



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1105-2002-AA/TC
LIMA
ARGENTA SOCIEDAD AGENTE DE
BOLSA S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los siete días del mes de junio de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores Magistrados Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, Delia Revoredo Marsano y Víctor García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos en discordia de los señores magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Argenta Sociedad Agente de Bolsa S.A. contra la sentencia de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 277, su fecha 7 de noviembre de 2001, que declaró fundada, en parte, la acción de amparo de autos e infundada respecto de los demás extremos de la demanda.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 2 de febrero de 2001, interpone acción de amparo contra la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores –en adelante CONASEV– a fin de que se declare inaplicable la Resolución N.º 028-2000-EF/94.12, del 21 de diciembre de 2000, que le impuso una multa equivalente a 70 UIT y dispuso la suspensión de su autorización de funcionamiento en tanto no acredite que cuenta con los requisitos patrimoniales necesarios para su funcionamiento. Manifiesta que la referida resolución le causa agravio por cuanto se le está aplicando y ejecutando una sanción por hechos no tipificados como punibles y que fueron calificados como muy graves; que la sanción no está legalmente prevista; se le impone una doble sanción dentro de un mismo proceso; se le deniega la retroactividad benigna a que tiene derecho; y, se le aplica ultractivamente disposiciones del mercado de valores sobre textos derogados. Asimismo, expresa que la cuestionada resolución conlleva una amenaza de posible revocación de su autorización de funcionamiento, razón por la que, en acumulación objetiva originaria y accesorio, solicita



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que, de materializarse tal medida, se ordene la reposición de la misma. Alega, que se ha vulnerado el principio de legalidad porque la legislación no tiene prevista una sanción de suspensión condicionada, así como tampoco permite la imposición de doble sanción, como sucede en su caso, de modo que se ha transgredido el debido proceso.

La emplazada alega que lo que la demandante pretende es sustraerse del cumplimiento de los requisitos que la ley le impone para poder operar en el mercado en una materia tan delicada como es la negociación de valores, lo que indiscutiblemente conlleva la necesidad de respetar los principios de la buena fe y de la veracidad y, por tanto, de la transparencia, pues constituye un principio básico que rige toda la actividad y la conducta de los intervinientes en el mercado de valores. Manifiesta que la recurrente pretende atribuir a la cuestionada resolución una aplicación e interpretación distinta de su propio texto literal, pretendiendo que se la declare como sujeto de una sanción que no se le ha impuesto, toda vez que la medida de suspensión de su autorización de funcionamiento no constituye una sanción y, se mantendrá en vigor hasta que la demandante acredite que satisface los requisitos patrimoniales necesarios para su funcionamiento.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha 29 de mayo de 2001, declaró improcedente la demanda, por estimar que de la resolución impugnada no se advierte un acto concreto de afectación de los derechos constitucionales invocados que posibilite el otorgamiento de la tutela jurisdiccional, tanto más, si se tiene en cuenta que la acción planteada es de carácter residual, cuya materia está supeditada a la restitución de derechos de índole constitucional, urgentes e indiscutibles, supuestos que no concurren en la controversia suscitada.

La recurrida revocó la apelada y declaró fundada, en parte, la demanda, por estimar que del tenor de la resolución cuestionada consta que se impuso una multa equivalente a 70 UIT porque la actora infringió lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Mercado de Valores, razón por la que incurrió en infracción sancionable de acuerdo con la Segunda Disposición Final del Reglamento de Sanciones del Mercado de Valores. Agrega que esta última disposición prescribe que las infracciones que no estén expresamente previstas en el referido reglamento, serán calificadas a criterio de CONASEV como muy graves, graves o leves, teniendo en cuenta que la naturaleza de la infracción y su repercusión en el mercado en general. Concluye que esta norma transgrede el principio de legalidad previsto en el inciso d), numeral 24 del artículo 2° de la Constitución, por cuanto no se puede dejar al libre arbitrio de la CONASEV la tipificación y sanción de infracciones no previstas en el precitado reglamento o en norma similar, de tal manera que declara inaplicable la Segunda Disposición Final, conforme al artículo 138° de la Carta Magna. Y añade que, siendo así, corresponde declarar inaplicable la cuestionada resolución en la parte que impone a la actora la multa de 70 UIT por la comisión de una infracción muy grave, pues esa infracción fue tipificada tomando como base legal la multicitada Segunda Disposición Final.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTOS

1. Según lo establecido por este Tribunal Constitucional, cuando un órgano administrativo se encuentra autorizado por la Ley para ejercer potestades sancionatorias, es absolutamente imprescindible que en tal ejercicio de la atribución conferida se tengan que respetar necesariamente los derechos fundamentales de la persona, de tal modo que, en caso de que no se garantice su pleno ejercicio o simplemente se opte por desconocerlos, ello en sí mismo supone que las atribuciones ejercidas tengan que entenderse como viciadas de arbitrariedad y, por tanto, susceptibles de ser reparadas a través del proceso constitucional del amparo.
2. La cuestionada Resolución N.º 028-2000-EF/94.12 de fojas 33, en el artículo 1º de su parte resolutive impuso a la demandante una multa de 70 UIT por haber incurrido en infracción sancionable de acuerdo con la Segunda Disposición Final del Reglamento de Sanciones del Mercado de Valores; y, el artículo 6º, dispuso la suspensión de su autorización de funcionamiento en tanto no acredite el cumplimiento de determinados requisitos patrimoniales, conforme al artículo 170º de la Ley del Mercado de Valores – Decreto Legislativo N.º 861–.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) El artículo 170º de la Ley del Mercado de Valores invocado por la emplazada para imponer la medida de suspensión, dispone que “La autorización de funcionamiento (...) sólo puede ser suspendida o revocada por CONASEV como sanción por falta grave o muy grave...”.
- b) De otro lado, el inciso c) del artículo 343º de la precitada ley establece que una de las sanciones que CONASEV está facultada a imponer es la suspensión de la autorización de funcionamiento (sic).

Conforme al inciso c) del propio artículo 343º de la Ley del Mercado de Valores, el plazo máximo de duración de la suspensión de la autorización de funcionamiento es de 45 días. Al respecto debe tenerse presente, de un lado, que la resolución materia de éste fundamento y que dispuso la suspensión, fue emitida el 21 de diciembre de 2000; y, del otro, que ésta se mantuvo por un plazo que superó largamente los 45 días establecidos por ley, conforme consta de la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10 –que, como se verá más adelante, terminó por revocar la autorización de funcionamiento–, del 8 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

noviembre de 2001, e identificada como Anexo "A" del escrito presentado a éste Colegiado el 29 de enero del año en curso.

En consecuencia, al mantenerse la medida de suspensión por un plazo excesivamente mayor al establecido por el precitado artículo 343°, la emplazada ha vulnerado el derecho al debido proceso previsto por el inciso 3) del artículo 139° de la Carta Magna.

3. De otro lado, el Considerando N.º 39 de la cuestionada resolución obrante a fojas 41, establece literalmente "Que en el caso de Argenta Sociedad Agente de Bolsa S.A., las deficiencias de su información financiera no permiten establecer el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos patrimoniales establecidos...". Como es de verse, ante un supuesto de incertidumbre como el que se desprende del referido considerando, donde no existían suficientes elementos de juicio que permitieran determinar fehacientemente el incumplimiento de una norma material o sustantiva, el ejercicio de la potestad sancionadora debió ajustarse a aquellas reglas que regulan el debido proceso administrativo, a fin de no lesionar los derechos de la demandante y de no vulnerar lo dispuesto por el artículo 66° del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, vigente al momento en que ocurrieron los hechos.
4. Al respecto, de la resolución emitida por la propia emplazada fluye que ésta no observó lo establecido por la precitada disposición, pues al suspender la autorización de funcionamiento y, como ella misma lo expresa, no sólo no contaba con la certeza o convicción de que la demandante haya incumplido determinados requisitos, sino que además le causó un perjuicio con tal medida, lesionando el debido proceso.
5. En todo caso y, aún si se acepta que la suspensión de la autorización constituye una medida provisional –que no lo fue– tampoco podría haber sido impuesta por la emplazada, por cuanto no tenía certeza acerca del cumplimiento o incumplimiento de la demandante, y porque además, le causaba un perjuicio, toda vez que al no poder desarrollar sus actividades, habría vulnerado, además, su derecho a trabajar libremente.
6. Conforme se desprende del Oficio N.º 0548-2001-EF/94.55, del 6 de febrero de 2001, adjuntado por la actora como Anexo "H" al escrito presentado a este Colegiado, se advierte que la emplazada abrió el período de prueba y determinó que se practique una visita a las oficinas de la recurrente con el objeto de verificar la sustentación de sus estados financieros, lo cual no sólo contraviene el artículo 76° del antes citado Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, sino que es contradictorio, pues la emplazada primero sancionó con la suspensión –en diciembre de 2000– y luego abrió el período de prueba –en febrero de 2001–, de tal manera que nuevamente transgredió el debido proceso, tanto más si, como se ha expuesto, no tenía convicción acerca del cumplimiento o incumplimiento de la demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. Conforme consta de la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10, confirmada por la Resolución N.º 073-2001-EF/94.10, la emplazada impuso a la demandante la sanción prevista en el inciso h) del artículo 343º de la Ley del Mercado de Valores, esto es, revocó su autorización de funcionamiento –entre otras consideraciones– en aplicación del artículo 170º de la Ley del Mercado de Valores, tras estimar que la recurrente se había mantenido en inactividad por más de seis meses contados desde la entrada en vigencia de la Resolución N.º 028-2000-EF/94.12 que suspendió la referida autorización. Respecto a tal argumento, cabe precisar lo siguiente:

