidades que se consideren pertinentes, y (g) Se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta;

Que, mediante carta notarial de fecha 09 de enero de 2008, recibida en esa misma fecha, Clarion solicitó al Directorio de SIMSA proceder a realizar la convocatoria a Junta General de Accionistas para tratar la modificación del Estatuto Social para la adaptación a sociedad anónima abierta y la delegación de facultades para la formalización de acuerdos, sustentando dicha solicitud en que, al cierre del ejercicio 2007, SIMSA contaba con más de 750 accionistas y, por tanto, ha devenido en una sociedad anónima abierta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 249° de la Ley General de Sociedades, resultando por tanto obligatoria la adaptación a dicho régimen societario en observancia de lo dispuesto por el artículo 263° de la citada Ley;

Que, mediante Resolución Directoral de Emisores N° 105-2008-EF/94.06.3 de fecha 10 de julio de 2008 se dispuso la convocatoria a Junta General de Accionistas de SIMSA, señalándose que esta se llevará a cabo en primera convocatoria el 07 de agosto de 2008 a las 08:30 horas, en segunda convocatoria el 11 de agosto de 2008 a las 08:00 horas y en tercera convocatoria el 21 de agosto de 2008 a las 08:00 horas, siendo el tema de la agenda a tratar (i) Modificación del Estatuto Social para adaptar sus disposiciones a las normas imperativas que rigen a las sociedades anónimas abiertas; y (ii) Delegación de facultades para la formalización de acuerdos, publicándose la referida convocatoria con fecha 12 de julio de 2008, mediante aviso publicado en los diarios "El Peruano" y "El Comercio"; sin embargo, la Junta General de Accionistas convocada no pudo llevarse a cabo por la dación de una medida cautelar de carácter judicial;

Que, mediante la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3, de fecha 21 de julio de 2008, se resolvió:

- (i) Fundada en parte la solicitud de Talingo, disponiéndose la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes Clarion en número de 3'300,000 y al señor Beaty en número de 1'000,000 que fueron adquiridas por dichas personas el 11 de julio



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

de 2007, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;

- (ii) Infundada la solicitud de Talingo, en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de adaptarse a sociedad anónima abierta;
- (iii) De oficio se ordenó la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones mencionadas;
- (iv) Que, CONASEV supervisará la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que, si fuera necesario, pueda ser variada para que no pierda eficacia, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de SIMSA, que infrinja las normas de oferta pública de adquisición;
- (v) Que, la Dirección de Emisores de CONASEV inicie el Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente contra Clarion y el señor Beaty;
- (vi) Inadmisibles los escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio de 2008, cursados por Clarion;

Que, con fecha 20 de agosto de 2008, Clarion interpone recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, cuyos fundamentos a continuación se exponen:

a) Falta de verosimilitud de lo invocado por Talingo

Se menciona que los indicios mayormente utilizados para acreditar la existencia de una unidad de control consisten en comportamientos paralelos en la adopción de acuerdos y ejercicio de derechos políticos, sin embargo, desde la fecha de realización de las cuestionadas adquisiciones, julio del 2007, hasta la fecha, no ha existido un solo hecho, acto o comportamiento que pudiera insinuar la existencia de un acuerdo entre Clarion y el señor Beaty para controlar concertadamente a SIMSA y, ciertamente, no existirá, pues la invocada concertación no existe. Es ilógico que el señor Beaty, principal accionista y ejecutivo de importantes mineras, pueda prestarse para actuar como simple testaferro de una compañía con la cual no tiene el menor contacto ni vinculación; y, además se constata que el señor Beaty pagó las acciones que adquirió con sus propios fondos, lo cual no constituiría el comportamiento de un testaferro.

Se menciona, además, que Talingo, con una evidente mala fe, ha presentado como supuesto indicio el nombramiento del señor Andrés Dasso como Director Titular de SIMSA, quien es también Gerente de Pan American Silver Perú S.A. y tiene estrecha relación con el señor Beaty, omitiendo deliberada y maliciosamente que el señor Andrés Dasso forma parte del Directorio de SIMSA, desde el año 2001, tal como consta en el acta de la Junta General de Accionistas, donde figura que tal designación la propuso Talingo.

Señala también que Talingo no ha ofrecido pruebas ni indicios lo suficientemente sólidos que sustenten la supuesta concertación entre Clarion y el señor Beaty, que acrediten la existencia de una unidad de control, o, que permitan llegar a un grado de probabilidad que constituya el presupuesto para la medida cautelar. Asimismo, señala que desvirtúan los indicios ofrecidos por Talingo con los siguientes argumentos:

(i) Indica que el precio que pagó el señor Beaty por las acciones de SIMSA está dentro de los rangos en que se negociaban las acciones de SIMSA, como se puede apreciar en la publicación de los hechos de importancia.

(ii) Respecto del porcentaje de acciones que adquirió el señor Beaty, en su condición usual de inversor y especulador, Clarion señala que el motivo que tuvo el señor Beaty, para adquirir el 1.22% de las acciones de SIMSA a pesar que estas son unas acciones ilíquidas, sólo podría explicarlo él mismo.

(iii) Sobre las adquisiciones efectuadas por Clarion y el señor Beaty, con una diferencia de tan sólo 14 segundos, Clarion argumenta que Talingo omitió decir que Clarion y el señor Beaty adquirieron sus acciones de un único vendedor, por lo que es lógico que dicho vendedor pretenda concluir la venta con todos los compradores, en la misma fecha y en el menor lapso de tiempo, como es propio de las operaciones cruzadas en rueda de bolsa.

(iv) Con relación a la suma de los porcentajes adquiridos por Clarion y el señor Beaty, a efectos de alcanzar una participación significativa, justo por encima del 50% de las acciones, Clarion señala que no estaba interesado en transponer el umbral de 50% previsto en la regulación de OPA, por lo tanto, no deseaba adquirir todo el paquete accionario ofrecido por el vendedor.

(v) Respecto de la participación de la señora Arias, en la adquisición de acciones efectuada por el señor Beaty, Clarion señala que cuando se conoció la intención de White Peak de poner a la venta un paquete de acciones, varios directores de SIMSA, entre ellos la señora Arias, circularon la noticia entre potenciales interesados, entre los que se encontraba el señor Beaty, sin que ello pueda derivar en una participación concertada.

(vi) Sobre la defensa del señor Beaty por parte de Clarion, se considera que el hecho de que se le impute a Clarion una supuesta adquisición concertada con el señor Beaty, es lógico que se haga referencia a dicho señor, en la medida que sea necesario para desvirtuar las falsas imputaciones que han sido realizadas en contra de Clarion, sin que ello constituya en lo absoluto una defensa del señor Beaty, quien será responsable de ejercer su propia defensa.

(vii) Sobre la transformación de SIMSA a una sociedad anónima abierta como consecuencia de la donación de acciones a trabajadores de SIMSA, por parte de Clarion, señala que la decisión de donar aproximadamente 850 acciones de SIMSA, fue una decisión unilateral, con la intención de otorgar un incentivo a los trabajadores por los magníficos resultados obtenidos en los últimos años y con la intención de liberar a SIMSA del entrapamiento y desgobierno que estaba sumida como consecuencia del mal uso que venía haciendo Talingo del derecho del "veto estatutario" con que contaban los principales accionistas de SIMSA.

Adicionalmente, Clarion señala como contraindicios los siguientes hechos:



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

- (i) El señor Beaty financió su adquisición de las acciones de SIMSA.
- (ii) Cada comprador realizó sus operaciones de manera independiente: instruyó a su respectivo agente de intermediación, suscribió la información requerida, etc.
- (iii) Talingo no ha acreditado la existencia de un pacto o convenio, ni menos aún la existencia de una unidad de propósito, de una política común duradera o del ejercicio coordinado de los derechos políticos.
- (iv) Talingo viene desarrollando una política obstruccionista en SIMSA, buscando llevarla al caos para luego buscar tomar el control de la misma; prueba de ello es la solicitud de cautela en sede administrativa y en sede judicial, logrando retrasar la adecuación de los documentos societarios de SIMSA, al régimen de las sociedades anónimas abiertas, toda vez que con ello se eliminaría el sistema de "vetos societarios" que ha desembocado en una dictadura de la minoría, en perjuicio de SIMSA, de los demás accionistas y trabajadores.

b) Falta de peligro en la demora

Señala que el peligro en la demora está referido a la eficacia de la resolución que pondrá fin al procedimiento administrativo, es decir, que dicha resolución pueda ser ejecutable, por ello agrega Clarion que es necesario analizar las posibles consecuencias legales que derivarían en el supuesto negado que CONASEV resuelva que Clarion y el señor Beaty actuaron concertadamente; es, pues, solo de esa manera que podría apreciarse si existe peligro en la demora.

Que, en el supuesto negado que CONASEV ampare la denuncia de Talingo, este hecho podría originar cualquiera de las siguientes consecuencias legales: (i) suspensión de derechos políticos de las acciones indebidamente adquiridas; (ii) venta de dichas acciones, a través de una OPV, en un plazo no mayor de dos meses; (iii) excepcionalmente, podrá ordenar, la realización de una OPA por el 100% del capital social de SIMSA; (iv) la aplicación de una multa cuyo monto oscila entre 50 (cincuenta) y 300 (trescientas) UIT.

Como se puede apreciar, la eventual ejecución de cualquiera de las siguientes consecuencias legales, en ningún caso justifica el peligro en la demora, es decir, no existe ningún peligro de inejecución o ineffectividad de lo que finalmente se pueda resolver.

c) Falta de adecuación de las medidas cautelares

Señala que la medida cautelar impuesta por el Tribunal Administrativo es desproporcionada y no se encuentra acorde con la finalidad de garantizar la ejecutabilidad y efectividad de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador iniciado por Talingo. En ese sentido, indica que las medidas que debería disponer CONASEV, en el supuesto negado que declare fundada la denuncia de Talingo, no excederían ni afectarían de ninguna manera a la totalidad de acciones, de propiedad de Clarion adquiridas con anterioridad a julio del 2007, las mismas que representan el

44.81% de las acciones con derecho a voto de SIMSA; pues, la suspensión de derechos y obligación de venta recaerá sólo sobre el porcentaje de acciones adquiridas dentro de la supuesta concertación, que equivale aproximadamente al 0.069% del total de acciones de SIMSA.

Que, asimismo, el 14 de noviembre de 2008, Clarion amplió su recurso de apelación, solicitando que, sin perjuicio de disponer el levantamiento de las medidas cautelares en cuestión, se declare la nulidad del artículo 5° de la Resolución del Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3, que resuelve disponer que la Dirección de Emisores inicie el procedimiento administrativo sancionador contra Clarion y el señor Beaty; sobre la base de los argumentos que en resumen se señalan a continuación:

a) Regulación del ejercicio de la potestad sancionadora

Precisa que el artículo 5 de la resolución apelada, al ordenar a la Dirección de Emisores que inicie un procedimiento administrativo sancionador contra Clarion y el señor Beaty: (i) Vulnera los principios de legalidad y debido procedimiento, (ii) Altera la estructura que diferencia a la autoridad que realiza las investigaciones previas y conduce la fase instructora (Dirección de Emisores) con la autoridad que decide la aplicación de la sanción (Tribunal Administrativo).

b) Etapa de investigación previa al procedimiento sancionador

Asimismo, señala que, conforme al artículo 235° inciso 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, con anterioridad al inicio formal del procedimiento sancionador, se podrá realizar actuaciones previas de investigación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicio.

Menciona que, de acuerdo a las normas que regulan la organización interna de CONASEV, por ejemplo el artículo 36° del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2007-EF, se establece lo siguiente: (i) las investigaciones preliminares están a cargo de la Dirección de Emisores, (ii) la Dirección de Emisores es competente para decidir si inicia o no el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual se basa en la información disponible y el producto de sus investigaciones preliminares.

Agrega que, en el artículo 5° de la resolución apelada, el Tribunal Administrativo de CONASEV, en adelante el Tribunal Administrativo, dispone que la Dirección de Emisores inicie el procedimiento sancionador, obstaculizando así la realización de las investigaciones previas.

c) Inicio del Procedimiento Sancionador

La diferencia entre el órgano instructor (Dirección de Emisores) y el órgano que resuelve (Tribunal Administrativo) es una garantía fundamental que busca asegurar la imparcialidad del órgano encargado de determinar la infracción e imponer la sanción.

El procedimiento administrativo sancionador se inicia formalmente con la notificación de cargo del presunto infractor, luego de las investigaciones preliminares, y esa función está a cargo de la Dirección de Emisores; por lo tanto, el artículo 5° de la resolución apelada supone una violación a la estructura prevista para el procedimiento sancionador.



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

d) Consecuencias de la orden de inicio del procedimiento sancionador

Al respecto, señala que ante el mandato de iniciar el procedimiento administrativo sancionador dictado por el Tribunal Administrativo, y debido a la falta de convicción de la Dirección de Emisores sobre la suficiencia de indicios para iniciarlo, esta última ha optado por suspender toda actuación hasta que la apelación de la resolución sea resuelta por el Directorio de CONASEV.

Sobre este aspecto Clarion desea que la Dirección de Emisores continúe con las investigaciones previas, para que concluya libremente si existe o no mérito para iniciar formalmente el procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, afirma que ello no será posible mientras siga vigente el artículo 5° de la resolución apelada, el cual no ha hecho más que entorpecer la actuación de la Dirección de Emisores y dilatar innecesariamente la tramitación del expediente que contiene la denuncia (Expediente N° 2007036571).

Que, durante el informe oral efectuado por el representante y abogado de Clarion ante el Directorio de CONASEV se señaló que el Tribunal Administrativo ha otorgado indebidamente a Talingo la calidad de parte en el procedimiento administrativo, disposición que va en contra de lo establecido por la normatividad del mercado de valores y la LPAG y, asimismo, mencionó que no puede existir OPA cuando se tratan de operaciones a título gratuito como resulta del presente caso con motivo de los contratos de donación celebrados por Clarion;

Que, además, debe mencionarse que Clarion, mediante escrito presentado con fecha 10 de julio de 2009, presentó una síntesis de los principales argumentos expuestos durante la tramitación del expediente, respecto de los cuales, merece destacarse el referente a que respecto del precio pagado por el señor Beaty, la propia Talingo con fecha 08 de junio de 2007 pagó S/.8.80 por acción de SIMSA, así como que Talingo ha actuado de mala fe, lo que se ha traducido en la manipulación maliciosa de las traducciones de los acuerdos de confidencialidad, (en los que, según Talingo, la empresa rusa recibirá una opción para incrementar su capital en un 50% +1 de las acciones comunes de SIMSA, sin embargo de acuerdo con Clarion una traducción fiel sería que la opción incrementa su capital a 50% + 1);

Que, con fecha, 03 de octubre de 2008, el señor Beaty interpone recurso de apelación contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3, sobre la base de los argumentos que a continuación se exponen:

a) Trayectoria profesional y prestigio mundial del señor Beaty

El recurso alude que el señor Beaty es un geólogo con experiencia en la industria minera, de reconocido prestigio a nivel internacional, un inversionista de amplia trayectoria, que participa como socio fundador de otras compañías dedicadas al rubro de la minería, como por ejemplo, participa como Presidente del Directorio de Pan American Silver Corp, una de las más grandes productoras de plata del mundo, entre otras. En ese sentido, el señor Beaty ha invertido en SIMSA, como lo ha hecho en otras compañías peruanas,

confiando, entre otras cosas, en el marco institucional peruano, que protege los derechos de los inversionistas y la transparencia del mercado. Agrega que llama la atención que se le impute actuación concertada para la toma de control de una empresa minera peruana, por el simple hecho de haber adquirido un porcentaje de participación del 1.22% de sus acciones. Asimismo, indica que es absurdo creer que el señor Beaty pudiese siquiera poner en riesgo su nombre o prestigio internacional llevando a cabo una actuación concertada.

b) Compra de las acciones de SIMSA

Con relación a este punto se menciona que el señor Beaty había manifestado su interés en comprar acciones en SIMSA, y, posteriormente la directora de SIMSA la señora Isabel Arias de Millership se comunicó con el señor Beaty para ofrecerle acciones de SIMSA al precio de S/. 8.20 cada una, sin indicar la cantidad de acciones disponibles, y este le manifestó su intención de adquirir 1'000,000 (un millón) de acciones, llegándose a concretar la operación el mismo día, 11 de julio de 2007, a través de la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima (BVL).

c) Conocimiento extraoficial de la medida cautelar

Al respecto se indica que el señor Beaty se enteró, respecto de la medida cautelar contra sus acciones de manera extraoficial, viéndose en la necesidad de buscar asesoría legal en el Perú.

d) La actuación concertada no se encuentra tipificada

Señala que la legislación peruana no contempla la actuación concertada, como un supuesto mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere o incrementa participación significativa en una sociedad teniendo la obligación de efectuar una OPA. Indica que la referencia a "Grupo de Personas" en la definición de participación significativa del ROPA se utiliza únicamente para supuestos de adquisición de control sin tener propiedad directa o indirecta, por tanto, no resulta aplicable; y en todo caso, tal referencia debería entenderse al concepto de grupo económico definido por el mismo ROPA.