El precitado artículo 170º dispone que la autorización de funcionamiento es indefinida y sólo puede ser suspendida o revocada por CONASEV como sanción por falta grave o muy grave en que incurra el agente de intermediación, o por inactividad continuada a lo largo de más de seis meses, o por dejar de observar algunos de los requisitos necesarios para su funcionamiento (sic).

Pero ocurre que la inactividad de la demandante no tuvo por causa un hecho u omisión propio, por lo que no puede ser atribuida a la recurrente pues no constituyó una decisión adoptada voluntariamente por ella, sino que, más bien, se deriva directamente de la sanción de suspensión que inicialmente le impuso la emplazada y que ésta mantuvo. No cabía, pues, aplicar como sanción –ni de ninguna otra forma– la revocación de la autorización de funcionamiento.

8. Consecuentemente, la medida de revocación resulta irrazonable y, viola el derecho constitucional al trabajo, toda vez que a la actora se le impuso –por una circunstancia ajena a su voluntad– la sanción de revocación de su autorización de funcionamiento, que le impidió operar y desarrollar libremente sus actividades.
9. Asimismo, mediante Resolución N.º 020-2001-EF/94.12 se ordenó a la actora, en última instancia administrativa, que pague una suma de dinero a favor de un comitente cuyo reclamo había sido declarado fundado. Al no hacerlo así, la emplazada ejecutó la garantía –Carta Fianza– constituida por la recurrente a su favor. Sin embargo, como tal ejecución resultó insuficiente para cubrir el monto que se ordenó pagar, la demandada dispuso la Subasta del Certificado de Participación de propiedad de la recurrente.
10. El accionar de la emplazada también resulta arbitrario en este extremo, no sólo porque ejecutó la garantía –el 13 de setiembre de 2001– cuando la Resolución N.º 020-2001 a que se refiere el acápite precedente había sido impugnada en la vía judicial y, por tanto, aún no había adquirido la calidad de firme –conforme consta del auto admisorio del 27 de setiembre de 2001 correspondiente al Expediente N.º 1605-01 tramitado ante la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, e identificado como Anexo “Z” del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

escrito presentado a éste Colegiado el 29 de enero del año en curso – sino porque a la fecha de emisión de la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10 –el 8 de noviembre de 2001– que ordenó la subasta, ésta era un hecho futuro que aún no se había concretado, de modo que, en tal momento, la recurrente sí contaba con el Certificado de Participación y, por lo mismo, cumplía con el requisito necesario para operar.

11. Por último, la inaplicación de las resoluciones cuestionadas debe supeditarse a que la accionante garantice plenamente que es una empresa que cumple con los requisitos patrimoniales exigidos por la ley de la materia y tiene, en consecuencia la solvencia económica suficiente con qué responder frente a sus clientes, toda vez que recibe dinero o valores de terceros.
12. Asimismo, resulta conveniente precisar que la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10, también dispuso la Subasta del Certificado de Participación de propiedad de la recurrente. Por ello y, al no contar con el referido certificado, que constituye un requisito necesario para operar –conforme al ya mencionado artículo 170º–, resolvió revocar su autorización de funcionamiento.
 - a. En efecto, de la resolución materia del presente apartado, consta que mediante Resolución N.º 020-2001-EF/94.12 se ordenó a la actora, en última instancia administrativa, que pague una suma de dinero a favor de un comitente cuyo reclamo había sido declarado fundado. Al no hacerlo así, la emplazada ejecutó la garantía –Carta Fianza– constituida por la recurrente a su favor. Sin embargo, como tal ejecución resultó insuficiente para cubrir el monto que se ordenó pagar, la demandada dispuso la Subasta del Certificado de Participación de propiedad de la recurrente.
 - b. Sin embargo, importa precisar que contra la resolución precitada en el acápite a) precedente, y conforme lo expresa la propia recurrente (anexo Z de su escrito presentado con fecha 29 de enero de 2003), se ha interpuesto una acción contencioso-administrativa, en la que no sólo deberá determinarse su legitimidad o ilegitimidad, sino también la de los actos que hayan sido llevados a cabo para ejecutarla. Consecuentemente, este extremo de la demanda resulta improcedente, en aplicación del inciso 3) del artículo 6º de la Ley N.º 23506.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1105-2002-AA/TC
LIMA
ARGENTA SOCIEDAD AGENTE DE
BOLSA S.A.