Se precisa que el concepto de actuación concertada para el cálculo de la participación significativa se encontraba previsto en el anterior ROPA, sin embargo, fue eliminado al expedirse el ROPA vigente; por lo tanto, el efecto jurídico de ello es que tal actuación concertada no resulta ya relevante para el cálculo de la participación significativa.

Agrega que no resulta aceptable señalar que la referencia a la "*actuación concertada*", en la Exposición de Motivos del ROPA, sea considerada una referencia normativa, en tanto que la Exposición de Motivos no es una norma, y como tal no contiene disposiciones cuyo cumplimiento pueda ser exigido a los particulares.

e) Requisitos para que se constituya la actuación concertada.

Señala que la existencia de una acción concertada queda sometida a la concurrencia de tres requisitos: (i) La existencia de algún tipo de acuerdo o de compromiso entre las personas; (ii) La necesidad de que dichas personas cooperan activamente para obtener o consolidar el control de la sociedad afectada, definido de acuerdo con los porcentajes a los que se refiere la obligación de formular una OPA; (iii) La existencia de una adquisición de acciones de la sociedad afectada.



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

La actuación concertada requiere necesariamente de la existencia de un acuerdo, que puede ser expreso o tácito, verbal o escrito, formal o informal, pero necesariamente debe ser eficaz y plenamente ejecutable, no basta la mera actuación paralela o simultánea; por lo tanto, si no se puede acreditar claramente la existencia de dicho acuerdo, en ningún caso podrá afirmarse que existe un concierto. En ese sentido, sólo los pactos cuya finalidad específica sea la de controlar una sociedad nos permitirán concluir que existe concertación.

f) Inexistencia de prueba sobre concertación entre el señor Beaty y Clarion.

Asimismo, el señor Beaty sostiene que Talingo no ha acreditado en ningún momento la existencia de una declaración de voluntad del señor Beaty en la que manifieste: (i) su deseo de adquirir el control de SIMSA; (ii) su intención de ejercer de manera conjunta con Clarion el control de SIMSA; (iii) su disposición para ayudar a Clarion a adquirir el control de SIMSA.

g) La eficacia probatoria de los indicios.

Se alude a que no existe ni un solo elemento que permita siquiera sospechar una actuación concertada entre el señor Beaty y Clarion para tomar el control de SIMSA, incluso los supuestos indicios propuestos por el denunciante carecen de eficiencia probatoria. El señor Beaty hace referencia al artículo 276 del Código Procesal Civil y señala que: *el indicio debe ser un acto o circunstancia o signo "suficientemente acreditado" que conduzca al juez a la "certeza en torno a un hecho" determinado.*¹

En ese sentido, el indicio constituye el hecho base, debidamente probado, a partir del cual puede resultar factible obtener un argumento probatorio para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de prueba, mediante una operación lógico crítica, sin que permitan otras inferencias contrarias e igualmente válidas epistemológicamente.

Manifiesta que el Tribunal Administrativo no ha tomado en cuenta la teoría conceptual de la prueba indiciaria al analizar los supuestos indicios alegados por Talingo, no habiéndose identificado ninguna prueba concluyente acerca de la supuesta concertación entre Clarion y el señor Beaty, limitándose sólo a apuntar una serie de circunstancias, varias de ellas ni siquiera probadas, que apenas constituyen meras sospechas.

h) Proximidad temporal de las operaciones no es indicio.

Sobre la proximidad temporal, el señor Beaty sostiene que en el mercado de valores es común y frecuente que las transacciones de compra y venta de valores sean próximas en el tiempo las unas de las otras, inclusive, con un período de tiempo menor al de catorce (14) segundos, ello es propio del dinamismo del mercado de valores y de la operación de un sistema de negociación electrónica como el sistema ELEX, usado en la BVL. Agrega que si la proximidad entre ambas operaciones puede constituir un verdadero indicio de

¹ El artículo 276° del Código Procesal Civil señala textualmente lo siguiente, respecto al indicio: *"el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia"*.

una actuación concertada, tendríamos que afirmar que todos los días se dan adquisiciones concertadas de valores en el Perú y, en consecuencia, CONASEV tendría que haber iniciado las investigaciones correspondientes para todas aquellas adquisiciones que se realizaron en períodos de tiempo cortos, lo cual sería absurdo;

i) La suma de la participación accionaria de Clarion y el señor Beaty no es indicio de participación concertada.

Con relación a este argumento, se pregunta por qué no se suma la participación de Clarion con la de White Peak o con la de algún otro accionista de SIMSA? ¿Por qué no se parte de la premisa de que la propia Talingo, como titular del 22.36% de acciones de SIMSA, actuó concertadamente con Clarion como titular del 48.84%, con el objeto de tomar el control de la sociedad?

De ello, se concluye que la acusación efectuada por Talingo se sustenta en que *a priori* se está asumiendo que existe concertación entre Clarion y el señor Beaty y se parte de una presunción arbitraria de concertación para acreditar la concertación misma, lo que resulta un contrasentido.

j) El precio que pagó el señor Beaty por las acciones no es indicio válido.

Se menciona que el precio que pagó el señor Beaty por las acciones de SIMSA es de S/. 8.20 por cada una, pero dicho precio no es ni *"muy alto"* ni existe evidencia alguna que incorpore una *"prima de control"*, pues considerando la información publicada en el portal de CONASEV se puede apreciar la cotización de las acciones de SIMSA, hasta antes de concretarse la adquisición, evidenciándose que el precio pagado por el señor Beaty, por las acciones de SIMSA, era bastante menor al promedio.

k) La intención del señor Beaty de controlar todas las empresas de las que es accionista no es indicio válido.

El señor Beaty señala que Talingo ha tergiversado la declaración que hizo en una entrevista publicada en el portal web www.kitcocasey.com en la que manifestó: *"Yo siempre soy el accionista mayoritario en mis compañías, al menos durante los primeros años de éstas, y así mi objetivo es armar mis propias compañías"*, ya que dicha manifestación está dirigida a aquellas empresas que se encuentran bajo su dirección y administración y no aquellas en las que participa como accionista minoritario (como por ejemplo, SIMSA).

l) Designación del señor Andrés Dasso como Director Titular de SIMSA

El señor Beaty también señala que la designación del señor Andrés Dasso como titular de SIMSA no es vinculante, sólo por el hecho de que también es Gerente General de Pan American Silver Corp., empresa en la cual el señor Beaty es fundador y Presidente del Directorio. Menciona que el Señor Dasso ocupó por primera vez un cargo administrativo en SIMSA en el año 1995, es decir, con anterioridad a que Clarion fuese accionista de esta empresa, ya que este se constituyó en accionista de SIMSA recién 8 años después, es decir en el año 2003. Asimismo, ha quedado acreditado con las actas de juntas generales de accionistas de SIMSA, que en el año 2004, la propia Talingo fue quien propuso al señor Dasso como Director Titular de SIMSA ².

² Las actas de Junta de Accionistas, a las que se hace referencia, fueron presentadas por Clarion en su escrito de fecha 29 de enero de 2008.



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

m) La defensa del señor Beaty por parte de Clarion no es indicio.

Con relación a este punto se menciona que resulta imposible que Clarion intente exponer argumento alguno a su favor, sin que ello implique exponer argumentos a favor de la otra persona con la cual se le imputa haber actuado de manera concertada, por lo tanto, ello no puede constituir un indicio de participación concertada.

n) Requisitos indispensables para que una medida cautelar sea concedida

Se señala que los presupuestos que deben concurrir en una medida cautelar se encuentran en el artículo 611° del Código Procesal Civil³, y de este se desprende que la medida cautelar debe cumplir con los siguientes requisitos: i) Verosimilitud del derecho, ii) Peligro en la demora y iii) Adecuación;

En lo que respecta a la verosimilitud del derecho indica que el juzgador debe tener presente que la sola alegación del demandante (o del denunciante) no genera por sí sola verosimilitud, es decir, todas las alegaciones deben corroborarse con los medios de prueba que se ofrezcan al pedido cautelar, sin embargo, el Tribunal Administrativo ha sustentado su decisión sobre meras presunciones que no constituyen indicios y sobre la base de un análisis forzado y poco natural.

En cuanto al peligro en la demora precisa que ello consiste en un riesgo de daño respecto de la situación jurídica cuya protección se solicita, pero no se trata de cualquier peligro de daño, sino de un riesgo provocado por la demora del proceso, además se exige que ese daño sea de inminencia cierta y probada, sin embargo, el Tribunal Administrativo basa sus argumentos en el hecho de que, mediante los contratos de donación de acciones celebrados entre Clarion y los trabajadores de SIMSA, esta se transformaría en una sociedad anónima abierta, lo que conllevaría a que los quórum actualmente previstos en sus estatutos sociales se reduzcan a los previstos en la Ley General de Sociedades; sin tener en cuenta que la Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima resolvió la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta, hasta que exista un pronunciamiento definitivo respecto de la validez de dichos contratos de donación.

Acerca de la adecuación señala que las medidas cautelares deben ser adecuadas y garantizar principalmente que el solicitante de la pretensión obtenga un medio idóneo para garantizar su pretensión, y que dicha medida cautelar no le signifique al demandado un perjuicio mayor al debido, no obstante ello, el Tribunal Administrativo, de manera arbitraria, ha impuesto la medida cautelar contra las acciones del señor Beaty, a pesar que este solo es propietario del 1.22% del total de acciones y, con esa mínima participación, es materialmente imposible que logre el quórum y la mayoría suficiente para adoptar acuerdos que vulneren los derechos de Talingo.

³ Artículo 611° del Código Procesal Civil, señala: "El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie: (a) La verosimilitud del derecho invocado; (b) La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

o) Vulneración al Principio de Legalidad

Menciona que conforme al artículo 72 de la LMV, que señala "(...) quien adquiera o incremente su participación significativa sin observar el procedimiento respectivo, queda suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas (...)" y el artículo 58° del ROPA, que dispone: "La suspensión de derechos a que se refiere el Artículo 72 de la Ley comprende sólo los derechos políticos (...)", el Tribunal Administrativo no tiene potestad alguna para dictar medidas cautelares que dispongan la suspensión de los derechos de disposición de las acciones adquiridas por el señor Beaty, en consecuencia está atentando contra el Principio de Legalidad. Asimismo, señala que de acuerdo con la sentencia del Expediente N° 5408-2005-PA/TC del Tribunal Constitucional, las medidas cautelares dictadas de manera previa, por ser medidas excepcionales, deben proteger únicamente derechos constitucionalmente protegidos;

Que, adicionalmente, debe mencionarse que durante el informe oral del representante y abogado del señor Beaty ante el Directorio de CONASEV se mencionó que debía tomarse en cuenta que el señor Beaty no participó ni otorgó poderes a ninguna persona para asistir a la junta de accionistas en la cual se iba a tratar el tema de la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta y que dicho hecho apoya la tesis de que el señor Beaty no tiene intención de participar en el gobierno de la sociedad y no se encuentra concertado con ningún otro accionista de SIMSA y que también se señala que la diferencia de 14 segundos entre las operaciones de compra de acciones de SIMSA por parte de Clarion y el señor Beaty se explica en el hecho de que se trata de una sola orden de venta;

Que, debido a que Talingo según la resolución impugnada ha evidenciado un interés legítimo individual cuya legitimidad para obrar no puede ser desconocida, en su condición de tal, con fechas 13 y 21 de enero, así como 23 de febrero de 2009, ha presentado escritos a la Dirección de Emisores cuyas copias han sido también remitidas a esta instancia, las que consignarían nueva información sobre el caso analizado, las que a continuación se detallan: i) Copia de la Junta Obligatoria Anual de Accionistas de SIMSA de fecha 10 de octubre de 2008; ii) Copia de la traducción⁴ de la oferta efectuada por la empresa Chelyabinsk Zinc Plant a la señora Isabel Arias Vargas de Millership; iii) Copia de la traducción⁵ del acuerdo de confidencialidad celebrado ente el Sub gerente de la SIMSA y la empresa Chelyabinsk Zinc Plant; iv) Copia de la traducción⁶ del acuerdo de confidencialidad celebrado entre el Sub gerente de la SIMSA y la compañía Euromin S.A.; información que, según Talingo, constituiría nuevos indicios de concertación entre Clarion, el señor Beaty, White Peak y Orange Bay;

Que, en los escritos mencionados en el considerando anterior, Talingo en resumen señala como principales indicios los siguientes: i) La forma en que se dio la transferencia de las acciones de White Peak a favor de Clarion y el señor Beaty; ii) El hecho de que White Peak siga siendo accionista: la tenencia de la mencionada empresa después de la transferencia; iii) La actuación de White Peak; iv) La votación de White Peak y Orange Bay en la Junta Obligatoria Anual de SIMSA de fecha 10 de octubre de 2008; v) La oferta de compra de acciones por parte de Chelyabinsk Zinc Plant, según la cual: - Se ofrece adquirir el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA, - Se establece como condición precedente que se varíe las características de gobierno de SIMSA, suprimiendo la supermayoría, - La adquisición involucraba la

⁴ En dicha traducción figura un sello señalando "Traducido sin legalización oficial" y con rúbrica de Lic. María del Carmen Pizarro Sabogal- Colegio de Traductores del Perú N° 51.

⁵ En este documento se aprecia similar sello y rúbrica que en la nota anterior.

⁶ En este documento se aprecia similar sello y rúbrica que en la nota anterior.



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos, - La oferta establece la posibilidad de adquirir un porcentaje mayor, ascendentes al 50% +1 y – Se entrega el 100% de los contratos comerciales de minerales que SIMSA tiene;

Que, asimismo Talingo respecto de la oferta de compra de la empresa rusa y los acuerdos de confidencialidad celebrados por SIMSA señala que "(...) la actuación concertada entre Clarion y el señor Beaty (una vez que la compañía haya sido adaptada a una sociedad anónima abierta) tiene como finalidad adquirir el control de SIMSA y dejar sin derecho de veto a los demás accionistas de la compañía para aprovechar la situación y vender los activos y acciones de SIMSA a un tercero (Chelyabinsk) sin que nadie pueda oponerse a los acuerdos adoptados concertadamente por Clarion y el señor Beaty";

Que, los recursos de apelación interpuestos por los apelantes fueron presentados dentro del plazo y conforme a los requisitos previstos por los artículos 207 y 211 de la LPAG;

Que, los presupuestos para la procedencia de una medida cautelar son: i) La apariencia de fundabilidad de la pretensión principal (verosimilitud); ii) El peligro en la demora y iii) La adecuación de la misma;

Verosimilitud en el derecho invocado

Que, con relación al argumento sostenido por Clarion y el señor Beaty que la actuación concertada no se encuentra contemplada en el ROPA, debe señalarse que el hecho de que dicha actuación no conste de manera literal en el ROPA no significa que dichos supuestos no hayan sido contemplados en el mismo;

Que, en ese sentido, debe indicarse que el literal c) del artículo 4 del ROPA establece que todo adquirente de participación tiene obligación de efectuar una OPA, lo que complementado con el concepto del artículo 1 del mencionado Reglamento, que señala que el adquirente de participación significativa es una persona o grupo de personas que han adquirido participación significativa y que cuando se trate de un grupo de personas, la obligación de efectuar una OPA es solidaria entre todos ellos, significa que un adquirente, sea que actúe o no en concierto, estará obligado a realizar una OPA, por lo que la obligación es la misma si actúa en concierto;

Que, asimismo, el numeral 16⁷ del artículo 1 del ROPA cuando define el concepto de participación significativa también alude a que participación

⁷ "Artículo 1.-

16) *participación significativa: Se considera participación significativa toda propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto representativas de su capital social inscritas en una bolsa. También se considera participación significativa la facultad que posee una persona o grupo de personas de, sin tener propiedad directa o indirecta, ejercer el derecho a voto de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad o, acaree que el adquirente alcance una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una cantidad tal que en cualquiera de los dos últimos*

significativa puede ser obtenida por una persona o grupo de personas, lo que alude al igual que en el caso anterior a una actuación concertada;

Que, por su parte, el literal c) del anexo II del ROPA, referente a la relación de información que todo oferente debe proporcionar a los titulares de valores materia de la OPA y que se encuentra obligado a proporcionar a través del prospecto informativo, señala que la información a la que se encuentra obligado el oferente, entre otras, se encuentra la de señalar "las personas con las cuales actúe en concierto;"

Que, igualmente en la exposición de motivos del ROPA se señala que "la obligación de hacer OPA se genera en los casos enunciados se trate de una persona o de un conjunto de personas que actúen concertadamente", indicación que alude a una posible actuación en concierto entre los obligados a efectuar la OPA;

Que, a pesar de que la evaluación de la actuación o no en concierto de los involucrados deberá ser llevada a cabo en el expediente correspondiente al procedimiento sancionador que se inicie contra los involucrados y no en el presente expediente, que trata del cuestionamiento de la medida cautelar dictada por el Tribunal Administrativo, resulta necesario señalar que dicho supuesto ha sido contemplado en el ROPA, tal como lo hemos detallado, pues de no ser así, bastaría concertar con alguien la adquisición de participación significativa para no tener la obligación de efectuar una OPA, lo que a todas luces va a en perjuicio de los accionistas minoritarios y del objetivo central de la regulación de OPA;

Que, debe señalarse que la prueba indiciaria no es sino la sumatoria de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección, indicando, bajo un análisis lógico, la existencia de una situación o hecho que se explica naturalmente en la conjunción de cada uno de los elementos que si bien aisladamente podrían no tener relación entre sí, integrados encuentran una explicación clara y razonable, por lo que puede sostenerse que la prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba;

Que, en ese sentido, cabe precisar que un indicio es todo hecho, circunstancia, vestigio, huella y, en general, todo hecho cierto, conocido, debidamente comprobado, que es susceptible de llevar al conocimiento de otro hecho desconocido por medio de una operación lógica;

Que, resulta de aplicación adicionalmente lo dispuesto por el artículo 166 de la LPAG, que establece que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa;

Que, por otro lado, la incorporación de los sucedáneos de los medios probatorios al procedimiento administrativo guardan relación con el principio de verdad material establecido en la LPAG, de acuerdo con el cual la autoridad administrativa deberá verificar plenamente los hechos que sirven de sustento de decisiones, adoptando todas las medidas probatorias necesarias admitidas por ley⁸. Ello

supuestos le permita: i) remover, o designar a la mayoría de los directores, ii) modificar los estatutos de la sociedad; (...)"