FALLA

REVOCANDO la recurrida, en el extremo que es materia del recurso extraordinario, que, revocando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA, en parte**; en consecuencia, inaplicable a la demandante la Resolución N.º 028-2000-EF/94.12, en el extremo que le impone la suspensión de su autorización de funcionamiento; la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10 en el extremo que revoca su autorización de funcionamiento; y, la Resolución N.º 073-2001-EF/94.10 que ratifica dicha sanción; y la confirma en lo demás que contiene. Ordena que la emplazada disponga la reposición de la autorización de funcionamiento de Argenta Sociedad Agente de Bolsa S.A.; e **IMPROCEDENTE** en el extremo que solicita dejar sin efecto la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10 en la parte que ordena la subasta del certificado de participación, conforme a lo expuesto en el apartado b) del fundamento 12 *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1105-2002-AA/TC
LIMA
ARGENTA SOCIEDAD AGENTE DE
BOLSA S.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL SEÑOR MAGISTRADO DR. JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

Dejo aquí constancia- sin perjuicio del debido respeto por la opinión compartida de mis colegas, Señores Alva Orlandini y Gonzales Ojeda- de que disiento de parte de ella, cuyos fundamentos principales se exponen a continuación :

1. Contrariamente a lo establecido en el fundamento 1. de los votos en discordia, e independientemente de que los alegatos, y las cuestiones planteadas por la demandante obedezcan a materias de orden técnico contable (entre ellas, evaluación inadecuada de sus estados financieros, habersele obligado a efectuar modificaciones contables, a revaluar su certificado de participación y sus activos fijos –con la disminución del patrimonio líquido que ello supuso– a revertir la venta de un inmueble y, entre otras, a eliminar una deuda subordinada de su patrimonio líquido y de su indicador de liquidez y solvencia), estimo, que si tales exigencias conllevan, finalmente, a la afectación de derechos constitucionales, consecuentemente, el Tribunal Constitucional se encuentra habilitado para verificar, si efectivamente, hubo un irrestricto respeto de –entre otros– el derecho a un debido proceso y, por lo mismo, de los derechos fundamentales y principios procesales que lo conforman.
2. En efecto, referirse al procedimiento administrativo implica que el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración se encuentra condicionado a respetar, y aplicar, todos aquellos derechos y principios que pertenecen al ámbito del Derecho Procesal Jurisdiccional. Así, si durante el desarrollo del procedimiento administrativo, y como consecuencia de las exigencias a que se refiere el fundamento 1. *supra*, pudo haber existido una inadecuada evaluación técnica de los estados financieros y contables de la actora –como, en efecto, se expresa en el Fundamento 16. de los votos en discordia– que conduzcan a que la administración, al resolver sobre estos asuntos, afecte los anotados derechos y principios, que son garantía del administrado, no hay razón alguna para desconocer tales categorías invocables ante el órgano jurisdiccional, las mismas que, por lo demás, y como regla general, suelen ser reconocidas en la ley, acorde con lo que proclama la Constitución Política del Perú.

4



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Siendo perfectamente operantes e invocables ante la administración, los derechos y principios que pertenecen al ámbito del debido proceso constitucionalmente previsto por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, por tanto, no podrá considerarse regular, aquél procedimiento administrativo, que al tramitarse y resolverse, con inobservancia de las reglas conforme a las cuales debe desarrollarse, y en perjuicio del administrado, terminar por vulnerar sus derechos fundamentales.
4. Consecuentemente con lo expuesto, considero que, existiendo en autos abundantes elementos de juicio, que permitirían verificar si –como alega la demandante– se produjeron determinadas situaciones que irregularizaron el proceso, por lo mismo, entiendo que el Tribunal Constitucional se encuentra habilitado para ingresar a evaluar, y meritar, todos los argumentos de fondo que la demanda entraña, y no sólo la eventual afectación del principio de legalidad en el derecho sancionador.