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General, "1.11 Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

determina que la admisión de indicios y presunciones por la administración no sólo es una práctica plenamente permitida por ley, sino una obligación de la administración, siempre y cuando ello no haya sido prohibido de manera expresa;

Que, la Corte Suprema del Perú se ha pronunciado expresamente por la validez del uso de indicios y presunciones como medios probatorios de delitos, precisando que “los indicios a fin de que cumplan con su cometido (...) deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual, desmereciendo la circunstancia o signo que aunado a otras pruebas adquieren la significación necesaria que conduzca al juez a la certeza del hecho investigado⁹”;

Que, respecto de los argumentos de los apelantes en el extremo de que no se presentan los requisitos para que se constituya la actuación concertada, de que no existen pruebas de dicha concertación y de que la suma de la participación accionaria de Clarion y el señor Beaty no constituye indicio de participación concertada, debe señalarse lo siguiente:

1. Respecto de la forma de demostrar una actuación concertada, debe precisarse que es muy poco probable que en un caso de actuación concertada existan documentos que señalen de manera expresa dicha actuación, más bien lo que se podría encontrar durante el trámite del procedimiento administrativo serán documentos que apreciados en conjunto permitirán al juzgador llevar a la conclusión que existe una actuación concertada;

2. Existen hechos comprobados, como los que continuación se mencionan, que demostrarían una apariencia en el derecho invocado:

- a) El artículo 25 del Estatuto Social de SIMSA vigente a la fecha de las transferencias materia de análisis, requiere que para acuerdos trascendentes estos se adopten por súper mayorías, con unas mayorías del 80% de las acciones, lo que significa que debe existir un consenso entre los accionistas para la adopción de acuerdos, lo que confiere un poder de veto muy importante a los accionistas minoritarios, ya que el hecho de necesitarse 80% de las acciones con derecho de voto implica que con más de un 20% se vetan los acuerdos societarios (Artículos 27, 39 del Estatuto Social de SIMSA).
- b) La tenencia conjunta de Clarion y el señor Beaty, luego de las adquisiciones realizadas el 11 de julio de 2007, supera el 50% del accionariado de SIMSA, específicamente el 50.069% de las acciones de SIMSA.
- c) Las donaciones realizadas por Clarion el mes de diciembre de 2007 de paquetes de 10 acciones cada uno a más de 750 personas, implica que la tenencia de más del 50% del accionariado signifique la adquisición real del control de la sociedad, al originar la adaptación a una sociedad anónima abierta, en aplicación de lo estipulado

decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas..”.

⁹ Sentencia del 18 de octubre de 1999, Expediente. Av. 98-96.

en el inciso 2 del artículo 249 de la Ley General de Sociedades, puesto que las mayorías establecidas por dicha Ley son significativamente menores que las súper mayorías establecidas en el estatuto de SIMSA.

- d) Las cartas remitidas a la Sociedad Agente de Bolsa Centura SAB, en las cuales los donatarios de las acciones han bloqueado su derecho de disposición sobre las mismas, es decir, no pueden vender las acciones que les han sido transferidas, lo que significa que existiría un acuerdo con el donante para que no se transfieran las acciones a ninguna persona por un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha del contrato, cláusula que causa extrañeza en el contexto de la mencionada operación, pues pareciera que no se trata de una donación común y libre, sino que por el contrario tiene un objetivo distinto que el de beneficiar al donatario.
- e) También resulta importante en dicho contexto el hecho de que, mediante una carta notarial remitida al Directorio de SIMSA, de fecha 09 de enero de 2008, se solicitó al Directorio de SIMSA proceder a realizar la convocatoria a una junta general de accionistas cuya agenda sería la modificación del estatuto social para la adaptación a una sociedad anónima abierta en virtud de la causal establecida en la Ley General de Sociedades, solicitud que tiene como sustento el hecho de que SIMSA luego de las donaciones cuenta con más de 750 accionistas.
- f) A la fecha de la emisión de la resolución materia de impugnación se encontraba en curso una convocatoria a junta general de accionistas realizada por CONASEV, a solicitud de Clarion, convocatoria que fue efectuada el 12 de julio de 2008, mediante avisos publicados en los diarios "El Peruano" y "El Comercio".

3. En el contexto de la operación, llama la atención que los otros accionistas comprometidos en la eliminación de las súper mayorías no se hayan manifestado respecto de los hechos que están sucediendo al interior de la sociedad;

4. Respecto de la posibilidad de sumar los porcentajes de participación accionaria de Clarion y del señor Beaty, que objetivamente suman el 50.069% de las acciones de SIMSA, así como los de White Peak y Orange Bay, empresas a las que también se les ha mencionado como parte de la actuación concertada, cabe precisar que estos aspectos deben ser materia de la investigación por parte del órgano instructor en el procedimiento sancionador que iniciará de considerarlo pertinente;

5. En lo concerniente a que la trayectoria profesional y el prestigio mundial del señor Beaty garantizan la inexistencia de una actuación concertada, así como la participación del señor Beaty en las empresas es un hecho claro de su comportamiento en el mercado, debe indicarse que dichos argumentos por sí solos no resultan suficientes para negar la existencia de la posibilidad de actuaciones concertadas;

6. Causa extrañeza la posición del señor Beaty de especular con acciones comunes de SIMSA y no haber preferido acciones de inversión que son más líquidas, pues, las acciones comunes que compró no registran mayor movimiento o dinamismo bursátil, pues durante el ejercicio 2008 las operaciones con acciones comunes de SIMSA, fueron de un total de 49 operaciones en comparación con las 15,312 operaciones realizadas con la acción de inversión de la misma compañía, lo que hace que la acción común sea poco atractiva para un inversionista con ánimo especulativo, lo



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

que estaría reforzando la apariencia en el derecho relacionada con la toma de control de SIMSA;

7. Según el hecho de importancia publicado por SIMSA con fecha 05 de febrero de 2007, en ningún caso la política de dividendos será la de pagar no menos del 10% de la utilidad distributable, siempre que sean cubiertas las necesidades financieras y obligaciones, según el presupuesto anual de la sociedad, lo cual constituiría un incentivo más para los inversionistas para adquirir acciones de inversión, en vez de acciones comunes, pues, estas últimas serían las que otorgan una mayor utilidad; hecho de importancia que fue comunicado al mercado con la debida antelación para que los inversionistas pudieran tomar decisiones adecuadas de acuerdo con sus objetivos, (aproximadamente cinco meses antes de la compra del señor Beaty), lo cual demuestra que existió suficiente información sobre la política de dividendos que tomaría la sociedad dicho año, no existiendo los incentivos suficientes para comprar acciones comunes en vez de acciones de inversión¹⁰;

8. La respuesta del señor Beaty frente a la pregunta N° 11, en la declaración efectuada el 9 de marzo de 2009, en el sentido de que si bien conoce que las acciones comunes son más valiosas que las acciones de inversión¹¹ "ese fue el tipo de acciones que se me ofreció justamente", no resulta una justificación financiera adecuada y también debe mencionarse el hecho de que en el momento que el señor Beaty efectúa su compra incorporándose como accionista a SIMSA se encuentra estatutariamente gobernada por las súper mayorías, lo cual constituye un incentivo adicional para desanimar a un inversionista para invertir en acciones comunes, ya que dichas súper mayorías bloquean toda posibilidad de control con un pequeño porcentaje de acciones;

9. El argumento que señala que el precio que pagó el señor Beaty por las acciones no es indicio válido, debe indicarse que si bien las acciones comunes de la sociedad registraban poco movimiento y las operaciones eran de poca envergadura, por lo que en principio el precio pagado por el señor Beaty podría estar dentro de los rangos en los que se negociaba dicho valor, debe indicarse que según la valorización de acciones de SIMSA con fecha 30 de junio de 2007, presentada por Talingo, el precio de las acciones a dicha fecha era significativamente menor al precio pagado por el señor Beaty (S/6.17 por acción), valorización cuya metodología e información histórica no ha sido cuestionada por los apelantes, limitándose estos a señalar que el referido precio se encontraba dentro del rango de negociación del valor, así como a señalar los precios en que se transaron acciones de SIMSA en fechas cercanas a julio 2007, por lo que se considera que dicha valorización no ha sido tachada ni contradicha de manera fehaciente por los apelantes; circunstancia que constituye un

¹⁰ Literalmente el hecho de importancia señala lo siguiente:

"Que la política de dividendos de los valores a inscribir, será fijada anualmente en la Junta Obligatoria Anual de Accionistas y en esa primera vez se acuerda que la Política de Dividendos será pagar no menos del 10% de la utilidad distributable siempre que sean cubiertas las necesidades financieras y obligaciones, según el presupuesto anual de la sociedad."

¹¹ Somos de la opinión que dicha aseveración es totalmente acertada en un escenario donde dichas acciones me permitan tomar el control de la sociedad, más no en un escenario donde poseo una mínima cantidad que consideradas individualmente no me permiten tomar decisión alguna.

indicio adicional que será materia de investigación por el órgano instructor a fin de determinar la motivación de la compra de dichas acciones;

10. La respuesta del señor Beaty en la declaración efectuada el 09 de marzo de 2009 a la pregunta: "¿Por qué Usted pagó, por cada una de las acciones de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., la suma de S/. 8.20?" en el sentido de que "Porque se me informó que ese era el precio que estaban pidiendo por las acciones que se estarían poniendo a la venta; lo que constituye una transacción de mercado totalmente normal.", no resulta la más adecuada para justificar una compra de acciones de tal magnitud;

11. Teniendo en cuenta el monto pagado por el señor Beaty, por el paquete de acciones de SIMSA que compró, se considera que la motivación para pagar dicho monto debió contar con un análisis más riguroso, que incluya como mínimo un análisis de la situación patrimonial de la sociedad que se pueda ver reflejado en los estados financieros de la sociedad, lo que constituye un indicio más a ser considerado;

12. Respecto de la participación de la señora Arias en la operación del 11 de julio de 2007 mediante la cual el señor Beaty adquirió acciones de SIMSA, debe señalarse que durante la tramitación del procedimiento administrativo se ha verificado que la señora Arias fue quien se encargó de comunicar a la SAB vendedora la intención del señor Beaty de efectuar la referida compra;

13. En cuanto a la designación del señor Andrés Dasso, como Director Titular de SIMSA, así como la defensa del señor Beaty por parte de Clarion, debe indicarse que si bien no constituyen indicios que por sí mismos evidencien concertación, sin embargo dichos elementos deben ser apreciados en conjunto con los demás indicios para verificar si se descartan o no;

14. Respecto al hecho de que la proximidad temporal de las operaciones no constituye un indicio, debe indicarse que si bien dicha afirmación podría ser correcta, respecto de acciones con cierta regularidad de negociación, no es tan válida tratándose de acciones ilíquidas, resultando más bien, en el caso materia del presente análisis, un indicio que existan dos operaciones con un margen de 14 segundos, en especial si tenemos en cuenta que dicho valor ha realizado 49 operaciones en el lapso de un año, en comparación con las 15,312 operaciones realizadas con la acción de inversión;

Asimismo, acerca del argumento que sostiene que la diferencia de 14 segundos entre las operaciones de compra realizadas por Clarion y el señor Beaty, se explica en el hecho de que se trata de una sola orden de venta, por lo que esa diferencia de tiempo no puede llevar a presumir que exista una acción concertada, cabe precisar que dicho argumento constituye un hecho objetivo que explica quien vendió las acciones, pero no constituye conindicio ni asegura la inexistencia de concertación;

15. En lo que respecta al argumento esgrimido que cuestiona la eficacia probatoria de los indicios, así como el hecho de que no existan elementos que permitan sospechar una actuación concertada entre el señor Beaty y Clarion para tomar el control de SIMSA, discrepamos de dichas afirmaciones en el sentido de que los hechos señalados como indicios han sido debidamente comprobados, siendo inclusive algunos confirmados por los denunciados y denunciados durante el presente procedimiento;



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

16. Respecto de lo manifestado por el señor Beaty en el sentido de que: i) Los compromisos de vender el equivalente al 27% del accionariado de SIMSA; ii) Variar las características de gobierno de SIMSA suprimiendo la súper mayoría que venía imperando en el estatuto de SIMSA; iii) La venta de una participación del 51% de tres importantes prospectos mineros a ser escindidos; iv) La posibilidad de que la compañía rusa adquiriera un porcentaje mayor, ascendente al 50% + 1 acción de SIMSA y v) Entregar el 100% de los contratos comerciales de minerales de SIMSA, podían realizarse sin su intervención, debe mencionarse que pronunciarse sobre estos aspectos implica tomar posición a favor del argumento que sostiene que las compañías denominadas White Peak y Orange Bay se encuentran bajo un mismo controlador y que, por lo tanto, obedecen a una sola voluntad; investigación que corresponde efectuar al órgano instructor, quien procederá, de ser el caso, a iniciar un procedimiento sancionador, máxime si además dichas compañías son compañías *off shore* que no se encuentran inscritas en el RPMV y que, por lo tanto, no suministran la suficiente información que permita determinar a sus controladores;

Con relación a este argumento, cabe precisar que de llegarse a la convicción que White Peak y Orange Bay tienen controladores distintos de Clarion o que obedecerían a disposiciones distintas, y por lo tanto no quieren vender o quieren permanecer siendo socios de la empresa rusa, en dicho supuesto, Clarion con su 48.85% necesitaría del porcentaje del señor Beaty quien posee 1.22% para lograr obtener la mayoría en SIMSA para que sumados dichos porcentajes se permita la implementación de los acuerdos contenidos en el acuerdo de confidencialidad celebrado entre Chelyabinsky Zinc Plant y SIMSA;

17. En cuanto a los contraindicios presentados por Clarion en el sentido de que el señor Beaty financió su adquisición de las acciones de SIMSA y de que cada comprador realizó sus operaciones de manera independiente instruyendo a su respectivo agente de intermediación, suscribiendo la información requerida, etc, debe señalarse que tales hechos constituyen el trámite normal de la adquisición de acciones, en cambio lo que no resulta usual, sea que se trate de una adquisición concertada o no, es la interrelación que existió entre los clientes y las sociedades agentes de bolsa intervinientes, cuando el comprador le solicita a la vendedora que contacte a su SAB para efectuar la compra¹²;

Asimismo, respecto del contraindicio presentado por Clarion de que no se ha acreditado la existencia de un pacto o convenio, ni menos aún la existencia de una unidad de propósito, debe indicarse que si bien en la realización de actuaciones concertadas es muy difícil encontrar un documento que acredite dicha concertación, siendo que dichos casos son probados mediante indicios, los que deben ser materia de investigación; sin embargo, debe tenerse en cuenta los documentos que Talingo ha presentado en segunda instancia referentes a los acuerdos de confidencialidad celebrados entre SIMSA, Chelyabinsk Zinc Plant y Euromin Peru S.A. (los que según Talingo estarían acreditando la existencia de un pacto o convenio y la

¹² Cabe mencionar que el señor Beaty el 03 de octubre de 2008 declaró que: "... solicitó se tome contacto con Seminario y Cia Agente de Bolsa para poder concretar la operación" y que con fecha 09 de marzo de 2009 señaló que "Sí me comuniqué directamente con mi broker, Seminario y Cia..." lo cual constituye una variación en el relato de cómo sucedieron los hechos.

existencia de una unidad de propósito); documentos que, en opinión del Directorio de CONASEV, constituyen un fuerte indicio que hace presumir que puede haber existido una actuación concertada;

En lo que respecta al contraindicio presentado por Clarion de que Talingo ha desarrollado una política obstruccionista en SIMSA, cabe precisar que dicha argumentación deberá ser materia de comprobación en el procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta que en un escenario de mayorías normales de una sociedad anónima y no de súper mayorías, el porcentaje con el que cuenta Talingo no permite tomar el control de la sociedad y que además la política obstruccionista de Talingo no ha sido debidamente acreditada ante la presente instancia, solo ha sido reseñada, siendo que de una verificación de los hechos de importancia de SIMSA se pueden apreciar acuerdos de juntas universales y modificaciones de estatutos, acordados antes de la fecha de transacción del 11 de julio de 2007; acuerdos que tendrían participación de Talingo, circunstancia que se opone a los argumentos sostenidos por Clarion y, asimismo, debe tenerse en cuenta que a partir de la fecha de la interposición de la denuncia ante esta Comisión Nacional de una supuesta concertación podría resultar razonable que Talingo no participe del gobierno societario de SIMSA;

Que, finalmente con relación a los indicios presentados, se considera que una apreciación conjunta de los mismos generan una apariencia de que ha existido una toma de control concertada entre Clarion y el señor Beaty, por lo que, de acuerdo a la regulación vigente, se habría generado la obligación de realizar una OPA, configurándose el presupuesto de la verosimilitud del derecho, una apariencia en el derecho, requerido para la concesión de una medida cautelar;

Que, por otro lado, con relación a la supuesta manipulación de las traducciones de los acuerdos de confidencialidad por parte de Talingo, debe señalarse que independientemente de la correcta traducción de los mismos, aspecto que será materia de investigación y pronunciamiento en el procedimiento principal, debe indicarse que del análisis de los indicios efectuados en la presente resolución se ha concluido que existe una apariencia de derecho en el sentido de una probable concertación entre Clarion y el señor Beaty para modificar el régimen de gobierno de SIMSA y tomar el control de la sociedad;

Que, en lo concerniente a lo señalado por Clarion en el informe oral efectuado por su representante y abogado ante el Directorio de CONASEV, respecto de que el Tribunal Administrativo no ha respetado la LPAG otorgándole la calidad de parte a Talingo, debe señalarse que ese no es el razonamiento efectuado por el referido Tribunal, pues conforme se desprende de los considerandos 21 a 25 de la resolución impugnada, lo que se ha precisado es que Talingo tiene un interés legítimo individual, cuya legitimidad para obrar no puede ser desconocida, ya que ello supondría infringir gravemente su derecho al debido proceso, sustentándose tal posición en lo dispuesto por los artículos IV numeral 1.2 del Título Preliminar, 51 y 54 de la LPAG;

Que, acerca del argumento mencionado en el informe oral del representante y abogado de Clarion ante el Directorio de CONASEV, respecto de que la OPA solo procede en el caso de adquisiciones de carácter oneroso y no en el caso analizado, el cual se tratan de donaciones de acciones, debe indicarse que el cuestionamiento que se realiza es la supuesta concertación para la adquisición de participación significativa cuando Clarion y el señor Beaty adquieren acciones el 11 de julio de 2007 de manera onerosa y no sobre las donaciones realizadas;



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

Que, en cuanto al argumento de que el señor Beaty no otorgó poder, ni concurrió a la Junta de Accionistas convocada para proceder a la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, se considera que dicha circunstancia puede explicarse en la medida que a dicha fecha el señor Beaty tenía las acciones con el voto suspendido como consecuencia de la medida cautelar otorgada mediante la resolución impugnada por lo que sus acciones no eran computables para el quórum;

Que, en lo referente a lo manifestado por el representante y abogado de Clarion en el informe oral ante el Directorio de CONASEV, respecto de que Talingo en junio del 2007 adquirió acciones de SIMSA a un precio de S/.8.80 cada una, podría explicarse en el reducido número de acciones puestas a la venta (2,870 acciones);

Otros aspectos

Que, por otro lado, con relación a lo manifestado por el señor Beaty en el sentido de que en ningún momento se le notificó la resolución impugnada, debe mencionarse que, según los cargos de las notificaciones, se aprecia que la referida resolución fue remitida en primera instancia vía courier en el domicilio del señor Beaty en Vancouver, Canadá, y posteriormente con fecha 15 de septiembre de 2008 con motivo del apersonamiento de sus abogados, se les notificó a los mismos en dicha fecha;

Que, adicionalmente, en cuanto a que el señor Beaty no hizo uso de la palabra ante el Tribunal Administrativo cuando se dictó la medida cautelar, debe señalarse que en los procedimientos que tienen como objetivo la dación de una medida cautelar, por su propia naturaleza, no se otorga el uso de la palabra al afectado, ya que de hacerlo se puede poner en riesgo la eficacia de la misma; sin embargo, al apelar de la referida medida cautelar, puede hacer uso de la palabra en caso lo solicite, cuando la causa sea vista en el Directorio, como en efecto sucedió en el presente caso;

Peligro en la demora

Que, el señor Beaty señala que el Tribunal Administrativo basa sus argumentos en el hecho de que mediante los contratos de donación de acciones celebrados entre Clarion y los trabajadores de SIMSA, esta se transformaría en una sociedad anónima abierta, lo que conllevaría a que los quórum actualmente previstos en sus estatutos sociales se reduzcan a los previstos en la Ley General de Sociedades, sin tener en cuenta que la Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima resolvió la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta, hasta que exista un pronunciamiento definitivo respecto a la validez de dichos contratos de donación, debe señalarse que si bien se recibió la notificación de referida Resolución N° 03, dado que se trata de una decisión judicial, CONASEV no tiene injerencia ni manejo respecto de la misma e incluso no tiene conocimiento si dicha decisión ha sido apelada o no, es decir se encuentra fuera de la competencia de CONASEV, por lo que no se puede aseverar que debido a dicha medida el peligro en la demora ha cesado, por el contrario el destino de la misma resulta

incierto, por consiguiente el peligro en la demora resulta siendo aún un aspecto que sigue manteniéndose vigente;

Que, asimismo, se debe tener en cuenta que la evaluación del peligro en la demora resulta de aquellos elementos que el Tribunal Administrativo tuvo en cuenta al momento de adoptar la medida cautelar, debiendo señalarse que dicha medida fue adoptada con anterioridad a la expedición de la referida Resolución N° 03 del Décimo Séptimo Juzgado Civil, resolución que suspendió la celebración de una junta de accionistas de SIMSA que Clarion solicitó para proceder a realizar la modificación del estatuto social para la adaptación a sociedad anónima abierta;

Que, la celebración de la referida junta podría haber materializado los acuerdos de confidencialidad celebrados entre Chelyabinsky Zinc Plant y SIMSA con las consecuencias que la adopción de dichos acuerdos implican, por lo que la dación de la medida cautelar de CONASEV evita a todas luces dichas circunstancias;

Que, asimismo, el peligro en la demora también se puede verificar en el hecho de que no dictarse la medida cautelar las acciones adquiridas con infracción de las normas de OPA podrían ser vendidas sin la realización de un procedimiento transparente como es la oferta pública;

Que, teniendo en cuenta que en el supuesto que la medida cautelar judicial quede sin efecto la consecuencia inmediata podría ser la conversión de la sociedad en una sociedad anónima abierta con la consiguiente eliminación de las súper mayorías, así como la probable materialización de lo señalado en el acuerdo de confidencialidad con la empresa rusa, resulta necesario mantener la vigencia de la medida cautelar dictada por el Tribunal Administrativo, para que CONASEV pueda investigar la denuncia de la supuesta concertación formulada por Talingo;

Que, respecto de lo señalado por Clarion en el sentido de que en caso CONASEV ampare la denuncia de Talingo, este hecho podría originar una serie de consecuencias legales que en ningún caso justifica el peligro en la demora, es decir, no existe ningún peligro de inejecución o ineffectividad de lo que finalmente se pueda resolver, debe precisarse que discrepamos de tal posición, pues la medida cautelar que se genere en un procedimiento sancionador tiene como objetivo garantizar, en caso así se determine en el procedimiento principal, una efectiva sanción, ya que de no existir medida cautelar como por ejemplo en el caso analizado, las acciones materia de la supuesta actuación concertada podrían transferirse, siendo que, ante una eventual sanción, por no haberse observado las normas de OPA, la sanción dictada, de tratarse de la obligación de venta de las acciones adquiridas en infracción de la Ley, no podría ejecutarse de manera efectiva;

Adecuación de la medida cautelar

Que, respecto de la adecuación de la medida cautelar, el señor Beaty señala que la decisión del Tribunal Administrativo es arbitraria, pues se ha impuesto la medida cautelar contra las acciones del señor Beaty, a pesar que solo es propietario del 1.22% del total de acciones, así como el argumento de Clarion en el sentido de que en el supuesto que se declare fundada la denuncia de Talingo, no afectarían a la totalidad de acciones, de propiedad de Clarion adquiridas con anterioridad a julio del 2007 (que representan el 44.81%) por lo que la suspensión de derechos y obligación de venta recaería sólo sobre el porcentaje de acciones adquiridas dentro de la supuesta concertación (aproximadamente al 0.069% del total de acciones de SIMSA), se considera que la medida cautelar dictada es congruente y proporcional con el objeto que



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

es materia de tutela, ya que, de conformidad con lo establecido por el artículo 72 de la LMV, concordado con el artículo 54 del ROPA, se ordenó la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a Clarion y al señor Beaty, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar, sobre las acciones adquiridas por Clarion y el señor Beaty el 11 de julio de 2007 y no de la totalidad de las acciones pertenecientes a Clarion; aseveración que se corrobora con la comunicación efectuada con fecha 25 de septiembre de 2008 dirigida a CAVALI¹³ en la cual se señalan que las acciones que cuyos derechos se han suspendido son únicamente las adquiridas con fecha 11 de julio del 2007;

Que, finalmente, se considera que la pretensión principal de la denuncia presentada por Talingo podría derivar en la obligación de formular una OPA o eventualmente vender el porcentaje que les permitió adquirir el control, supuesto en el cual resultaría razonable que las acciones de dichos accionistas adquiridas el 11 de julio de 2007 se encuentren suspendidas en sus derechos políticos, mas no las acciones de una tenencia anterior, por lo que las medidas dictadas por el Tribunal Administrativo en el presente caso resultan congruentes;

Que, en cuanto al argumento expuesto por Clarion en el sentido de que la posible obligación de venta de las acciones adquiridas con infracción a las normas de OPA únicamente recaería sobre el exceso del 50%, cabe precisar que la evaluación sobre este aspecto deberá ser efectuado en su oportunidad por el Tribunal Administrativo, por lo que no corresponde en la presente instancia emitir pronunciamiento al respecto;

Inicio del procedimiento sancionador

Que, la resolución impugnada dispuso en el artículo 5 que la Dirección de Emisores de la CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra Clarion y el señor Beaty, sobre la base de lo dispuesto en los incisos p) y s) del artículo 8° de su Estatuto¹⁴ aprobado por Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10 y sus modificatorias, en el entendido que dicha facultad se encuentra contenida como una de sus facultades, cuando dicha disposición únicamente señala que el Tribunal Administrativo puede adoptar todos los actos que fueren necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones;

¹³ Folio 663 del expediente administrativo cautelar.

¹⁴ Los literales p) y s) del artículo 8 del Estatuto del Tribunal Administrativo señalan lo siguiente:

"Artículo N° 8. – Atribuciones

El Tribunal tiene las siguientes atribuciones:

(...) p. Solicitar a las direcciones los informes técnicos respectivos o ampliaciones de los mismos y, de ser el caso, citar a los funcionarios y técnicos que hayan suscrito o intervenido en dichos informes;

(...) s. Adoptar todos los actos que fueren necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones;(...)"

Que, a la Dirección de Emisores le corresponde actuar como órgano instructor en los casos que se encuentren bajo su competencia, iniciando el correspondiente procedimiento sancionador, función que le ha sido conferida en virtud del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV¹⁵, asignándose así de manera expresa dicha competencia a la referida Dirección de Emisores y no se le otorga facultad similar al Tribunal Administrativo, por lo que no corresponde a este último órgano dictar disposiciones como la que es materia de análisis;

Que, por consiguiente se considera que el artículo 5 de la resolución impugnada ha incurrido en la causal de nulidad prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 10.1¹⁶, de la LPAG, pues ha sido dictado en contravención de lo dispuesto por el literal j) del artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV, no cumpliendo con uno de los requisitos de validez del acto administrativo, pues no cuenta con una facultad expresa para adoptar tal decisión lo que resulta ser un acto dictado por un órgano incompetente, no habiéndose presentado ninguna de las causales de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 de la LPAG;

Que, dado que dicho vicio no afecta el otorgamiento de la medida cautelar dispuesta, ya que solo se trata de una directriz dirigida a la Dirección de Emisores con contenido propio y separado de la decisión principal que constituye el otorgamiento de la medida cautelar, en aplicación el artículo 13.2¹⁷ de la LPAG, corresponde declarar la nulidad parcial en el extremo correspondiente al artículo 5° de la resolución materia de impugnación;

¹⁵ "Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV

Artículo 36°.- Funciones de la Dirección de Emisores. Las funciones de la Dirección de Emisores son:

(...)

h. Disponer la realización de investigaciones e inspecciones, así como citar bajo el apremio que señala la ley para los testigos, a cuanta persona estime que pueda contribuir al éxito de las investigaciones que se efectúe, siempre que medie delegación del Directorio;

i. Desestimar, de acuerdo a ley, las denuncias o reclamos contra los supervisados, cuando de las diligencias preliminares se haya determinado que no procede iniciarse un procedimiento administrativo sancionador ni emitir mandato por parte de CONASEV u otra acción administrativa;...

j. Actuar como órgano instructor en los casos bajo su ámbito de competencia, iniciando el procedimiento sancionador, cuando corresponda; (...);

¹⁶ "Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

¹⁷ El artículo 13 de la Ley 27444 señala literalmente lo siguiente:

"Artículo 13°.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio."



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

Suspensión de derechos de voto

Que, con relación a la suspensión de los derechos de voto y en lo que respecta al argumento del señor Beaty en el sentido de que la resolución impugnada ha vulnerado el principio de legalidad, pues, conforme al artículo 72° de la LMV, dicho Tribunal Administrativo no tendría potestad alguna para dictar medidas cautelares que dispongan la suspensión de los derechos de disposición de las acciones adquiridas por el recurrente, se considera que si bien el referido artículo 72¹⁸ y el artículo 58¹⁹ del ROPA se refieren a la suspensión de los derechos políticos de las acciones que han sido adquiridas con infracción de las normas de OPA, también el aludido artículo 72 de la mencionada Ley señala que es nulo todo acuerdo que se adopte ejerciendo la representación de las acciones adquiridas con prescindencia de la obligación de realizar una OPA, así como todo acto de disposición que se efectúe con tales valores; disposiciones que permiten apreciar que el objetivo de la Ley es impedir la utilización de los valores que hayan sido adquiridos con infracción de las normas de OPA;

¹⁸ "Artículo 72 ° Incumplimiento.-

En caso de incumplimiento de las normas precedentes, se aplicarán las siguientes reglas:

*a) Quien adquiera o incremente su participación significativa sin observar el procedimiento respectivo, **queda suspendido en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas, obligado a su venta mediante oferta pública en un plazo no mayor de dos (2) meses. Mientras dure la suspensión de los valores indicados, los mismos no se computarán para el quórum.***

Sin perjuicio de lo anterior, CONASEV podrá excepcionalmente determinar adicionalmente la suspensión de los derechos inherentes a las acciones que tuviese de manera previa a la adquisición o incremento de participación significativa, así como determinar que dicha tenencia previa no se computa para efectos del quórum.

En caso de obtener una ganancia de capital como producto de la venta de las acciones adquiridas, deberá entregarla a los accionistas que le transfirieron tales valores. Es nulo todo acuerdo que se adopte ejerciendo la representación de las acciones adquiridas con prescindencia de la obligación de realizar una oferta pública de adquisición, así como todo acto de disposición que se efectúe con tales valores.

CONASEV podrá determinar los casos de excepción a la obligación de venta por oferta pública establecida en el primer párrafo del presente inciso, siempre que esto sea más beneficioso al interés del mercado y el obligado realice una oferta pública de adquisición por el 100% del capital social.

Lo dispuesto en el presente inciso es de aplicación en lo pertinente a los casos de incumplimiento de la obligación de efectuar una oferta pública de adquisición cuando se trate de supuestos distintos de la adquisición de acciones a que se refiere el primer párrafo.

CONASEV tiene personería para interponer las acciones correspondientes, con arreglo a lo normado en el Artículo 139 de la Ley General de Sociedades. El ejercicio de este derecho caduca en el plazo de un (1) año contado desde la adopción del acuerdo; y,

b) CONASEV no excluirá el valor del Registro si previamente no se ha efectuado la oferta pública de compra a que se refiere el Artículo 69."