Respecto de la Resolución N.º 028-2000-EF/94.12

5. De los considerandos de la precitada resolución se advierte que el artículo 1° de su parte resolutive resolvió imponer a la demandante una multa de 70 UIT por haber incurrido en infracción sancionable de acuerdo con la Segunda Disposición Final del Reglamento de Sanciones del Mercado de Valores; y, el artículo 6°, dispuso la suspensión de su autorización de funcionamiento en tanto no acredite el cumplimiento de determinados requisitos patrimoniales, conforme al artículo 170° de la Ley del Mercado de Valores – Decreto Legislativo N.º 861.
6. En tal orden de ideas, conviene precisar que la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Así pues, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en el seguimiento de procedimientos administrativos, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales que lo conforman.
7. En concordancia con lo expuesto, y de acuerdo con lo expresado en el fundamento 9 de la sentencia, vale recordar que el principio de legalidad que caracteriza al Derecho Administrativo, se sustenta en el aforismo romano *legem patere quam feciste* –soporta la ley que hiciste– lo que equivale a decir que la Administración debe ser ejemplo de cumplimiento de la ley, no debiendo actuar arbitrariamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal argumento se refuerza si se tiene en cuenta que, como consecuencia de esa sanción de suspensión y, como se verá con posterioridad, la emplazada revocó –a través de la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10– la autorización de funcionamiento de la actora, en aplicación del artículo 170º de la Ley del Mercado de Valores que la autoriza a ello cuando el agente de intermediación se mantiene en inactividad continuada a lo largo de más de seis meses.

8. En efecto, y reforzando los argumentos de los fundamentos 4, 5 de la Sentencia en mayoría, el artículo 66º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS establece que, iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales o precautorias que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que se expida, pero sólo si cuenta con elementos de juicio suficientes para ello. Y, agrega que no se podrán dictar medidas provisionales o precautorias que puedan causar perjuicios a los interesados.

Respecto de las Resoluciones N.ºs 060-2001-EF/94.10 y 073-2001-EF/94.10

- a. A mayor abundamiento, de los considerandos 6,7,8 y 9 de la sentencia, conviene precisar que la Exposición de Motivos del Reglamento de Agentes de Intermediación elaborada por la propia CONASEV, al referirse al precitado artículo 170º, establece que todos los supuestos a que se refiere dicho numeral, tienen una clara connotación punitiva (sic). Y agrega que, al señalarse que el propio agente decide no continuar en su función, se está reglamentando un extremo implícito en el referido artículo (sic). Vale decir, que la sanción de revocación por una inactividad continuada debe guardar relación con que tal inactividad sea voluntaria y no impuesta.

Procedimiento Sancionador abierto por Indecopi

9. A mayor abundamiento, estimo oportuno dejar constancia del accionar de parte de la CONASEV, toda vez que, del escrito presentado por la demandante con fecha 11 de setiembre de 2003, fluye que la emplazada, dentro del procedimiento concursal iniciado a solicitud de la actora, ha pretendido –bajo declaración jurada– que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) le reconozca como crédito la suma de S/. 196,000.00 Nuevos Soles, más intereses, aún cuando tenía cabal conocimiento de que la anotada suma de dinero –que se deriva de la multa que impuso a la actora mediante la Resolución N.º 028-2000-EF/94.12– fue declarada inaplicable por la recurrida.
10. Sin embargo, INDECOPI, tras abrir un procedimiento sancionador contra la CONASEV, ha emitido la Resolución N.º 2640-2003/CCO-ODI ULI, mediante la que resuelve sancionarla con una multa ascendente a una (1) Unidad Impositiva Tributaria



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por presentar información falsa, violando los principios del derecho concursal como veracidad, probidad, lealtad, buena fe, y faltando al carácter de declaración jurada de la información presentada ante la Autoridad Concursal (sic), situación que acredita el, por decir lo menos, irregular accionar de la autoridad administrativa.

SR.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1105-2002-AA/TC
LIMA
ARGENTA SOCIEDAD AGENTE DE
BOLSA S.A.

VOTOS EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES MAGISTRADOS ALVA ORLANDINI Y GONZALES OJEDA

Sin perjuicio del respeto que nos merece la opinión de nuestros colegas, no compartiendo el pronunciamiento expuesto de la sentencia emitida, por mayoría, por la Sala Primera del Tribunal Constitucional y, por ende, del fallo contenido en ella, formulamos este voto singular discrepante, cuyos fundamentos principales se exponen a continuación:

I. Delimitación constitucional de la cuestión controvertida

1. Las diversas alegaciones planteadas por la recurrente a lo largo del proceso, son susceptibles de distinguirse entre aquellas de relevancia constitucional, y aquellas otras que acusan supuestas arbitrariedades en que habría incurrido la emplazada como consecuencia de una evaluación técnicamente inadecuada de sus estados financieros y contables. Respecto de este último grupo de alegaciones (entre las que se encuentran habersele obligado a efectuar modificaciones contables, a revaluar su certificado de participación y sus activos fijos, con la disminución del patrimonio líquido que ello supuso, a revertir la venta de un inmueble, a eliminar una deuda subordinada de su patrimonio líquido y de su indicador de liquidez y solvencia, entre otras), este Tribunal no emitirá pronunciamiento alguno, no sólo porque son cuestiones propias de ser analizadas en procesos que, a diferencia del presente, cuenten con una estación probatoria, sino también, y fundamentalmente, por ser alegaciones orientadas a supuestos quebrantamientos del orden estrictamente legal, mas no constitucional.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional sólo circunscribirá su análisis a la supuesta afectación del principio de legalidad previsto en el párrafo f, inciso 24, del artículo 2º de la Carta Fundamental.

II. De por qué carece de objeto pronunciarse en torno a la Resolución N.º 028-2000-EF/94.12

2. De otra parte, si bien la recurrente solicita la inaplicación de la Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV N.º 028-2000-EF/94.12, de fecha 21 de diciembre de 2000, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse en torno a la legitimidad de esta resolución, puesto que sus disposiciones, por motivos distintos, han perdido vigencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, su artículo 1°, en virtud del cual se impuso una multa a la recurrente, ha sido declarado inaplicable por la recurrida. De otro lado, en aplicación de su artículo 6°, que dispuso la suspensión de la autorización de funcionamiento de la recurrente como agente de intermediación “en tanto dicha sociedad no acredite que cuenta con los requisitos patrimoniales necesarios para su funcionamiento” (a fojas 49), una comisión de inspección de la emplazada constató que la recurrente no cumplía con el indicador de liquidez y solvencia exigido por el artículo 42° del Reglamento de Agentes de Intermediación, aprobado por Resolución CONASEV N.° 843-97-EF/94.10. Ante ello, se dio un plazo de 48 horas a la demandante para revertir la insuficiencia, transcurrido el cual la emplazada consideró que aquélla no había podido conseguirlo. Por tal motivo, fue expedida la Resolución N.° 038-2001-EF/94.11, publicada el 3 de abril de 2001, cuyo artículo 1° suspendía la autorización de funcionamiento de la emplazada, “en tanto se mantenga la insuficiencia señalada” (indicador de liquidez y solvencia por debajo de la unidad). Así pues, desde entonces, la suspensión de la autorización de funcionamiento de la recurrente ya no obedecía a las consideraciones expuestas en la Resolución N.° 028-2000-EF/94.12, sino a las previstas en la Resolución N.° 038-2001-EF/94.11.

En consecuencia: a) la legitimidad de la suspensión de la autorización de funcionamiento de la recurrente debe ser analizada a la luz de la Resolución N.° 038-2001-EF/94.11 y no de otra; y b) aunque la recurrente alega la afectación del principio *ne bis in idem*, por considerar que la Resolución N.° 028-2000-EF/94.12 le imponía dos sanciones por un mismo hecho (multa y suspensión), carece de objeto pronunciarse respecto de ello, puesto que dichas sanciones ya no existen, subsistiendo sólo la sanción de suspensión prevista en la Resolución N.° 038-2001-EF/94.11.

3. Por lo demás, y sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado no puede soslayar que en la Resolución N.° 028-2000-EF/94.12 se citan manifestaciones de la propia recurrente en las que ésta acepta la problemática que afrontan sus estados contables y financieros. En efecto, en el considerando N.° 3 de la resolución, se cita la siguiente manifestación de la recurrente: “*Lamentamos admitir que una de las debilidades crónicas de ARGENTA ha sido su contabilidad, por razones tales como las debilidades informáticas, la falta de calidad de los profesionales contratados, la velocidad y la complejidad de las operaciones, etc.*”; y en el considerando N.° 54 de la misma resolución se cita el siguiente dicho de la demandante: “*Lamentablemente el deplorable servicio contable que hemos venido recibiendo, siempre bajo emergencia, no ha sido capaz de atender obligaciones básicas como la de la consolidación de los estados financieros*”. De este modo, la propia recurrente daba cuenta de que sus estados financieros no cumplían con los estándares exigidos por la CONASEV.

III. De por qué la suspensión de la autorización de funcionamiento de la recurrente es una sanción.

4. La emplazada aduce que la suspensión de la autorización de funcionamiento no constituye una sanción, sino sólo una medida preventiva. El Tribunal no comparte tal criterio, puesto que el artículo 343° del Decreto Legislativo N.º 861 –Ley del Mercado de Valores- establece, con meridiana claridad, que tal medida constituye una sanción, y dicha naturaleza no podría quedar desvirtuada por la voluntad de la emplazada de aplicarla en un distinto sentido. Por lo demás, la referida suspensión no podría ser de índole preventiva, dado que el artículo 66° del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS (vigente durante los eventos) proscribe que la administración pueda dictar medidas provisionales o precautorias que puedan causar perjuicios a los interesados.

IV. De la supuesta afectación del principio de legalidad.

5. De lo que se trata pues, es de establecer si la sanción de suspensión de la autorización de funcionamiento impuesta a la recurrente, que, como veremos luego, en la actualidad se ha convertido en revocación, afecta o no el principio de legalidad previsto en el párrafo f, inciso 24, del artículo 2° de la Carta Fundamental, tal como aduce la demandante.
6. Aunque un análisis literal pudiera indicar que el precepto acotado está estrictamente ceñido al ámbito del derecho penal, un adecuado ejercicio hermenéutico en torno a la estipulación, ha llevado a este Tribunal a precisar que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (Exp. 2050-2002-AA/TC). En efecto, el ejercicio del *ius puniendi* estatal no se agota en la imposición de la pena, sino que se proyecta a todo ámbito en el que el Estado, por vía de su potestad sancionadora, reprime las conductas antijurídicas, estando siempre limitado por las exigencias que impone el principio de legalidad: *lex scripta* (escrita), *certa* (inequívoca) y *previa* (predeterminada).
7. Por otra parte, aunque la reserva de ley contenida en el artículo *sub examine*, debe ser atendida de modo absoluto cuando se trata de la imposición de tipos penales y penas, no puede exigirse la misma rigurosidad cuando se trata de la regulación de infracciones y sanciones administrativas, pues ello pudiera devenir en la disfuncionalidad de las competencias de la Administración Pública que se traducen por antonomasia en su potestad reglamentaria. No obstante ello, sí debe exigirse que las infracciones y las sanciones reglamentarias encuentren una subordinación directa en la ley, de forma tal que aquéllas no aparezcan como “giros en el vacío”, sino que sean consecuencia, cuando menos, de una determinación legal que otorgue competencia al órgano administrativo sancionador, que establezca el bien protegido del que deriva la infracción reglamentada y que contenga, en general, las sanciones que dicho órgano está facultado a imponer.

8. El Decreto Legislativo N.º 861 -Ley del Mercado de Valores-, contiene las normas encaminadas a la promoción del desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, encomendando a la emplazada la función de garantizar y supervisar el cumplimiento de tales propósitos. En razón de ello, se le concede (principalmente en el Título XIII) una indiscutible facultad sancionadora, estableciéndose taxativamente (art. 343º) las sanciones que ella está facultada a imponer.

• **Respecto de la Resolución N.º 038-2001-EF/94.11**

9. El Tribunal no considera que la Resolución N.º 038-2001-EF/94.11 sea atentatoria del principio de legalidad, pues la sanción de suspensión estuvo fundamentada expresamente en el artículo 46º del Reglamento de Agentes de Intermediación, mismo que, estando subordinado al Decreto Legislativo N.º 861, expresa inequívocamente, no sólo la conducta típica, sino también la sanción imponible:

“Artículo 46º.- Cuando el indicador de liquidez de solvencia de un agente sea inferior al mínimo señalado en el Artículo 42º, dicho agente deberá comunicar este hecho a CONASEV (...) dentro de las 24 horas de haberse producido.

El agente deberá revertir dicha situación dentro de los dos días de siguientes de realizada la comunicación mencionada en el párrafo precedente. Si al tercer día persiste la situación deficitaria, CONASEV suspenderá la autorización de funcionamiento del agente.” (subrayado agregado).

Conforme se expuso, el artículo 42º del mismo reglamento establece que el indicador de liquidez y solvencia nunca podrá ser menor a 1.

10. De otro lado, sustentándose en el artículo 76º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, la recurrente alega que la emplazada debió abrir un período de prueba antes de sancionarla con la suspensión de su autorización de funcionamiento. Empero, uno de los propósitos del período de prueba, conforme a lo previsto en el propio artículo 76º, es dar lugar a la posibilidad de iniciar una inspección *in situ*, a efectos de determinar el cumplimiento o no de los requisitos de funcionamiento, inspecciones que, según se advierte de autos, fueron realizadas por la emplazada tanto antes de la expedición de la primigenia Resolución N.º N.º 028-2000-EF/94.12, como antes de emitirse la Resolución N.º 038-2001-EF/94.11.

• **Respecto de las Resoluciones N.º 060-2001-EF/94.10 y N.º 073-2001-EF/94.10**

11. Posteriormente se expidió la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10, de fecha 8 de noviembre de 2001, confirmada por Resolución N.º 073-2001-EF/94.10, de fecha 20 de setiembre de 2001, que, en aplicación del artículo 170º del Decreto Legislativo N.º 861, dispuso revocar la autorización de funcionamiento de la recurrente. El artículo establece: *“La autorización de funcionamiento es indefinida y sólo puede ser suspendida o revocada por CONASEV como sanción por falta grave o muy grave en*

que incurra el agente de intermediación o por inactividad continuada a lo largo de más de seis (6) meses o por dejar de observar alguno de los requisitos necesarios para su funcionamiento.” (subrayado agregado)

12. La recurrente afirma que la aplicación de esta sanción también es atentatoria del principio de legalidad, pues la inactividad a la que hace referencia el artículo debe ser voluntaria y no provocada, siendo que, en su caso, la inactividad fue consecuencia de que su autorización de funcionamiento había sido suspendida por la emplazada.

13. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta:

- a) El artículo 343° del Decreto Legislativo 861° prevé que CONASEV está facultada para imponer la sanción de suspensión de la autorización de funcionamiento por un plazo no mayor de 45 días. Tal estipulación no podría ser interpretada en el sentido de que, a pesar de no haber sido revertida la causal de suspensión dentro de dicho plazo, la emplazada esté obligada a dejar sin efecto dicha suspensión, pues tal razonamiento supondría desvirtuar la obligación de la emplazada de promover y asegurar el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista. En tal sentido, debe interpretarse que el plazo previsto en la norma sólo operará en caso de que dentro del mismo el agente de intermediación haya logrado revertir la causal por la que fue dictada la medida.
- b) De otra parte, es evidente que la suspensión no puede mantenerse indefinidamente, razón por la cual si dentro de un determinado plazo el agente no subsana la deficiencia detectada, la emplazada está autorizada a revocar la autorización de funcionamiento. Dicho plazo es el previsto en el artículo 170° del Decreto Legislativo N.° 861, cuando se alude a la inactividad continuada durante más de 6 meses.
- c) En consecuencia, la sanción de revocación por inactividad no sólo podría ser aplicada cuando ésta sea consecuencia de la propia voluntad de la recurrente, dado que: i) ese no es un criterio que surja de la literalidad del artículo 170°, ii) un análisis sistemático del Decreto Legislativo N.° 861 y de sus normas conexas, descarta tal interpretación por irrazonable, pues ella supondría que, a pesar de que el agente ha sido incapaz de revertir la causal de suspensión durante un lapso mayor a los 6 meses, ésta no pueda ser revocada, manteniéndose la suspensión indefinidamente.

14. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 170° del Decreto Legislativo N.° 861, contempla previa e inequívocamente tanto la conducta infractora -inactividad continuada a lo largo de más de 6 meses-, como la sanción correspondiente -suspensión o revocación-, razón por la que las Resoluciones N.° 060-2001-EF/94.10 y N.° 073-2001-EF/94.10, tampoco vulneran el principio de legalidad. Es de precisarse que el hecho de que exista en la emplazada cierto margen de graduación *ad hoc* de la sanción aplicable (suspensión o revocación), no es atentatorio del principio de

legalidad, pues como ha establecido el Tribunal Constitucional español, en criterio que este Supremo Colegiado comparte y que es aplicable *mutatis mutandis* al presente caso, “(la) exigencia de *lex certa* afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, y por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles (...), de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien comete una o más infracciones concretas.” (STC 219/1989 FJ 4.º). Tal suficiencia en el grado de certeza se encuentra, tanto en la predeterminación positiva, como en la razonabilidad que separa al máximo y mínimo imponible, presupuestos que se cumplen en el presente caso.

15. De otra parte, el artículo 2º de la Resolución N.º 060-2001-EF/94.10, dispuso la subasta del Certificado de Participación de la recurrente, medida que también es cuestionada en la demanda. Sin embargo, la referida subasta ha sido dispuesta para cubrir parte del pago de la obligación surgida como consecuencia de la expedición de la Resolución N.º 020-2001-EF/94.12, mediante la cual la emplazada declaró fundado el reclamo de un comitente contra la demandante, y ordenó a ésta pagar al comitente la suma de US\$ 46 015,76.1; contra esta última resolución, conforme acredita la propia recurrente (anexo Z de su escrito presentado con fecha 29 de enero de 2003), ha sido interpuesta una acción contencioso-administrativa, en la que no sólo deberá determinarse su legitimidad o ilegitimidad, sino también la de los actos que hayan sido llevados a cabo para ejecutarla; razón por la cual este extremo de la demanda resulta improcedente, en aplicación del inciso 3) del artículo 6º de la Ley N.º 23506.
16. Finalmente, y sin perjuicio de todo lo expuesto, este Tribunal debe recalcar que no descarta que pueda haber existido una inadecuada evaluación técnica de los estados financieros y contables de la recurrente. Empero, como quedó establecido en el fundamento 1 *supra*, esta no es la vía idónea para ventilar tales cuestiones.

Por los fundamentos expuestos, nuestro voto es porque se declare:

CONFIRMANDO, en parte, la recurrida, en los extremos que son materia del recurso extraordinario; en consecuencia, **INFUNDADA** la demanda respecto de la supuesta afectación del principio de legalidad; e **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene; sin perjuicio de lo expuesto en el fundamento N.º 16 de la presente sentencia. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)