¹⁹ "Artículo 58.- *Ámbito de la suspensión de derechos.-*

*La suspensión de derechos a que se refiere el Artículo 72 de la Ley comprende **sólo los derechos políticos.** La suspensión de derechos alcanza también a los titulares de certificados de suscripción preferente, de obligaciones convertibles y de otros valores que dan derecho a la suscripción o adquisición de acciones con derecho a voto de la sociedad objetivo. Sin embargo, sólo tiene efecto una vez que se ha producido la suscripción o adquisición de acciones con derecho a voto. Los derechos suspendidos sólo se recuperan luego de efectuada la OPA en los términos establecidos en el presente reglamento, o cuando se ha obtenido el consentimiento de la totalidad de los accionistas, en la forma indicada en el artículo 10 inciso a). La nulidad de acuerdos que establece el artículo 72 inciso a) de la Ley sólo ocurre cuando los mismos no habrían podido ser adoptados sin el voto de las acciones adquiridas con prescindencia del procedimiento de OPA."*

Que, por otro lado, la suspensión de los derechos de disposición tienen como objetivo fundamental proteger el derecho de propiedad de los accionistas minoritarios, otorgándoles el derecho a la prima (monto económico al cual los accionistas que han sido apartados tienen derecho), siendo este el objetivo principal de la regulación de OPA, conforme se desprende del artículo 2²⁰ del ROPA;

Que, la suspensión de los derechos de disposición asegura que el procedimiento por medio del cual los valores adquiridos irregularmente se vendan vía oferta pública, asegurando la obtención del mejor precio en beneficio del mercado y los accionistas, por lo cual existe un derecho de propiedad que legalmente debe ser cautelado vía una medida cautelar;

Que, en cuanto al argumento formulado por el señor Beaty respecto de que de la medida cautelar solo debe otorgarse para proteger derechos constitucionales, citando para ello una sentencia del Tribunal Constitucional (expediente N° 5408-2005-PA/TC), debe señalarse que la referida sentencia no contiene la indicación que se trata de un precedente de observancia obligatoria y, además, cabe resaltar que también existe jurisprudencia citada por el Tribunal Administrativo referente al Tribunal Constitucional que no restringe el otorgamiento de medidas cautelares solo a aquellas que se encuentren protegiendo derechos constitucionales, así tenemos que el Tribunal Constitucional también ha señalado "...en la STC N° 00015-2005-AI²¹, que *el derecho de tutela cautelar es un derecho fundamental el mismo que no es privativo de cortes judiciales sino que también es extensivo a la sede administrativa*", es decir que no solo no se alude a derechos constitucionalmente protegidos, sino que, por el contrario, se eleva a rango constitucional el derecho a solicitar medidas cautelares en sede administrativa;

Que, el otorgamiento de toda medida cautelar en la medida que cumpla con los requisitos de acreditar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la adecuación de la medida, siempre será una medida que legalmente restringirá algún tipo de libertad garantizada por la Constitución Política, pues está en la naturaleza de toda medida cautelar restringir libertades, por lo que la alusión del Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al expediente N° 5408-2005-PA/TC, lo que pretende es garantizar el acceso al debido proceso por parte de todo administrado y que toda medida cautelar cumpla con las condiciones antes señaladas;

Que, el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Administrativo de CONASEV establece que es potestad de dicho órgano disponer de oficio medidas cautelares con prescindencia de si se hubiera iniciado o no un procedimiento administrativo sancionador y no señala los tipos de medidas cautelares que puede el Tribunal Administrativo dictar, teniendo en cuenta, además, los objetivos y funciones del aludido órgano en defensa del mercado, los inversionistas y los accionistas minoritarios;

²⁰ **"Artículo 2.- PROPÓSITO DE LA OPA.-**

La OPA tiene como propósito garantizar que, cuando se produzca una adquisición o incremento de participación significativa, todos los accionistas puedan participar en la prima que con tal motivo se pueda ofrecer."

*"Antes de entrar a dilucidar sobre el tema materia de institucionalidad, es pertinente precisar algunos conceptos sobre la institución de la medida cautelar. Al respecto, coincidimos con la doctrina en la definición tradicional de la medida cautelar en tanto el proceso que, sin ser autónomo, **sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, definición que también resulta aplicable a los procedimientos administrativos como el que nos ocupa**". (Énfasis agregado)*



Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1

Que, el artículo 10²² del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV establece como una de las funciones del Tribunal Administrativo disponer medidas cautelares sin distinguir entre ellas, por lo que podría dictarse cualquier medida cautelar que se solicite en salvaguarda del interés público y de los administrados, siempre que tenga como finalidad el cumplimiento de la leyes que regulan la competencia de CONASEV;

Que, finalmente, debemos señalar que el artículo 611²³ del Código Procesal Civil señala que la potestad de dictar medidas cautelares no se encuentra restringida a aquellas que expresamente se hayan solicitado, sino que se permite al juzgador el dictado de cualquier otra medida cautelar, siempre que se considere adecuada a garantizar la eficacia de la decisión que se dictaría al término del proceso;

Que, por último teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de la LMV, la finalidad de la referida ley es la adecuada protección de los accionistas minoritarios, se considera que dictar una medida correctiva consistente en la suspensión de los derechos inherentes a las acciones adquiridas con infracción a las normas de OPA es una facultad que legalmente el Tribunal Administrativo puede ejercer;

Estando a lo dispuesto por el inciso t) del artículo 11 del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de CONASEV, aprobado por Decreto Ley N° 26126 y sus modificatorias, así como a lo acordado por el Directorio de CONASEV reunido en sus sesiones del 06 y 20 de julio de 2009;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el señor Ross J. Beaty, contra la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3.

²² "Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV

Artículo 10 °.- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Las funciones del Tribunal Administrativo son: (...)g. Disponer medidas cautelares y correctivas en los casos sometidos a su conocimiento; (...);

²³ "Código Procesal, modificado por Ley N° 29384

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.

2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad."

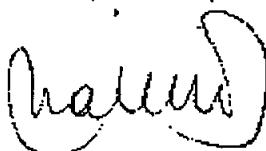
Artículo 2°.- Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por Clarion Holding Limited Corporation en el extremo de declarar la nulidad parcial de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N° 206-2008-EF/94.01.3, en lo estipulado en el artículo 5° de la mencionada resolución, que ordena a la Dirección de Emisores iniciar un procedimiento sancionador contra Clarion Holding Limited Corporation y el señor Ross J. Beaty.

Artículo 3°.- Dar por agotada la vía administrativa

Artículo 4°.- Transcribir la presente Resolución a Talingo Corporation, a Clarion Holding Limited Corporation, al señor Ross J. Beaty, a Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. y a CAVALI S.A. ICLV.

Artículo 5°.- Disponer la difusión de la presente resolución en el Portal de CONASEV.

Regístrese, comuníquese y archívese

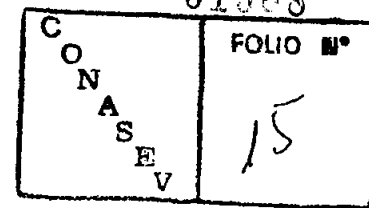
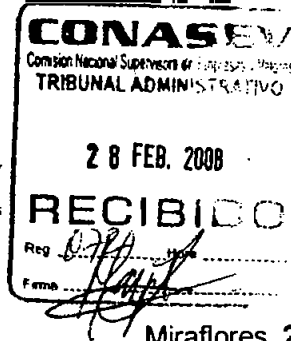


Signed by: NAHIL LILIANA HIRSH CARRILLO
Location: pres
Reason to sign: RC 047-2009

Nahil Liliana Hirsh Carrillo
Presidente



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores



Miraflores, 26 de febrero de 2008

INFORME N° 164-2008-EF/94.06.3

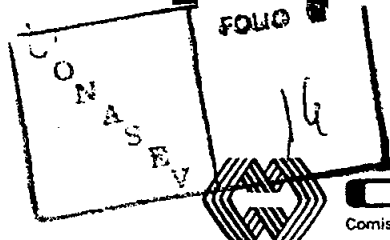
- A** : Sr. Carlos Rivero Zevallos – Gerente General (e)
- De** : Sra. Yvonka Hurtado Cruz – Directora de Emisores
- Asunto** : *Solicitud de medida cautelar de (i) suspensión de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. de titularidad de Clarion Holding Ltd. y el señor Ross J. Beaty; y (ii) la suspensión de la obligación de la empresa emisora a adecuarse como sociedad anónima abierta.*
- Referencia** : Expediente N° 2007036571

El presente informe analiza las operaciones de compra de acciones comunes emitidas por Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA) llevadas a cabo por el señor Ross J. Beaty (en adelante, el señor Beaty) y la empresa Clarion Holding Ltd. (en adelante, CLARION), en supuesta infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), así como de los artículos 4 y 6 del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, REGLAMENTO), adquisiciones que, según alega Talingo Corporation (en adelante, TALINGO), habrían sido efectuadas de manera conjunta y concertada a efectos de obtener una participación de 50.06% en el capital social de SIMSA.

CONASEV 000027

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 28 de diciembre de 2007, TALINGO, en su calidad de titular del 22.36% del capital social de SIMSA, interpuso una denuncia contra CLARION y el SEÑOR BEATY por presunta infracción a los artículos 68 de la LMV y 4 y 6 del REGLAMENTO (en adelante, DENUNCIA), siendo sus principales argumentos los siguientes:
 - Con fecha 11 de julio de 2007, CLARION adquirió en bolsa tres millones (3 300 000) de acciones comunes emitidas por SIMSA, con lo cual incrementó su participación de 44.81% a 48.84563% del capital social de la referida empresa. Por su parte, en la misma fecha, y con una diferencia temporal de catorce (14) segundos, el SEÑOR BEATY adquirió un millón (1'000,000) de acciones emitidas por SIMSA, convirtiéndose en titular del 1.224295% del capital social de SIMSA. De este modo, ambas personas habrían adquirido de forma conjunta el 50.06% de acciones emitidas por SIMSA, y con ello, el control de la empresa.
 - Al realizarse la adquisición por parte de CLARION, los señores Isabel Arias de Millership y Víctor Ostolaza, ambos directores de SIMSA, habrían instruido al señor Andrés Milla, gerente general de Credibolsa S.A.B. (en adelante, CREDIBOLSA), sociedad agente que intervino en la transacción, a efectos que se comunique telefónicamente con el SEÑOR BEATY, y de esa forma, concretar la adquisición concertada del 1.224295% del capital social de SIMSA.



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

01569

- Existe una vinculación entre CLARION y el SEÑOR BEATY, siendo un indicio de dicha vinculación el que en la Junta Obligatoria Anual de Accionistas de SIMSA, celebrada el 30 de marzo de 2007, CLARION propuso al señor Andrés Dasso Chopitea como director de la sociedad. Al respecto, indicó además que el señor Dasso es gerente general, director y representante de Pan American Silver Perú S.A., empresa subsidiaria de Pan American Silver Corp., de la cual el SEÑOR BEATY es fundador y presidente del directorio.

Adicionalmente, a efectos de consumar la toma de control sobre SIMSA, durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2007, el señor Víctor Ostolaza, representante de CLARION y director de SIMSA, suscribió aproximadamente ochocientos setenta (870) contratos de donación mediante los cuales otorgó a favor de igual número de trabajadores de SIMSA, paquetes de diez (10) acciones cada uno. De este modo, CLARION habría forzado la conversión de SIMSA a una sociedad anónima abierta, a efectos de reducir los quórum y mayorías aplicables de acuerdo con el Estatuto vigente de SIMSA, de conformidad a lo señalado por la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), de modo que la tenencia accionaria concertada de CLARION y el SEÑOR BEATY les permita adoptar acuerdos calificados en Junta General de Accionistas de SIMSA¹.

Como pretensiones de la denuncia, TALINGO solicitó que se disponga lo siguiente:

- La investigación respecto de la presunta actuación concertada de CLARION y el SEÑOR BEATY en la adquisición de participación significativa de SIMSA, incumpliendo con la obligación de realizar una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, OPA).
- La investigación respecto de la celebración de los contratos de donación, por parte de CLARION, a favor de los trabajadores de SIMSA, con el objeto de convertirla en una sociedad anónima abierta; y de ser el caso, se ordene la realización de una OPA por el 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/. 8.20 (Ocho y 20/100 Nuevos Soles) por acción.
- La suspensión del ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA de titularidad de CLARION y el SEÑOR BEATY.
- La suspensión indefinida de la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto emitidas por SIMSA mientras dure la investigación.
- La inspección de los registros principales de SIMSA, tales como libro de actas de junta de accionistas, libro de actas de directorio y libro de matrícula de acciones como parte de la investigación que se realice.
- La divulgación al mercado de los hechos descritos en la DENUNCIA, así como su notificación al Área de Emisores de la Bolsa de Valores de Lima S.A., SIMSA, CAVALI S.A. ICLV (en adelante, CAVALI) y a las personas y/o entidades que se consideren pertinentes.

¹ Cabe indicar que de acuerdo con el estatuto social vigente de SIMSA, se requiere la concurrencia del 80% de las acciones suscritas con derecho a voto en la primera y segunda convocatoria y el 51% en tercera convocatoria a Junta General de Accionistas. Del mismo modo, en el caso de acuerdos simples, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones representadas en Junta General de Accionistas; y en el caso de acuerdos calificados se requiere el voto favorable del 80% de las acciones suscritas con derecho a voto emitidas por la sociedad.



- Se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta.
- 2. Con fecha 28 de diciembre de 2007, la DENUNCIA fue trasladada a SIMSA a efectos que se pronunciara al respecto y con el fin de que informe a CONASEV la dirección en el Perú de los accionistas denunciados. Como respuesta del requerimiento formulado, SIMSA señaló que no tenía comentarios al respecto y que no conocía los domicilios en Perú de los referidos accionistas.
- 3. Con fecha 16 de enero de 2008, TALINGO interpuso una medida cautelar (en adelante, MEDIDA CAUTELAR) mediante la cual solicitó se amparen las siguientes pretensiones principales:
 - a) La suspensión provisional de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA, de titularidad del SEÑOR BEATY y CLARION; y
 - b) La suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta.

Como sustento de su solicitud de medida cautelar TALINGO presentó los siguientes argumentos:

- Respecto a la verosimilitud en el derecho invocado, TALINGO sostuvo que existen indicios suficientes para considerar que CLARION y el SEÑOR BEATY actuaron de forma concertada a efectos de adquirir el control sobre SIMSA. Como indicios más importantes, señaló (i) la vinculación que existe entre ambos accionistas, explicada en la DENUNCIA; (ii) la diferencia de catorce (14) segundos entre la compra de acciones efectuada por CLARION y la efectuada por el SEÑOR BEATY, y (iii) la participación minoritaria del SEÑOR BEATY en el capital social de SIMSA, cuando usualmente tiene la calidad de accionista principal de las empresas en las que participa.
- Respecto al peligro en la demora, TALINGO sostuvo que la adecuación de SIMSA bajo la forma de una sociedad anónima abierta generaría la posibilidad latente que CLARION y el SEÑOR BEATY, actuando de forma concertada, adopten acuerdos calificados que puedan generar perjuicios a los accionistas minoritarios de SIMSA.
- 4. Mediante Oficio N° 311-2008-EF/94.06.3, de fecha 21 de enero de 2008, se solicitó a Seminario y Cía. SAB (en adelante, SEMINARIO), sociedad agente que intervino en la adquisición de acciones emitidas por SIMSA por parte del SEÑOR BEATY, información relativa a los movimientos bursátiles de dicho comitente durante los meses de julio y agosto de 2007, con las acciones comunes antes referidas. En respuesta a este requerimiento el 24 de enero de 2008, SEMINARIO presentó la siguiente documentación:
 - Los movimientos de las cuentas corrientes en Nuevos Soles y en Dólares de los Estados Unidos de América del SEÑOR BEATY, en los cuales se registraron **diversas transacciones de compra y venta de acciones comunes y de inversión de empresas, tales como Compañía Minera El Brocal S.A. y Refinería La Pampilla S.A. entre otras.**
 - Las pólizas de compra suscritas por el SEÑOR BEATY respecto a las acciones emitidas por SIMSA.

CONASEV 000029



- La Ficha de Registro de Cliente del SEÑOR BEATY así como de White Peak Resources Inc. (en adelante, WHITE PEAK), accionista vendedor en ambas transacciones.
 - Los poderes otorgados por el señor Pablo Gómez Sánchez, Director Único de WHITE PEAK, a favor del señor Manuel del Solar Botto Lercari para que actúe como su representante en el Perú.
5. Con fecha 29 de enero de 2008, CAVALI responde al Oficio N° 309-2008-EF/94.06.3, de fecha 21 de enero de 2008, adjuntando el Resumen de Tenencias por Cuenta Matriz correspondientes al SEÑOR BEATY y a CLARION, brindando asimismo información respecto del domicilio del SEÑOR BEATY en el Perú.
6. Con fecha 29 de enero de 2008, Centura S.A.B (en adelante, CENTURA) responde al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 312-2008-EF/94.06.3, indicando lo siguiente:
- Con fecha 13 de diciembre de 2007 fueron contactados por CLARION para que CENTURA brinde los servicios de intermediación en las operaciones de donación de acciones emitidas por SIMSA a los trabajadores de dicha empresa, a ser formalizada el día 17 de diciembre de 2007.
 - Entre los días 23 y 24 de diciembre de 2007, CENTURA recibió los ochocientos cincuenta y tres (853) expedientes, conteniendo cada uno de ellos: (a) un contrato de donación por diez (10) acciones comunes de SIMSA, (b) una Ficha de Cliente debidamente llenada y firmada por cada donatario, (iii) una copia legalizada notarialmente con el documento de identidad de cada donatario y (iv) una carta de instrucción irrevocable firmada por el donatario y donante, donde se instruye a CENTURA que se abstenga de transferir las acciones materia de donación por un plazo de dieciocho (18) meses.
- CENTURA adjuntó a su comunicación, la siguiente información:
- La relación de beneficiarios de las donaciones efectuadas por CLARION y el número de acciones que recibió cada uno.
 - Un muestreo de las fichas de clientes de los donatarios.
 - Un muestro de los contratos de donación a favor de los trabajadores.
 - Un modelo de carta de instrucción irrevocable por el cuál el donatario instruye a CENTURA que se abstenga de transferir las acciones adquiridas vía donación por un plazo de dieciocho (18) meses.
 - El comprobante de pago emitido por CENTURA, por los servicios de intermediación prestados.
 - Las Fichas de Clientes de Orange Bay Comercial Inc. (accionista de SIMSA) y WHITE PEAK, como clientes de CENTURA.
7. Con fecha 30 de enero de 2007, CREDIBOLSA responde al Oficio N° 310-2008-EF/94.06.3, del 21 de enero de 2008, adjuntando copia de la siguiente información:
- La Ficha de Cliente de CLARION.
 - La póliza de compra de fecha 11 de julio de 2007, correspondiente a la compra de tres millones trescientos mil (3 300 000) acciones emitidas por SIMSA por parte de CLARION, así como la póliza de la misma fecha, correspondiente a la venta de

CONASEV 000030



cuatro millones trescientos mil (4 300 000) acciones emitidas por SIMSA por parte de WHITE PEAK.

- La instrucción de compra por parte de CLARION de 3 300 000 acciones emitidas por SIMSA (efectuado por el señor Víctor Ostolaza, quien se encontraba en las oficinas de CREDIBOLSA).
- La instrucción de venta de WHITE PEAK, de 4 300 000 acciones emitidas por SIMSA, (efectuado por el señor Christian Funcke, representante de la empresa, y entregada por la señora Margaret Burns, quien se encontraba presente en las oficinas de CREDIBOLSA).

8. Con fecha 30 de enero de 2007, CLARION se apersonó voluntariamente ante CONASEV y remitió sus argumentos de descargo respecto a la DENUNCIA, señalando lo siguiente:

- WHITE PEAK, ofreció vender un paquete de cuatro millones trescientas mil (4 300 000) acciones emitidas por SIMSA a varios inversionistas (entre ellos, TALINGO). CLARION tomó conocimiento de la oferta mediante la directora de SIMSA, señora Isabel Arias de Millership, y acordó adquirir un paquete de tres millones trescientos mil (3 300 000) acciones a través de una operación cruzada.
- Con fecha 11 de julio de 2007, el señor Víctor Ostolaza (representante legal de CLARION) se reunió con Christian Funcke (representante legal de WHITE PEAK) en el local de CREDIBOLSA, para efectuar la operación de compraventa mencionada, siendo atendidos por el señor Andrés Milla, gerente general de CREDIBOLSA. Asistió también a dicha reunión, la señora Isabel Arias de Millership, directora de SIMSA y persona relacionada con el accionista vendedor.
- Durante dicha reunión, la señora Isabel Arias de Millership comunicó que conocía el interés del señor BEATY en adquirir una participación minoritaria en SIMSA. En tal sentido, se decidió en ese momento contactar al SEÑOR BEATY para que confirme su interés en adquirir acciones emitidas por SIMSA de propiedad de WHITE PEAK. El SEÑOR BEATY confirmó telefónicamente su interés y pidió a CREDIBOLSA que se contacte con SEMINARIO para cerrar la operación.
- En dicho contexto, CREDIBOLSA procedió a la compra de 3 300 000 acciones emitidas por SIMSA por cuenta de CLARION, y por su parte, SEMINARIO efectuó la compra de 1 000 000 de acciones por cuenta del SEÑOR BEATY. Tras éstas operaciones, el capital social de SIMSA quedó distribuido de la siguiente manera:

ACCIONISTA	TENENCIA (%)
TALINGO	22.36%
CLARION	48.85%
WHITE PEAK	4.25%
Orange Bay	24.51%
Minoritarios	0.03%
TOTAL	100%

- De otro lado CLARION señala que con fecha 28 de diciembre de 2007, se perfeccionó la donación, por parte de CLARION, a favor de ochocientos cincuenta y

dos (852) trabajadores de SIMSA, a razón de diez (10) acciones cada uno. Como consecuencia de ello, SIMSA ha pasado a ser una sociedad anónima abierta en estricta aplicación del artículo 249 de la LGS.

- Las donaciones efectuadas (i) son legítimas y legales, (ii) no guardan relación con la supuesta actuación concertada alegada por TALINGO, y (iii) no confiere a CLARION ningún control respecto de SIMSA, ni deriva en la adquisición de una participación significativa bajo los alcances del REGLAMENTO.
- Respecto al hecho de que las operaciones de compra de acciones de CLARION y el SEÑOR BEATY se realizaron dentro de un breve periodo, CLARION argumenta que la simultaneidad se explica por el hecho que la parte vendedora en ambas operaciones es la misma: WHITE PEAK. Así, encontrándose físicamente en las oficinas de CREDIBOLSA, resulta razonable que WHITE PEAK perfeccione ambas ventas de manera casi simultánea. Por ello, la coincidencia temporal de las operaciones no puede ser considerada *per se* como un supuesto de actuación concertada.
- Respecto al hecho que el señor Víctor Ostolaza y la señora Isabel Arias de Millership supuestamente instruyeron al señor Andrés Milla para que comunique telefónicamente al SEÑOR BEATY para coordinar la venta de las acciones emitidas por SIMSA, CLARION señala que nunca se dio instrucción alguna al señor Andrés Milla para que comunicara al SEÑOR BEATY, por el contrario, la señora Isabel Arias de Millership solo hizo referencia a que conocía que el SEÑOR BEATY estaba interesado en adquirir acciones emitidas por SIMSA.
- Respecto al hecho de que el SEÑOR BEATY haya afirmado en una entrevista que siempre interviene en una compañía minera como accionista controlador, CLARION manifiesta que la declaración del SEÑOR BEATY ha sido maliciosamente interpretada fuera de contexto. La referencia a que el SEÑOR BEATY es siempre accionista principal ha sido efectuada en relación a "sus compañías" y a los "primeros años de las mismas", con lo cual esas declaraciones no serían aplicables a SIMSA.
- Respecto al hecho de que el señor Andrés Dasso fue propuesto por CLARION como director de SIMSA en la Junta General de Accionistas del 30 de marzo de 2007, señala el denunciado que el señor Dasso forma parte del Directorio de SIMSA desde el año 2001, es decir, desde antes que CLARION ingrese como accionista a la empresa. Además, la designación del señor Dasso como director titular en el año 2004 se realizó a propuesta del propio TALINGO, y con el voto favorable de TALINGO en los años 2005 y 2006. Asimismo, señala que en la Junta General de Accionistas de SIMSA del 30 de marzo de 2007, fue TALINGO quien propuso al señor Dasso como Primer Director Alterno, ante lo cual CLARION pidió que sea Director Titular, y TALINGO votó a favor de dicha designación.
- Respecto a la supuesta actuación concertada que se le atribuye, CLARION señala que para que se presente esta figura en el marco de la regulación de OPA, debe verificarse una misma causa y unidad de propósito para obtener o consolidar el control de la sociedad afectada. En el caso materia de análisis, no existió pacto alguno entre CLARION y el SEÑOR BEATY así como tampoco una intención conjunta

CONASEV 000032

de adquirir el control de la sociedad, es por eso que ninguno de los supuestos indicios expuestos por TALINGO acredita una "política común duradera" o la existencia de un "ejercicio coordinado de los derechos de voto" entre CLARION y el SEÑOR BEATY, sobre la base de la cual pueda sostenerse la existencia de una actuación concertada.

- Respecto a las donaciones efectuadas, CLARION señala que la finalidad de las donaciones fue (i) otorgar un beneficio en especie a todos los accionistas de la sociedad (en forma de acciones cuya transferencia está parcialmente restringida), como incentivo, y (ii) liberar a SIMSA de la situación de entrapamiento y desgobierno en la que venía sumida como consecuencia del mal uso del derecho de veto estatuario, el cual posibilita que cualquiera de los tres principales accionistas (CLARION, TALINGO y Orange Bay Comercial Inc. – y en su momento WHITE PEAK) pudieran, sin mayor razón, oponerse a cualquier acuerdo y generar una situación de desgobierno.

Al no existir alternativa para suprimir el derecho de veto estatuario, la única vía legal que permitió válidamente recomponer los quórums y mayorías, fue la conversión de la empresa al tipo societario de sociedad anónima abierta. De este modo, CLARION señala que el único derecho que se afecta (de manera absolutamente legítima) es el veto estatutario, el cual ha generado un desgobierno perjudicial para SIMSA y sus accionistas. En tal sentido, con la adaptación de SIMSA a una sociedad anónima abierta, se estaría consiguiendo la debida protección de las minorías.

De este modo, señala que de conformidad con el artículo 249 de la LGS, SIMSA habría quedado convertida en una sociedad anónima abierta desde el momento en que formalmente alcanzó más de setecientos cincuenta (750) accionistas, por lo tanto de acuerdo con el artículo 262 de la LGS, resulta obligatoria su adaptación a una sociedad anónima abierta.

- Asimismo, indica que en el supuesto negado que CONASEV emita un pronunciamiento favorable para TALINGO sobre la actuación concertada, las medidas aplicables a CLARION (de suspensión de derechos políticos de las acciones adquiridas, realización de la OPA correspondiente y las multas aplicables), son totalmente independientes de la modalidad societaria bajo la cuál se organiza SIMSA.

II. ANÁLISIS

1. DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE EFECTUAR UNA OPA

La obligación de efectuar una OPA está contemplada en el artículo 68 de la LMV, en concordancia con el artículo 4 del Reglamento de OPA. Estos artículos establecen la obligación de efectuar una OPA cuando se genere la adquisición o incremento de la tenencia accionaria, a título oneroso, que acarree que el adquirente alcance o supere una participación significativa de 25%, 50% o 60% en el capital social de una sociedad objetivo; o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita (i) remover o designar a la mayoría de directores, o (ii) modificar los estatutos de la sociedad.

En cuanto al alcance del término "Participación Significativa", el artículo 1, numeral 16, del Reglamento de OPA señala que se considera participación significativa toda propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto que presenten un porcentaje igual o superior al 25% del capital social de una empresa inscrita en el RPMV. Adicionalmente, el artículo antes referido señala que también será considerada como Participación Significativa, la facultad que posee una persona o grupo de personas de, sin tener propiedad directa o indirecta, ejercer el derecho a voto de acciones que representen un porcentaje igual o superior a 25% del capital social de una sociedad, o que acarree que el adquirente alcance una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una cantidad tal que en cualquiera de los dos últimos supuestos le permita: (i) remover, o designar a la mayoría de directores, (ii) modificar los estatutos de la sociedad.

2. COMPETENCIA DE CONASEV PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, (en adelante, LPAG) son aplicables de forma supletoria al procedimiento administrativo, las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. En tal sentido, ~~son aplicables supletoriamente al procedimiento administrativo, las disposiciones del Código Procesal Civil (en adelante, CPC).~~

Dicho esto, analizaremos brevemente las disposiciones pertinentes a la MEDIDA CAUTELAR establecidas en el referido cuerpo normativo, de acuerdo a las siguientes materias relevantes:

a. ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER Y EVENTUALMENTE DISPONER LA MEDIDA CAUTELAR:

La medida cautelar es interpuesta y deberá ser conocida por el juez que conoce la causa principal. De este modo, el artículo 609 del CPC dispone que si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro juez, éste conocerá también el proceso cautelar.

En el caso de los procedimientos administrativos, y en particular de los procedimientos sancionadores seguidos ante esta Comisión Nacional, las denuncias formuladas deben ser interpuestas ante órganos instructivos, quienes desarrollan la Etapa Instructiva a efectos de determinar si se cuenta con los elementos necesarios para dar inicio a un procedimiento sancionador (ETAPA INSTRUCTIVA). De este modo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Reglamento de Sanciones, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10, los órganos instructores son la Gerencia de Mercados y Emisores y la Gerencia de Intermediarios y Fondos (hoy, Dirección de Emisores, Dirección de Mercados Secundarios y Dirección de Patrimonios Autónomos).

Asimismo, el artículo 235, ~~el inciso 2,~~ de la LPAG señala que con anterioridad al inicio formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicio, por parte de los órganos instructores.



Una vez concluida la ETAPA INSTRUCTIVA, en caso que el órgano instructor determine, a partir de las investigaciones efectuadas, el inicio de un procedimiento sancionador, comienza la ETAPA SANCIONADORA, cuyo órgano competente es el Tribunal Administrativo de CONASEV, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Reglamento de Sanciones.

Adicionalmente, cabe indicar que el literal g del artículo 10 del Reglamento de Organización y Funciones de CONASEV (ROF) establece como facultad del Tribunal Administrativo disponer medidas cautelares en los casos sujetos a su conocimiento. Asimismo, la facultad antes referida se encuentra contemplada en el artículo 8, inciso l), del Estatuto del Tribunal Administrativo de CONASEV, aprobado por Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10².

De este modo, en el caso materia de análisis la Dirección de Emisores es el órgano instructor, encargado de desarrollar la ETAPA INSTRUCTIVA y en el caso que se considere meritorio iniciar un procedimiento sancionador por infracción a las normas que regulan la OPA, el Tribunal Administrativo de CONASEV es el órgano sancionador encargado de resolver la DENUNCIA y las medidas cautelares que se soliciten respecto a esta.

b. OPORTUNIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 608 del CPC, la medida cautelar puede ser dictada antes del iniciado un proceso o dentro de éste. Por su parte el ROF y el Estatuto del Tribunal Administrativo no limitan a dicho órgano la posibilidad de dictar medidas cautelares en forma previa al inicio del procedimiento sancionador. Ello en el entendido de que la medida cautelar solicitada se encuentra relacionada con el procedimiento sancionador que eventualmente podría ser iniciado. En tal sentido, en el caso de los procedimientos administrativos, es posible que el Tribunal Administrativo dicte medidas cautelares antes de iniciada la ETAPA SANCIONADORA, es decir antes de imputados los cargos. Es en ese sentido, el dictado de una medida cautelar en forma previa al inicio de un procedimiento sancionador no solo resulta lícita, sino que asimismo resulta coherente con la finalidad que éstas buscan cumplir, es decir el mitigar el perjuicio potencial que podría generarse respecto del beneficiado por dicha medida en caso ésta no se dictase en forma oportuna y se tuviese que esperar al inicio del procedimiento sancionador.

CONASEV 000035

3. RESPECTO A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA TOTALIDAD DE ACCIONES EMITIDAS POR SIMSA, DE PROPIEDAD DE CLARION Y EL SEÑOR BEATY.

² Artículo 8.- El Tribunal tiene las siguientes atribuciones:

- f) Disponer de oficio o a solicitud de parte medidas cautelares, correctivas vinculadas en los casos sometidos a su conocimiento.

Las medidas cautelares son aquellas que se dictan con el propósito de asegurar la eficacia de la resolución a emitir, pueden ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte. No podrán dictarse medidas que causen perjuicio de imposible reparación a los administrados.
(...)



a. INDICIOS INVOCADOS POR TALINGO

Respecto a la solicitud de suspensión de los derechos políticos de la totalidad de acciones adquiridas por CLARION y el SEÑOR BEATY, cabe indicar que TALINGO ha señalado que existen diversos elementos que permitirían generar una apariencia de verosimilitud de dicha pretensión, de los cuales algunos fueron expresamente mencionados en el escrito de solicitud de MEDIDA CAUTELAR y otros fueron referidos de la DENUNCIA; siendo los principales elementos los siguientes:

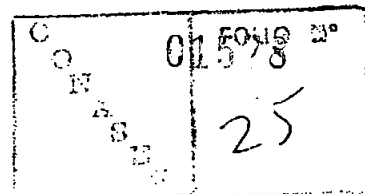
- **INDICIO N° 1:** La relación existente entre las partes que realizan la transacción, la cual, de acuerdo con los fundamentos de la DENUNCIA, consiste en el nexo existente entre el señor Andres Dasso Chopitea, director de SIMSA y gerente general, y director y representante de Pan American Silver Perú S.A. con el SEÑOR BEATY, quien, es fundador y presidente del directorio de la empresa Pan American Silver Corp., matriz de la empresa en la que es funcionario el señor Dasso. Adicionalmente, TALINGO señala en la DENUNCIA que en Junta General de Accionistas de SIMSA de fecha 30 de marzo de 2007, CLARION propuso al señor Dasso como director de dicha empresa, lo cual constituiría una prueba de la relación existente entre ambos.
- **INDICIO N° 2:** Que entre la adquisición efectuada por CLARION y la efectuada por el SEÑOR BEATY respecto a las acciones emitidas por SIMSA, existe un espacio de catorce (14) segundos, lo cual revelaría que ambas transacciones hayan sido previamente coordinadas y concertadas.
- **INDICIO N° 3:** La inusual adquisición por parte del SEÑOR BEATY de aproximadamente 1.22% del capital social de SIMSA, cuando las inversiones efectuadas por éste representan, por lo general, una participación mayoritaria que le permita ejercer control en las empresas en las que tiene calidad de accionista.

En tal sentido, de acuerdo con lo expuesto por TALINGO, existirían indicios suficientes que permitan determinar que CLARION y el SEÑOR BEATY actuaron de forma concertada al adquirir el 50.06% del capital social de SIMSA, por lo cual habrían sobrepasado el segundo umbral establecido en el REGLAMENTO. De este modo, TALINGO señala que los referidos accionistas no han cumplido con pagar a todos sus accionistas el monto que refleje la prima de control de SIMSA, vulnerándose de este modo, el objetivo de las normas de OPA.

b.- EVALUACIÓN DE LOS INDICIOS INVOCADOS POR TALINGO

Corresponde al Tribunal Administrativo evaluar si los indicios referidos a la presunta actuación concertada de CLARION y el SEÑOR BEATY, y el perjuicio alegado para los accionistas minoritarios (de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del acápite I del presente informe), generan una apariencia del derecho, es decir, si a partir de los hechos o acontecimientos sucedidos se puede determinar a priori la posible existencia de una actuación concertada entre CLARION y el SEÑOR BEATY y, en caso se determine la verosimilitud del derecho invocado, evaluar si el supuesto perjuicio que la conducta denunciada es susceptible de generar, amerita el que se dicte una medida cautelar como la solicitada.

En el extremo referente a la verosimilitud del derecho invocado, resulta necesario analizar el contexto en que se presentaron los indicios antes invocados y si estos,



en conjunto, son susceptibles de generar una apariencia de certeza respecto de lo solicitado, o si por el contrario, pueden ser desvirtuados.

Dicho esto, a continuación se procederá a analizar los indicios invocados por TALINGO en la MEDIDA CAUTELAR:

- **Respecto al INDICIO N°1** (Relación existente entre el SEÑOR BEATY y CLARION) debemos indicar lo siguiente:

TALINGO señala como un **primer indicio de concertación**, la **relación existente entre el SEÑOR BEATY y CLARION**. De este modo, de acuerdo con los fundamentos de la DENUNCIA y a lo expresado en la MEDIDA CAUTELAR, existirían dos (2) etapas que deberían analizarse a efectos de probar la vinculación entre el SEÑOR BEATY y CLARION, la primera etapa referida a la supuesta relación existente entre el SEÑOR BEATY y el señor Dasso, (PRIMERA ETAPA), y la segunda etapa referida a la supuesta relación entre el señor Dasso y CLARION (SEGUNDA ETAPA). De este modo, para que exista verosimilitud en el derecho invocado por TALINGO se debería evaluar la existencia de indicios razonables respecto las dos (2) etapas antes referidas. Ello, en tanto que dichas etapas resultan interdependientes.

A efectos de evaluar si existen indicios suficientes que permitan determinar la relación entre el SEÑOR BEATY y CLARION, se ha revisado (i) la información relativa a SIMSA que obra en el portal del Mercado de Valores, (ii) la información relativa al levantamiento de Reserva de Identidad solicitada a CAVALI y a las sociedades agentes de bolsa que participaron en las transacciones de compra y donaciones de acciones emitidas por SIMSA, por el SEÑOR BEATY y por CLARION, (iii) la información contenida en las páginas web de las empresas Pan American Silver Corp. y Pan American Silver Perú S.A.; (iv) los comentarios efectuados por CLARION respecto a la DENUNCIA formulada en su contra así como la documentación sustentatoria que se anexó y (v) el registro de operaciones de ambos accionistas, proporcionada por la Dirección de Mercados de Secundarios.

Sobre el particular, la información publicada en la página web de la empresa Pan American Silver Corp. señala que el SEÑOR BEATY ocupa el cargo de presidente del directorio de la referida empresa, y que el señor Dasso ejerce el cargo de presidente ejecutivo y gerente de la empresa Pan American Perú S.A. (subsidiaria de Pan American Silver Corp.). Asimismo, diversa información pública señala que el SEÑOR BEATY es el principal accionista de Pan American Silver Corp. En tal sentido, existe una presunción de vinculación entre los referidos señores, debido a que ambos ocupan cargos directivos y administrativos en empresas que forman parte de un mismo grupo económico, cuya relación es matriz – subsidiaria y que en este grupo económico el señor SEÑOR BEATY es uno de los principales accionistas³. No obstante, cabe indicar que la posible existencia de una vinculación entre el señor Dasso y el SEÑOR

³ El artículo 5, numeral II, inciso b), del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos establece que, salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación entre personas naturales cuando una de ellas es director o gerente de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio.



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

CONASEV FOLIO N° 26

01579

BEATY no implica por sí misma una actuación concertada en la adquisición de las acciones emitidas por SIMSA.

En forma adicional, se ha revisado la información relativa a SIMSA que obra en el RPMV, habiéndose constatado que el señor Dasso se ha desempeñado en cargos administrativos en la referida empresa desde el año 1995, de conformidad con el siguiente detalle:

CUADRO N° 1

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO
Gerente de Operaciones	14/07/1995	25/03/1997
Director Alterno	06/02/2001	23/03/2004
Director	23/03/2004	29/12/2004
Director Alterno	29/12/2004	11/04/2005
Director	11/04/2005	30/03/2007
Director	30/03/2007	A la fecha

Respecto a la información señalada en el CUADRO N°1 se ha determinado que el señor Dasso ocupó el cargo de Gerente de Operaciones de SIMSA desde el año 1995, desempeñándose en el cargo de director desde el año 2001, hasta la fecha.

De otro lado, cabe indicar que de acuerdo con lo establecido en la información que obra en el RPMV, CLARION obtuvo la calidad de accionista de SIMSA desde el 21 de julio de 2003.

Adicionalmente a ello, de la revisión de las actas de Junta General de Accionistas de SIMSA presentadas por CLARION, se ha podido observar que en sesión del 06 de febrero de 2001, los accionistas de SIMSA aprobaron por unanimidad la designación del señor Dasso como director alterno. Del mismo modo, en sesión del 23 de marzo de 2004, el señor Dasso fue propuesto como director titular de la sociedad por TALINGO, no habiendo sido propuesto en esa oportunidad por CLARION.

Asimismo, según consta en el acta de Junta General de Accionistas de SIMSA del 30 de marzo de 2007, el señor Ricardo Revoredo Luna, representante de TALINGO, propuso al señor Dasso como director alterno de SIMSA, ante dicha propuesta el señor Víctor Ostolaza, representante de CLARION, señaló que pretendía proponer a dicho señor como director titular. Cabe indicar que consta en el acta antes referida que luego de deliberar al respecto, y "dado el mayor aporte que brindaría el señor Dasso como director titular", tal como consta en el acta pertinente, el señor Revoredo accedió a retirar al señor Dasso de su propuesta, quien pasó a ser propuesto para ocupar el cargo de director titular y fue electo como tal en forma unánime.

En tal sentido, de la información revisada no se puede afirmar que existan indicios de vinculación entre CLARION y el señor Dasso, por el contrario, los elementos señalados reflejarían consenso en la aceptación de la gestión del señor Dasso como director, debido a que ha sido nombrado como director y reelecto en dicho cargo hasta en tres (3) ocasiones, e incluso propuesto como

CONASEV 000038



tal por accionista distintos a CLARION, tales como WHITE PEAK e incluso TALINGO. En tal sentido, consideramos que no existirían indicios suficientes que permitan determinar la existencia de vinculación en la SEGUNDA ETAPA.

De este modo, consideramos que no existen indicios suficientes que permitan crear una verosimilitud en la presunta vinculación entre el SEÑOR BEATY y CLARION, invocada por TALINGO. Sobre el particular, cabe indicar que la inexistencia de dicha vinculación afectaría la confluencia razonable de los demás indicios invocados hacia los hechos cuya existencia alega el denunciante, sin perjuicio de ello, continuaremos la evaluación de los mismos.

- Respecto al INDICIO N° 2 (Coincidencia temporal entre las adquisiciones de acciones emitidas por SIMSA por parte del SEÑOR BEATY y CLARION), debemos indicar que de la revisión de la documentación remitida por CREDIBOLSA se ha podido corroborar que la empresa WHITE PEAK actuó como accionista vendedor tanto en la compra efectuadas por CLARION como en la efectuada por el señor BEATY, es decir, existió una única orden de venta por un total de hasta cuatro millones trescientas mil (4 300 000) acciones comunes emitidas por SIMSA. Respecto a ello, cabe indicar que si bien existe un intervalo mínimo entre las dos (2) adquisiciones antes referidas, ello no constituye por sí mismo un indicio suficiente para acreditar la concertación entre CLARION y el SEÑOR BEATY, debido a que es usual en el mercado que se den órdenes de compra incluso de forma simultánea respecto a una misma orden de venta, más aún cuando dicha orden de venta habría sido consecuencia de la decisión de WHITE PEAK de transferir de forma total su tenencia accionaria sobre SIMSA.⁴

De este modo, teniendo en cuenta que las órdenes de compra respondieron a una única orden de venta, consideramos que las adquisiciones simultáneas, paralelas o efectuadas en un breve lapso no constituyen por sí mismas indicios suficientes de vinculación entre los compradores.

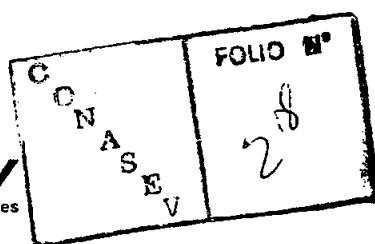
- Respecto al INDICIO N° 3 (Tendencia controladora de las inversiones efectuadas por el SEÑOR BEATY), debemos indicar que de acuerdo con lo señalado en la Ficha de Registro por Comitentes, el SEÑOR BEATY habría adquirido durante el año 2007, además de acciones emitidas por SIMSA, los siguientes valores:

CONASEV 000039

⁴ Al respecto, cabe mencionar que con fecha 8 de junio de 2007, White Peak transfirió a favor de Orange Bay Commercial Inc. un paquete accionario equivalente al 24.51% del capital social de SIMSA, manteniendo un porcentaje remanente del 8.09% del capital social de SIMSA.



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores



01581

CUADRO N° 2

EMISOR/ VALOR	VOLUMEN NEGOCIADO (S/.)	NÚMERO DE ACCIONES ADQUIRIDAS	TENENCIA PORCENTUAL APROXIMADA ⁵	FECHA DE OPERACIONES
Compañía Minera Raura S.A. - RAURAI1 (Acciones de inversión)	S/. 396, 202.90	60,366	0.22%	15/02/2007
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. - CVERDEC1 (Acciones comunes)	S/. 1'608,310.06	29,126	0.01%	21/09/2007
Industria Textil Piura S.A. - PIURAI1 (Acciones de inversión)	S/. 207,900.00	77,000	0.60%	25/09/2007

Fuente: Estados Financieros Intermedios y Anuales presentados por las empresas emisoras publicados en el Portal del Rpmv.

Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado en el Resumen de Tenencia por Titular de Cuentas Matrices proporcionada por CAVALI, el SEÑOR BEATY al 28 de enero de 2008, tenía la calidad de titular de las siguientes acciones:

CUADRO N° 3

EMISOR/ TIPO DE VALOR	NÚMERO DE ACCIONES	TENENCIA PORCENTUAL APROXIMADA ⁶
Cemento Andino S.A. - Acciones comunes	409	0.03%
Industria Textil Piura S.A. - Acciones de inversión	77,000	0.60%
Compañía Universal Textil S.A.- Acciones de inversión	185,000	0.43%

En tal sentido, debemos señalar que durante el año 2007, el SEÑOR BEATY ha adquirido paquetes accionarios de diversas empresas, principalmente correspondientes al rubro industrial. Asimismo, cabe indicar que las adquisiciones efectuadas en el año 2007 y el saldo de tenencia al 28 de enero de 2008 refleja que el SEÑOR BEATY mantiene inversiones diseminadas y diversificadas en varias empresas, en las cuales es titular de paquetes de acciones comunes y de inversión que representan porcentajes mínimos respecto al capital social o a la cuenta acciones de inversión de dichas empresas, respectivamente, tal como lo señala el CUADRO N° 2 y el CUADRO N°3.

⁵ La tenencia porcentual ha sido calculada en base al monto total de acciones representativas de capital social o acciones de inversión, de ser el caso, existente a la fecha de efectuada la operación.

⁶ La tenencia porcentual ha sido calculada en base al monto total de acciones representativas de capital social o acciones de inversión, de ser el caso, existente a 28 de enero de 2008.



De este modo, de acuerdo con lo señalado anteriormente, podríamos concluir que el SEÑOR BEATY, acostumbraría actuar como un mero accionista inversor y especulador en el Mercado de Valores peruano y no necesariamente como un accionista controlador, por lo cual quedaría desvirtuado el INDICIO N° 3, en virtud del cual se señalaba que las inversiones de señor BEATY representan una participación mayoritaria en las empresas, teniendo la calidad, por lo general, de accionista controlador.

De este modo, una vez efectuado el análisis de los argumentos invocados por TALINGO así como de la información a la que ha accedido la Dirección de Emisores hasta el momento, podemos concluir que no existen indicios suficientes para determinar, por lo menos en apariencia, la existencia de una vinculación y actuación concertada entre el SEÑOR BEATY y CLARION,

En efecto, del análisis de lo señalado anteriormente se puede determinar lo siguiente:

- i) De la revisión de los hechos invocados dentro del contexto en el que se desarrollaron, se puede afirmar que existen explicaciones alternativas, lógicas y razonables, para los indicios relacionados con la vinculación del señor Beaty con Clarion a través del señor Dasso y el referido a la modalidad de inversión de índole controlador que usualmente realizaría el señor Beaty.
- ii) Existen explicaciones alternativas a las sostenidas por el denunciante con relación al indicio referido a la diferencia temporal entre cada una de las operaciones de compra de las acciones. De este modo, el pretendido hecho invocado (la existencia de concertación), aún cuando podría derivarse como una de las posibles conclusiones del presente indicio, requiere elementos adicionales y razonablemente confluente para alcanzar un grado suficiente de verosimilitud.
- iii) La evaluación conjunta de los hechos invocados como indicios permite confluir hacia una explicación natural y razonable distinta a los hechos cuya existencia alega el denunciante. Las características de estas explicaciones alternativas no permiten concluir con un grado suficiente de verosimilitud la existencia de la concertación entre CLARION y el SEÑOR BEATY. Por el contrario, los hechos analizados permiten llegar a conclusiones compatibles con hechos que se encuentran dentro del regular devenir de las inversiones en el mercado de valores.

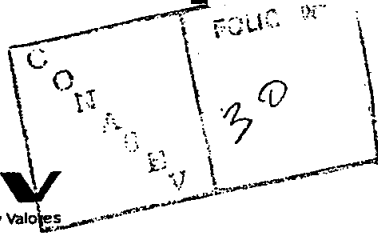
En consecuencia, la evaluación conjunta de los indicios mencionados, no conduce razonablemente a la conclusión de que existiría una concertación entre CLARION y el SEÑOR BEATY. Por tanto, por las razones expuestas en el presente informe consideramos que no existe verosimilitud en los hechos invocados por lo que corresponde declarar infundada la solicitud de medida cautelar interpuesta por el RECURRENTE.

De esta manera, al no haberse acreditado la verosimilitud del derecho invocado, no resulta pertinente analizar el potencial perjuicio que la conducta denunciada sería susceptible de generar.

CONASEV 000041



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores



01583

III. RESPECTO A LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA CONVERSIÓN DE SIMSA EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

1. ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE CONASEV

Respecto a la segunda pretensión principal solicitada por TALINGO en la MEDIDA CAUTELAR, corresponde determinar, en primer lugar si los supuestos previstos en la norma en los que una sociedad debe adecuarse a la forma societaria de sociedad anónima abierta suponen que la sociedad ya es una sociedad anónima abierta o por el contrario, requiere previamente que se adecue a esta forma societaria para ser considerada como tal. Con relación a este aspecto a continuación se analizan los alcances de las facultades que tiene CONASEV respecto a la conversión o adaptación de las empresas al referido tipo societario.

El artículo 249 de la LGS señala lo siguiente (subrayado agregado):

"Artículo 249°.-

La sociedad anónima es abierta cuando cumple uno o más de las siguientes condiciones:

- 1.- Ha hecho una oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;*
- 2.- Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;*
- 3.- Más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;*
- 4.- Se constituya como tal; o*
- 5.- Todos los accionistas con derecho a voto aprueben por unanimidad la adaptación a dicho régimen."*

CONASEV 000042

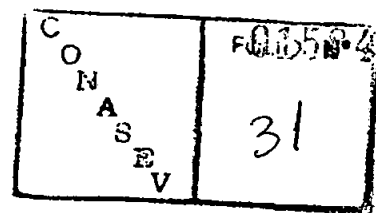
Respecto al texto de la norma antes citada, cabe indicar que ésta señala de forma expresa que la sociedad anónima será abierta en caso que cuente con más de setecientos cincuenta (750) accionistas. En tal sentido, de la lectura de la norma se desprende que basta la configuración fáctica de alguno de los supuestos señalados en el artículo 249 de la LGS para que la conversión de la sociedad a sociedad anónima abierta opere. De este modo, cuando la LGS establece que una sociedad anónima es abierta cuando tiene más de setecientos cincuenta (750) accionistas, estaría haciendo referencia a una conversión que opera del pleno derecho cuando la situación o estructura de la sociedad calza en algunos de los supuestos contenidos en el artículo 249 de la LGS.

b FACULTADES DE CONASEV RESPECTO A LA ADECUACIÓN DE UNA SOCIEDAD COMO SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

De conformidad con lo establecido en el Título Preliminar de la LPAG, la actuación de la administración pública está regida por el principio de legalidad, según el cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores



Una de las facultades que han sido asignadas a CONASEV respecto a las sociedades anónimas consiste en la competencia de esta institución para exigir la adaptación de las empresas a la referida forma societaria.

De este modo, el artículo 253 de la LGS dispone que es facultad de CONASEV exigir la adaptación de una sociedad a sociedad anónima abierta una vez que se hayan presentado alguno de los supuestos señalados en el artículo 249 de la LGS antes citado.

Por su parte, el artículo 255 de la LGS señala que los accionistas que representen el 5% del capital social están facultados para solicitar a CONASEV la convocatoria a Junta General de Accionistas. Adicionalmente, la misma norma así como el Reglamento de Acceso a Información Vinculada a la Marcha Societaria y Convocatorias a Junta General de Accionistas⁷, regula una serie de requisitos previos y un procedimiento específico en virtud del cual CONASEV queda facultado a efectuar la convocatoria.

De este modo, las facultades de CONASEV se restringen a exigir la adaptación de la sociedad a sociedad anónima abierta. De esta manera, una vez que se cumpla con alguno de los supuestos previstos en el artículo 249 de la LGS, la configuración de una sociedad en sociedad anónima abierta surte efectos de pleno derecho. En este supuesto, CONASEV se limita a requerir la adecuación y no la conversión o transformación a sociedad anónima abierta.

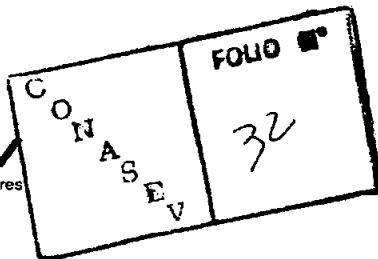
Adicionalmente, en virtud del principio de legalidad es importante resaltar que no existe ninguna disposición legal que otorgue a CONASEV la facultad de suspender mediante un acto administrativo la adecuación de una empresa a la forma societaria antes referida, es decir, al haber operado de pleno derecho el supuesto previsto por la ley (la existencia de mas de 750 accionistas en una sociedad al cierre del ejercicio anual) CONASEV no se encuentra facultada para suspender los efectos de la consecuencia expresamente establecida por la ley (el ser una sociedad anónima abierta). De esta manera, dado que no existe norma alguna que faculte a CONASEV a inaplicar un mandato de carácter imperativo y, por el contrario, tiene la obligación de exigir la adecuación correspondiente a la forma expresamente establecida por la ley, esta institución no resulta competente para dictar en vía administrativa una medida cautelar disponiendo la suspensión de la obligación de SIMSA de convertirse en una sociedad anónima abierta.

En tal sentido, y de conformidad con el principio de legalidad mencionado, la segunda pretensión de la MEDIDA CAUTELAR solicitada por TALINGO no se encuentra dentro de los alcances de la competencia de esta Comisión Nacional al no existir un mandato legal expreso que permita la inaplicación por vía administrativa de consecuencias legales que operan de pleno derecho y donde el cumplimiento de la obligación de adecuación a sociedad anónima abierta no tiene carácter discrecional por parte de CONASEV.

⁷ Aprobado mediante Resolución N° 111-2003-EF/94.10



CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores



01585

IV. CONCLUSIONES

1. La evaluación conjunta de los indicios presentados por TALINGO, no permite razonablemente determinar un grado de verosimilitud respecto de la existencia de una supuesta actuación concertada entre CLARION y el señor BEATY con la intención de adquirir el control absoluto sobre SIMSA. Por tanto, corresponde declarar infundada la primera pretensión de la solicitud de MEDIDA CAUTELAR interpuesta por el RECURRENTE.
2. La segunda pretensión de la MEDIDA CAUTELAR solicitada por TALINGO no se encuentra dentro de los alcances de la competencia de CONASEV al no existir un mandato legal expreso que permita la inaplicación por vía administrativa de la obligación de adecuación de SIMSA a sociedad anónima abierta dado que tal situación se ha configurado de pleno derecho al verificarse uno de los supuestos previstos en el artículo 249 de la LGS, y donde el cumplimiento de la obligación de adecuación a sociedad anónima abierta no tiene carácter discrecional por parte de CONASEV.

V. RECOMENDACIÓN

Declarar **INFUNDADA** la MEDIDA CAUTELAR respecto a la primera pretensión principal, referida a la suspensión de los derechos políticos de la totalidad de acciones de titularidad de CLARION y el SEÑOR BEATY; e **IMPROCEDENTE** respecto a la segunda pretensión principal, referida a la suspensión de la conversión de SIMSA al tipo societario de una sociedad anónima abierta.

Atentamente,

Signed by: YVONKA ANGELA HURTADO CRUZ
Signing time: Tuesday, February 26 2008, 23:34:51 GMT

Yvonka Hurtado Cruz
Directora de Emisores

CONASEV 000044

PROVEÍDO

Con el Vº Bº de esta Gerencia General pase al tribunal Administrativo para los fines correspondientes.

Signed by: CARLOS FABIAN RIVERO ZEVALLOS
Signing time: Thursday, February 28 2008, 16:18:36 GMT
Location: GG
Reason to sign: INFORME

Carlos Rivero Zevallos
Gerente General (e)



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

01610


DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

RESOLUCIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV N° 174 -2010-EF/94.01.3

Sumilla: *Se declara la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares dictadas mediante la Resolución Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3.*

Asunto : Caducidad de la medida cautelar dispuesta por Resolución Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3
Expediente N° : 2008/001327
Fecha : Miraflores, julio 14 de 2010


Vistos:




El expediente administrativo N° 2008/001327, el Memorándum N° 975-2010-EF/94.06.3 de fecha 23 de abril de 2010, emitido por la Dirección de Emisores, y los escritos de alegatos presentados por Talingo Corporation, Clarion Holding Ltd. y Ross J. Beaty y oídos los informes orales de sus respectivos asesores legales.

Considerando:

Hechos



1. El 28 de diciembre de 2007, Talingo Corporation (en adelante, TALINGO), titular del 22.36% del capital social de Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, SIMSA) interpuso una denuncia contra Clarion Holding Ltd. (en adelante, CLARION) y el señor Ross J. Beaty (en adelante, SEÑOR BEATY) por presunta infracción a los artículos 68° del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF (en adelante, LMV) y los artículos 4° y 6° del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV N° 09-2006-EF/94.10 y sus normas modificatorias (en adelante, REGLAMENTO DE OPA);



2. En la denuncia, TALINGO solicitó, fundamentalmente, lo siguiente: (a) Que se investigue la presunta actuación concertada entre CLARION y el señor BEATY para la adquisición de participación significativa en SIMSA, incumpliendo con la obligación de realizar una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, OPA); (b) Que se investigue respecto de la celebración de los contratos de donación, por parte de CLARION, a favor de los trabajadores de SIMSA, con el objeto de convertirla en una sociedad anónima abierta; y de ser el caso,

se ordene la realización de una OPA por el 24.999951% de las acciones con derecho a voto de SIMSA, por un precio no menor de S/. 8.20 (Ocho y 20/100 Nuevos Soles) por acción; (c) Que se suspenda el ejercicio de los derechos políticos de la totalidad de acciones emitidas por SIMSA de titularidad de CLARION y el señor BEATY; (d) Que se suspenda indefinidamente la negociación bursátil y extrabursátil de las acciones con derecho a voto emitidas por SIMSA mientras dure la investigación; (e) Que se realice una inspección de los registros principales de SIMSA, tales como libro de actas de junta de accionistas, libro de actas de directorio y libro de matrícula de acciones como parte de la investigación; (f) Que se divulgue al mercado los hechos descritos en la DENUNCIA, así como su notificación al Área de Emisores de la Bolsa de Valores de Lima S.A., SIMSA, CAVALI S.A. ICLV (en adelante, CAVALI) y a las personas y/o entidades que se consideren pertinentes, y; (g) Que se suspenda la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta;

3. En ese marco, con fecha 16 de enero de 2008, TALINGO solicitó una medida cautelar para que se disponga:

- a) Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 72º de la LMV, concordado con el artículo 54º del REGLAMENTO DE OPA, se ordene la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION y al señor BEATY, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar.
- b) Que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de convertirse a una sociedad anónima abierta, hasta que CONASEV resuelva de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar;

4. En el marco de la evaluación de dicha medida cautelar, CLARION cursó escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio de 2008, aspecto sobre el cual se aplicó lo dispuesto por el artículo 637º del Código Procesal Civil (norma supletoria aplicable al presente caso), en el sentido que las solicitudes de medida cautelar operan *inaudita pars*, es decir, sin conocimiento de la otra parte;

5. Que, mediante Resolución N° 206-2008-EF/94.01.3 (en adelante, RESOLUCIÓN) el Tribunal Administrativo de la CONASEV resolvió lo siguiente: (i) Se declaró fundada en parte la solicitud cautelar de TALINGO y se dispuso la suspensión provisional del ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones en SIMSA, pertenecientes a CLARION en número de 3'300,000 y al SEÑOR BEATY, en número de 1'000,000 que fueran adquiridas por dichas personas el 11 de julio de 2007 hasta que CONASEV resolviera de manera definitiva la denuncia que originó la interposición de la medida cautelar; (ii) Se declaró infundada la solicitud de medida cautelar de TALINGO en el extremo referido a que se ordene la suspensión provisional de la obligación de SIMSA de adaptarse a una sociedad anónima abierta; (iii) Se dispone de oficio la suspensión de los derechos de disposición inherentes a las acciones emitidas por SIMSA y adquiridas por CLARION en número 3'300,000 y por el SEÑOR BEATY, en número de 1'000,000 el 11 de julio de 2007, hasta que no haya un pronunciamiento sobre la indicada denuncia; (iv) Se dispuso que CONASEV supervisara la eficacia de la medida cautelar, a efectos de que si fuera necesario poder variarla para que no pierda eficacia, sin perjuicio de mantenerse atenta ante la evolución del control de SIMSA que infrinja las normas de oferta pública de adquisición; (v) Se dispuso que la Dirección de Emisores de la CONASEV inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra CLARION y el SEÑOR



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

01612

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

RESOLUCIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV N° 174 -2010-EF/94.01.3

BEATY, y; (vi) Se declararon inadmisibles los escritos de fechas 07 de mayo y 23 de junio de 2008 cursados por CLARION;

6. Con fecha 20 de agosto de 2008, CLARION interpuso recurso de apelación contra la RESOLUCIÓN y con fecha 03 de octubre de 2008 hizo lo propio el SEÑOR BEATY;

7. Mediante Resolución CONASEV N° 047-2009-EF/94.01.1 se resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el SEÑOR BEATY contra la RESOLUCIÓN y, asimismo, declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por CLARION en el extremo de declarar la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN en lo estipulado en su artículo 5° que ordenaba a la Dirección de Emisores iniciar un procedimiento sancionador contra CLARION y el SEÑOR BEATY;

8. Por Memorándum N° 975-2010-EF/94.06.3 de fecha 23 de abril de 2010, la Dirección de Emisores de la CONASEV comunicó a este Tribunal que, de conformidad con las indagatorias realizadas y cuyos resultados se encuentran en el Informe Interno N° 253-2010-EF/94.064.3, no se han encontrado indicios que generen convicción en la supuesta existencia de la infracción que indica el denunciante, por lo que no encuentra sustento de la existencia de una concertación entre los denunciados con el propósito de evadir la obligación de realización de una oferta pública de adquisición de acciones de SIMSA y que, por tanto, no concurren los elementos que justifiquen el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra los denunciados y ha procedido al archivamiento de la denuncia presentada por TALINGO contra CLARION y el SEÑOR BEATY. Asimismo, habida cuenta de la ausencia de verosimilitud en el derecho (*fumus boni iuris*) y peligro en la demora (*periculum in mora*), requisitos necesarios para el mantenimiento de una medida cautelar, dicha Dirección recomienda a este Tribunal Administrativo levantar los efectos de la RESOLUCIÓN confirmada en parte por la Resolución CONASEV N° 47-2009-EF/94.01.1;

9. Es necesario señalar que mediante Oficios N°s 1723, 1724 y 1725-2010-EF/94.06.3, todos de fecha 23 de abril de 2010, la Dirección de Emisores comunicó a TALINGO, CLARION y al SEÑOR BEATY, respectivamente, que sobre la base del análisis contenido en el Informe Interno N° 253-2010-EF/94.064.3 se había dispuesto el archivamiento de la referida denuncia por no existir verosimilitud de la comisión de una infracción que justifique el inicio de un procedimiento sancionador por los hechos materia de la denuncia;

10. Con fecha 30 de abril de 2010, CLARION solicitó a este Tribunal Administrativo declarar la caducidad de las medidas cautelares dictadas por la RESOLUCIÓN;

11. Corresponde indicar que, mediante escritos de fechas 03 y 07 de mayo de 2010, TALINGO interpuso recurso de apelación contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 emitido por la Dirección de Emisores por el que alega vulneración al derecho al debido procedimiento. Asimismo, el 07 de mayo de 2010, puso en conocimiento del Tribunal Administrativo la presentación de dicho recurso;

12. Con respecto al recurso de apelación interpuesto por TALINGO, por escrito de fecha 10 de mayo de 2010, CLARIÓN manifiesta que el archivamiento de la denuncia es un acto inimpugnable;

13. Mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2010, TALINGO solicitó hacer uso de la palabra ante el Tribunal Administrativo de CONASEV;

14. En atención al pedido formulado por TALINGO, mediante Oficio N° 2159-2010-EF/94.01.3 de fecha 18 de mayo de 2010 se le concedió el uso de la palabra para la sesión del Tribunal de fecha 26 de mayo de 2010 y, en estricta observancia de los principios del debido procedimiento e imparcialidad y por una cuestión de equidad, mediante Oficios N°s 2161 y 2160-EF/94.01.3 también se les concedió el uso de la palabra ante este Tribunal Administrativo a CLARION y al SEÑOR BEATY, respectivamente;

15. Con fecha 19 de mayo de 2010, CLARION precisó la petición formulada en su escrito anterior de fecha 30 de abril de 2010, referente a su solicitud para que se declare la caducidad de la medida cautelar;

16. Con fecha 25 de mayo de 2010, CLARION reiteró el pedido de declaración de improcedencia del recurso de apelación formulado por TALINGO;

17. Con fecha 10 de junio de, mediante Oficio xxxx, la Gerencia General de la CONASEV declaró improcedente el recurso de apelación presentado por TALINGO contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3;

18. Ante la decisión de la Dirección de Emisores de archivar el procedimiento contenida en el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3 y frente a la recomendación formulada a este Tribunal Administrativo por dicha Dirección mediante Memorándum N° 975-2010-EF/94.06.3, lo manifestado por CLARION, el señor BEATY y TALINGO, tanto en sus correspondientes escritos como en los respectivos informes orales rendidos por sus representantes y asesores legales y lo señalado por la Gerencia General de la CONASEV en el Oficio N° 2650-2010-EF/94.06.3 de fecha 30 de junio de 2010 mediante el cual se declara improcedente el recurso de apelación presentado por TALINGO contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, corresponde a este órgano colegiado adoptar una decisión y emitir un pronunciamiento sobre las medidas cautelares dictadas mediante la RESOLUCIÓN;

19. Al respecto, este Tribunal Administrativo es del criterio que la Gerencia General, con la emisión del Oficio N° 2650-2010-EF/94.06.3, mediante el cual declara improcedente el recurso de apelación presentado contra el Oficio N° 1723-2010-EF/94.06.3, le ha puesto fin al procedimiento administrativo, el cual, como queda ya indicado, fue archivado habida cuenta que en las indagaciones preliminares no se encontraron indicios que hubieran generado convicción a la Dirección de Emisores sobre la supuesta existencia de la infracción denunciada por TALINGO;

20. Habiéndose determinado el estado del procedimiento administrativo —es decir, que éste ha finalizado—, resulta necesario remitirse a las normas que rigen las medidas cautelares en los procedimientos administrativos, siendo necesario indicar que éstas están contenidas en el artículo



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

CONASEV
Comisión Nacional Supervisora de
Empresas y Valores

01614

DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ - AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ

RESOLUCIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONASEV N° 174 -2010-EF/94.01.3

146^{o1} de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y normas modificatorias (en adelante, LPAG);

21. Precisamente, el numeral 146.3 del referido artículo establece de manera expresa que las medidas cautelares caducan de pleno derecho cuando, entre otros, se emite la resolución que pone fin al procedimiento;

22. En consecuencia, habiendo finalizado el procedimiento administrativo y en observancia de lo dispuesto por el artículo 146^o, numeral 146.3, de la LPAG lo que corresponde es declarar la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares dictadas mediante la Resolución;

Estando a lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal Administrativo, aprobado por Resolución CONASEV N° 030-2007-EF/94.10, así como con el voto unánime de los señores vocales del Tribunal Administrativo de CONASEV reunidos en sesión de fecha 14 de julio de 2010.

Se Resuelve:

Artículo 1°.- Al amparo de lo dispuesto por el artículo 146^o, numeral 146.3, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y normas modificatorias, se declara la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares dictadas mediante la Resolución Tribunal Administrativo N° 206-2008-EF/94.01.3.

Artículo 2°.- Transcribir la presente Resolución a Clarion Holding Ltd., al señor Ross J. Beaty, a Talingo Corporation, a Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. y a CAVALI S.A. ICLV.

Regístrese y comuníquese



Edward Tovar Mendoza
Presidente

¹ **Artículo 146.- Medidas cautelares**

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

146.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados".