



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

El principio de taxatividad contemplado en el numeral 4° del artículo 230 de la Ley N° 27444 constituye una garantía material de *lex certa* con la exigencia de predeterminación de conductas ilícitas, correspondiendo al legislador configurarlas con la mayor precisión posible, permitiendo que los ciudadanos conozcan previamente lo que está proscrito y prever las consecuencias de sus acciones u omisiones, e impone un deber a las autoridades administrativas de no excederse de los términos previstos en la ley cuando se trate de establecer infracciones.

Lima, quince de setiembre de dos mil veinte.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número 5440-2019, y producida la votación correspondiente conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, expide la siguiente sentencia.

**1.- ASUNTO.**

Es materia de conocimiento de este Supremo Colegiado el recurso de apelación interpuesto por el **Procurador Público de la Superintendencia del Mercado de Valores**, obrante a fojas seiscientos cincuenta y tres, contra la sentencia de fecha ocho de julio de dos mil quince, obrante a fojas quinientos noventa y nueve, que declara **fundada** la demanda contenciosa administrativa, en consecuencia nula y sin efecto la Resolución N° 075 2009/EF/94.01.1 de fecha veintidós de octubre de dos mil nueve.

**2.- ANTECEDENTES.**

**1.- DEMANDA**

Mediante escrito de fecha doce de noviembre de dos mil nueve obrante a fojas setenta y cinco, subsanado a fojas ciento cuarenta y dos,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Ducktown Holding SA. y Claudia Romero Briceño** interponen demanda contenciosa administrativa contra la **Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)**, con la finalidad que se declare la nulidad de la Resolución CONASEV N° 075-2009/EF/94.01.1 de fecha veintidós de octubre de dos mil nueve, por la que se resuelve declarar infundados sus recursos de apelación contra la Resolución N° 185-2009-EF/94.01.3. Accesoriamente, solicita que la demandada sea condenada al pago de costas y costos del proceso, por los siguientes fundamentos:

- Mediante las resoluciones impugnadas se resolvió declarar que los demandantes han adquirido de manera concertada participación significativa de la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi SAA sin efectuar previamente Oferta Pública de Adquisición, habiendo incurrido así en infracción prevista en el Anexo IV numeral 1, 1.1 del Reglamento de Sanciones en el Mercado de Valores, el cual establece que constituye infracción muy grave no efectuar Oferta Pública de Adquisición en los casos que corresponda incrementar participación significativa, sin observar la normativa.
- No hay norma alguna que defina y sancione la “concertación” en los términos que expone la demandada, por lo que, como no existe ley que hubiera impedido ni limitado su derecho de adquirir en forma conjunta un total de 34'116,530 acciones de la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi SAA cuyo derecho de propiedad absoluta le garantiza la Constitución sin más restricciones ni limitaciones que aquellas establecidas por ley, no han incurrido en infracción alguna.
- De la lectura del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores no se advierte mención alguna a “concertación”, palabra que no se menciona en forma alguna en la ley ni reglamento pues para ella no existe.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Asimismo, la conducta que se les atribuye como ilícito no puede ser sancionada por CONASEV, puesto que no existe norma legal que así lo establezca.

- Las acciones adquiridas representan el 19.79% del capital social y no el 33.96% de la partición, como señala la demandada en el numeral 76 de la resolución objeto de nulidad las participaciones que han adquirido no les permiten acceder al control de la administración de la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi SAA, por lo que no se encontraría en lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Mercado de Valores.
- Se ha vulnerado el derecho a la igualdad en aplicación de la ley y el principio de interdicción de arbitrariedad, por cuanto se les aplica la sanción más grave sin que se hayan fundamentado las características de racionalidad y proporcionalidad.
- El Grupo Wong como lo ha señalado posee el 40% de las acciones, sin hacer para ello ninguna OPA, es decir, sin permiso alguno, pero ha obtenido el perdón de la comisión por su infracción.

**2.- CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Mediante escrito de fecha treinta de diciembre de dos mil nueve, obrante a foja ciento setenta y siete la **Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores**, obrante a fojas ciento setenta y siete contestó la demanda, bajo los siguientes fundamentos:

- La infracción impuesta a las demandantes se ha determinado dentro de un procedimiento sancionador, en que se pudo establecer todos los elementos de la infracción a las normas de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores, tales como: la existencia de una actuación voluntaria y consciente de las actoras en los hechos materializados en indicios, en argumentos y prueba instrumental, por actuación



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

antijurídica al estar en oposición a la Ley del Mercado de Valores y a las normas reglamentarias relativas a la OPA. La conducta sancionada encaja perfectamente como infracción grave en el Reglamento de Sanciones del Mercado de Valores.

- La resolución de sanción fue emitida dentro del marco de competencia CONASEV y en ejercicio de las potestades sancionadores que conforme a ley se asignó a la CONASEV.
- La obligación de efectuar una OPA tiene como fuente la ley, ya que se haya regulada en el artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores. Además, tal obligación se haya regulada en normas reglamentarias como la de los artículos 4, 6, 8 y 1, numeral 16, del “Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión”, aprobado por Resolución CONASEV N° 009-2006- EF/94.1020.
- El Grupo Bustamante mediante actuación concertada de las demandantes, y de terceros como Zabuck y Antonio Dellepiani Costa y Laurent, eludiendo la obligación de realizar OPA, adquirieron participación significativa en la empresa Azucarera Andahuasi, incurriendo en la infracción.
- Al generarse la obligación legal de hacer en concordancia con lo previsto en los artículos 4 y 6 del Reglamento de OPA, así como con el artículo 8 de este Reglamento, existía la obligación de efectuar una OPA, a la persona o grupo de personas que pretendan adquirir a título oneroso, directa o indirectamente, en un solo acto o en no más de cuatro actos sucesivos, dentro de un período de tres años, participación significativa o igual o superior al 25% del capital social de una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto inscritas en rueda de bolsa.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Tercera Sala Especializada en lo contencioso administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite la resolución número veintitrés de fecha ocho de julio de dos mil quince, obrante a fojas quinientos noventa y nueve, mediante la cual declara **fundada** la demanda incoada obrante de setenta y cinco a ciento treinta y cuatro; en consecuencia, **NULA** la Resolución N° 075-2009/EF/84.01.01 de fecha veintidós de octubre de dos mil nueve, bajo los siguientes fundamentos:

- En el presente caso, el carácter de ilícito de la conducta sancionada no cumple con los requisitos provenientes del principio de tipicidad, pues la conducta atribuida es haber adquirido participación significativa de manera concertada, esto es, a través de una actuación llevada a cabo por varias personas; sin embargo, el artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores no menciona, define o alude expresamente a la acción concertada que se le atribuye a los demandantes.
- Se realiza una interpretación que no se desprende de los artículos 68 y 72 de la Ley de Mercado de Valores que son dispositivos que tipifican la obligación de efectuar una OPA y sus consecuencias en caso de incumplimiento, olvida que en materia sancionadora la interpretación debe realizarse de manera restrictiva, máxime, cuando la concordancia efectuada por la autoridad administrativa se apoya en la “exposición de motivos” del Reglamento de la OPA, instrumento que no forma parte de la normativa aplicable y que el administrado no tiene la obligación de conocer.
- A mayor abundamiento, se advierte que mediante Ley 29720 publicada el veinticinco de junio de dos mil once, se ha modificado el inciso A) del



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

artículo 72 de la Ley de Mercado de Valores, incluyendo, ahora sí, la actuación concertada en la tipificación de la conducta sancionable por no realizar una OPA, en los casos previstos por la ley. Circunstancia que demuestra que es recién con dicha modificación legislativa que la concertación se encuentra prevista en el tipo legal y no con anterioridad.

**4.- AGRAVIOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

La presente resolución deberá ser emitida en función a los agravios, errores de hecho y de derecho invocados, así como al sustento de la pretensión impugnatoria que haya expuesto la parte recurrente en su escrito de apelación; consecuentemente, los alcances de la impugnación de la resolución recurrida determinarán los poderes de este Supremo Tribunal para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso, de conformidad con el principio "*tantum devolutum quantum appellatum*".

La **Superintendencia de Mercado de Valores** interpone recurso de apelación mediante escrito de fecha veinte de agosto de dos mil quince, señala como agravios:

- Se ha incurrido en error al considerar que la Superintendencia de Mercado de Valores ha impuesto sanción administrativa sin respetar el Principio de Tipicidad ya que se ha sancionado a los demandantes por no haber cumplido con su obligación de efectuar una OPA previa a la adquisición de participación significativa, y no por el hecho de haber concertado entre ellos para adquirir acciones.
- El tipo infractor no se encuentra descrito en el artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores, sino en el Anexo IV, numeral 1, inciso 1.1 del



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Reglamento de Sanciones – Resolución Conasev N° 055 -2001-EF/94.10, norma que ha sido expedida por Conasev, que la facultaba para tipificar las conductas infractoras del mercado de valores.

- Se ha incurrido en error al analizar la supuesta observancia del principio de tipicidad en una norma legal que no es la que tipifica la sanción administrativa.
- Se ha incurrido en error al considerar que se ha modificado el tipo infractor en el año dos mil once, para incorporar a la “Actuación Concertada”.

Apelada la sentencia de primera instancia, esta **Sala Suprema Civil Permanente en el expediente AP. 4264-2015** mediante resolución de fecha nueve de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fojas seiscientos ochenta y dos, **revocó** la sentencia y **reformándola** la declaró **infundada**, considerando lo siguiente:

El proceso deriva de multas impuestas a **Zabuck, Ducktown, Carlos Antonio Dellepiani Costa y Claudia Romero Briceño** mediante Resolución Tribunal N° 185-2009-EF, **confirmada** por Resolución CONASEV 075-2009-EF, impugnada judicialmente por Zabuck [en otro proceso].

Esta Sala Suprema, en el Expediente N° 3876-2009, en segunda instancia como Apelación N° 4014-2012-, **revocó** la sentencia, que declaró **fundada** la demanda [de Zabuck], y **reformándola** declaró **infundada** la demanda; interpuesto el recurso de casación, **la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema**, en la sentencia en Casación N° 1387-2014 LIMA, de fecha diecisiete de noviembre de dos mil quince, declara **fundado** el recurso de casación y





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

decidió **confirmar** la sentencia de primera instancia, que declaró **fundada** la demanda en todos sus extremos.

Sustentó su fallo en que la sentencia que emitió la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República infringió las normas sobre derechos fundamentales, constitucionales y legales que regulan el principio de legalidad y tipicidad para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. Además, consideró que los artículos 68 y 72 de la Ley del Mercado de Valores no contenían disposición que definiera el tipo infractor y que las normas reglamentarias de CONASEV *“no pueden tipificar una conducta infractora”* relacionada con el supuesto de no realizar la OPA.

- Aunque [en ese otro proceso] hubo sentencia casatoria que estableció que no había tipo específico que sancionara la conducta de los impugnantes, la Sala Civil Permanente consideró que no existía decisión que la vincule, pues estimaba que le era posible precisar nuevas razones jurídicas que reafirmen su [inicial] decisión. Así, estableció que la posibilidad de tipificar conductas sancionadoras le fue otorgada por ley a la CONASEV, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 literal o) del Decreto Ley N° 26126, Ley Orgánica de la CONASEV, el cual fue incorporado por la Décima Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27649, publicada el veintitrés de enero de dos mil dos. De igual forma, consideró que el artículo 5 literal d) de la Ley de la Superintendencia del Mercado de Valores otorgó al Directorio de la CONASEV la facultad de tipificar las conductas infractoras de quienes participan en el mercado de valores, observando lo dispuesto en los artículos 343, 349, 350 y 351 del Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores.





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

- El artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores es la norma marco referencial que se debe tener presente cuando se quiera lograr “participación significativa” en una sociedad. Por ello, cuando tal procedimiento no es el que se sigue, la sanción a imponerse es la prescrita en el Anexo IV, disposición 1.1, de la Resolución CONASEV N° 055-2001-EF-94.10. La infracción muy grave era sancionada conforme lo disponía el artículo 20 de la Resolución citada. Tal es la norma que tipifica la conducta sancionable. Por ello, concluyó que, al tipificar dicha conducta y sancionarla, CONASEV no se salió del marco legal; antes bien, se ciñó escrupulosamente a él, pues siguió el principio de cobertura legal que exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.
- La norma aplicable por temporalidad fue la prescrita en el Anexo IV, numeral 1, disposición 1.1, del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10. Por ello, se han dictado dentro de los parámetros legales.

Interpuesto el recurso de casación por **DUCKTOWN HOLDIGNS SA** mediante escrito de fecha veintisiete de febrero de dos mil diecisiete obrante a fojas setecientos tres, la **Sala De Derecho Constitucional Y Social Permanente**, expide la resolución de fecha veintiséis de marzo de dos mil diecinueve - CAS 3180-2017, declarando **FUNDADO** el recurso de casación; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha nueve de agosto de dos mil dieciséis; **ORDENARON** que la **Sala Civil Permanente** emita nueva resolución teniendo en cuenta lo



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019**

**LIMA**

**PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**expuesto en la dicha resolución;** en los seguidos por Claudia Romero Briceño y otros contra la Superintendencia del Mercado de Valores, sobre nulidad de resolución administrativa; señalando lo siguiente:

- En el caso concreto de autos, la emisión de la sentencia impugnada incurrió en una afectación del debido proceso, puesto que la instancia de mérito decidió resolver el caso sin justificar de modo suficiente las razones que determinan su desvinculación objetiva con lo decidido en la sentencia en Casación N° 01387-2014 LIMA, que adquirió la autoridad de cosa juzgada en dicho proceso, y los efectos que de ello se derivan. La justificación reforzada que se exigiría para desvincularse de los efectos de tal sentencia casatoria, es que resuelva otro caso.
- Aún más, la sentencia impugnada declaró que no se había vulnerado el principio de tipicidad, pero **sin exponer ni analizar de modo adecuado y suficiente si la sanción tipificada** en el Anexo IV numeral 1, 1.1, del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución CONASEV N° 055- 2001-EF/94.10 y sus normas modificatorias, era el resultado del desarrollo reglamentario que había efectuado CONASEV a partir de lo dispuesto en el artículo 2 literal o) del Decreto Ley N° 26126; o, por el contrario, si era el resultado de la creación de nuevas infracciones por la norma reglamentaria que no derivaban de ninguna norma de carácter legal prevista en el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores.
- De otro lado, era preciso que la instancia de mérito se pronuncie adecuada y suficientemente **acerca de si la potestad de tipificar conductas infractoras del mercado de valores asignada a la CONASEV, fue o no ejercida válidamente en el Anexo IV, numeral 1, 1.1, del Reglamento de Sanciones**, atendiendo a las normas del



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

régimen de sanciones contempladas en la Ley del Mercado de Valores, específicamente en la de su artículo 342, **que es la que establece que son sujetos pasibles de sanción las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha ley**, “*que incurran en infracciones a las disposiciones de la misma y a las disposiciones de carácter general dictadas por CONASEV*”.

- En consecuencia, el principio de tipicidad solo exige que se defina la conducta que la ley considera como falta, la precisión de sus alcances puede complementarse a través de los reglamentos respectivos.

**5.- MATERIA CONTROVERTIDA**

La materia controvertida en el presente proceso, consiste en determinar si se configura la nulidad de la Resolución CONASEV N° 075-2009-EF/94.01.1 expedida por el Directorio de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV; que declara infundados los recursos de apelación interpuestos contra la resolución del Tribunal Administrativo N° 185-2009- EF/94.01.3, la que a su vez resuelve sancionar a los demandantes por haber adquirido concertadamente acciones comunes de la Empresa Agraria Azucarera Industrial Andahuasi SAA sin efectuar previamente una oferta pública de adquisición.

**6.- PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Los actos de la administración pública se encuentran sometidos a mecanismos de control, siendo uno de ellos, el control jurisdiccional a cargo del Poder Judicial, a través del Proceso Contencioso Administrativo. De esta manera, se revisa jurisdiccionalmente las actuaciones administrativas, ya sea porque se omitieron las



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

formalidades establecidas o porque la decisión del funcionario no se encuentra ajustada a derecho.

El artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley número 27584 – Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo número 013-2008-JUS, indica que la finalidad de la acción contencioso administrativa o proceso contencioso administrativo, prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado, es el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Entonces, el proceso contencioso administrativo surge como la manifestación del control judicial que debe existir sobre las actuaciones de las entidades administrativas, entre ellas, los actos administrativos, el silencio administrativo y las actuaciones materiales administrativas, protegiendo al administrado frente a errores, de forma y de fondo, que pueden cometerse al interior de un procedimiento administrativo.

**7.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA.**

**PRIMERO.**- La Superintendencia de Mercado de Valores señala que se ha incurrido en error al considerar que se ha impuesto sanción administrativa sin respetar el Principio de Tipicidad, toda vez que el tipo infractor no se encuentra descrito en el artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores, sino en el Anexo IV, numeral 1, inciso 1.1 del Reglamento de Sanciones – Resolución Conasev N° 055 -2001-EF/94.10, norma que ha sido expedida por Conasev, que la facultaba para tipificar las conductas infractoras del mercado de valores.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SEGUNDO.-** En ese sentido, este Supremo Colegiado precisa que se le atribuye a la demandante que en conjunto y en concierto con otras personas jurídicas y naturales adquirieron participación significativa en la empresa Andahuasi, pues Zabuck International INC. (en mayo a junio del dos mil nueve), Ductktown Holding S.A. (de abril a junio del dos mil nueve), Claudia Romero Briceño (de marzo a abril de dos mil nueve) y Carlos Antonio Dellepiane Costa y Laurente (de agosto dos mil siete a abril de dos mil nueve), adquirieron acciones significativas del capital de la Empresa Agraria Azucarera Andahuasi S.A.A., que suman más del 33,07% del capital social

**TERCERO.-** Siendo ello así, debe interpretarse el numeral 4° del Artículo 230 de la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto es el siguiente: *“De la Potestad Sancionadora. Artículo 230º. Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: 4. Tipicidad.- Sólo 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”.*

**CUARTO.-** La disposición citada se ubica en el subcapítulo I sobre la potestad sancionadora, del capítulo II sobre el Procedimiento



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Sancionador, del Título IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General; la cual no puede ser interpretada aisladamente al estar encadenada con la norma contenida en el numeral primero del mismo artículo legal, en tanto el numeral 4° recoge el subprincipio de taxatividad en la potestad administrativa sancionadora, que integra el principio de legalidad previsto en el numeral 1°: “ 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*”. En interpretación compatible con las normas del bloque de constitucionalidad, se ubica la norma legal que establece como principios esenciales que rigen la potestad sancionadora administrativa, *el de legalidad y el de tipicidad*, que en complemento establecen que sólo por ley se pueden establecer conductas sancionables en la vía administrativa, habiendo previsto el legislador la reserva de ley para la determinación de las conductas pasibles de sanción administrativa, exigiendo norma con rango de ley que contenga una tipificación clara, precisa de manera expresa e inequívoca de la conducta infractora, ello, en proscripción de la arbitrariedad y de la existencia de límites de la potestad sancionadora en un Estado Constitucional de Derecho.

**QUINTO.-** El principio de tipicidad exige una predeterminación legal taxativa de los comportamientos -conductas infractoras-, y de las sanciones, que en el aspecto teórico requiere norma legal explícita sobre los hechos que configuran la infracción y las represiones,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

mientras que en el aspecto práctico conlleva la imposibilidad de considerar como infracción las acciones u omisiones que no se encuadren en los tipos o conductas infractoras definidas en las normas legales.

**SEXTO.-** Ahora bien, conforme a las premisas antes fijadas, se determina el contenido normativo del artículo legal citado, que contiene más de una norma: La norma que consagra la reserva de ley para tipificar las infracciones, estableciendo que solo son sancionables administrativamente las infracciones tipificadas mediante norma con rango de ley; significando que solo se puede sancionar administrativamente aquellas conductas que se encuentren previamente contempladas en el ordenamiento jurídico como infracciones, contenidas en normas con rango de ley, que dicha ley tipifique con claridad y certeza las conductas que configuren infracciones, proscribiendo la interpretación extensiva y analógica. Significando que la conducta infractora debe estar previamente precisada en la ley, y el reglamento se dedica a desarrollarla en los términos permitidos.

**SÉPTIMO.-** Que la reserva de ley es una garantía formal siendo las leyes las únicas que pueden calificar las conductas sancionables, impidiendo a la administración que lo realice mediante normas reglamentarias, garantizando la reserva de ley la legitimidad democrática en la fijación de los ilícitos. Como excepción al principio de reserva de ley, se permite el desarrollo mediante reglamento además de la habilitación legal para la tipificación; en el primer supuesto de excepción se aplica el principio de cobertura legal, en el cual la norma





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

legal constituye o define la conducta sancionable, y el reglamento desarrolla la ley con la finalidad de identificar las conductas y sanciones que originalmente han sido establecidos por ella, por lo que la ley constituye el límite del reglamento, que no puede ir más allá de lo establecido legalmente, ni constituir conductas sancionables no prevista en la ley; en el segundo supuesto de excepción, la norma legal autoriza la tipificación de conductas sancionables mediante reglamento, señalándose al respecto que *“Dicha posibilidad no se extiende a la previsión de las medidas a ser adoptadas en calidad de sanción aplicable, salvo que las mismas constituyan un desarrollo, especificación y/o graduación de categorías de sanción previstas en una norma con rango de ley”*

**OCTAVO.**- Una vez identificado el contenido normativo del numeral 4° del artículo 230 de la Ley N° 27444, tenemos que efectivamente al caso de autos se aplica el principio de cobertura legal, en tanto la disposición legal del artículo 72 de la Ley de Mercado de Valores vigente a la fecha de los hechos *“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 quorum”*, dicho artículo contiene las normas que configuran la conducta infractora en el supuesto de no realizar la OPA; asimismo, las disposiciones infrallegales contienen normas reglamentarias que la desarrollan,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

existiendo una limitación en tanto no pueden constituir conductas diferentes a las presentadas a la norma legal. Distinguiendo que en este caso particular, no se aplica el segundo supuesto de excepción del segundo párrafo del numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, debido que al haberse encargado la ley de tipificar una conducta infractora, las normas reglamentarias no pueden tipificar una diferente a la prevista en ella, por lo que la atribución a la Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores-CONASEV para que tipifique mediante reglamento se encuentra subordinada a lo previsto en la ley, sin poder modificarla, crear nuevas conductas ni extenderlas a supuestos diferentes de los contenidos en la norma legal.

**NOVENO.-** Que el artículo 72 antes mencionado – de la Ley de Mercado de Valores - fue modificado por el Artículo 6 de la Ley N° 29720, publicada el veinticinco de junio de dos mil once, con el texto siguiente: *“Artículo 72.- Incumplimiento.- En caso de incumplimiento de las normas precedentes, se aplicarán las siguientes reglas: a) Quien adquiera o incremente su participación significativa, sea que se trate de una adquisición directa o indirecta, actuando de manera individual o conjunta, sea que actúen o no de manera concertada sin observar el procedimiento respectivo, queda suspendido por mérito del pronunciamiento de Conasev en el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones adquiridas y obligado a su venta en los términos y plazos que determine Conasev mediante norma de carácter general. Mientras dure la suspensión de los valores indicados, los mismos no se computan para el quórum”.*

El primer texto vigente a la fecha de los hechos (2009), tiene como uno



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

de sus elementos al agente activo de la conducta, este es, la persona que adquiera o incremente su participación significativa; el segundo texto de fecha posterior (2011), amplía los supuestos en relación al agente activo, comprendiendo a quién realiza la adquisición “directa”, como aquel que adquiere en forma “indirecta”; adiciona que la actuación puede ser “individual” o “conjunta”; y distingue que la actuación puede darse con o sin concertación. Evidenciando que el supuesto fáctico -de un grupo de personas jurídicas y naturales que adquirieron directamente y en conjunto (sumando sus adquisiciones individuales), en forma concertada una participación significativa-, no se ubica en el primer texto normativo, sino en el segundo que amplía los supuestos para contemplar la actuación individual o conjunta, y la actuación concertada o no, por lo que, se advierte infracción al principio de tipicidad exigido en la norma del segundo párrafo del numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, al considerar como infracción la conducta de la actora pese a que no se adecuaba al supuesto de la norma legal vigente, que no contemplaba como conducta sancionable la actuación conjunta y concertada de un grupo de personas.

**DÉCIMO.**- Es imposible jurídicamente sancionar a la demandante en base a elementos de actuación conjunta y concertada que no estaban previstos en la norma legal vigente sino en la posterior, por cuanto ello significaría una aplicación retroactiva y una infracción no solo a la norma legal citada, sino contravención a la norma constitucional y convencional.

Debe tenerse presente que, de acuerdo al principio de cobertura legal, los reglamentos de desarrollo no pueden exceder ni ser contrarios a los términos de la ley, la que constituye un marco y límite para la



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

reglamentación; menos aún, vía interpretación extensiva o analógica de la ley y sus reglamentos se puede comprender supuestos diferentes a los previstos taxativamente en la norma legal aplicable por temporalidad. Siendo ello así, la resolución administrativa impugnada se encuentra incurso en vicio de nulidad sancionada en el inciso 1° del artículo 10 de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General, al haber sido emitida contraviniendo las normas sobre derechos fundamentales, constitucionales y legales que prescriben el principio de legalidad y tipicidad para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, exigiendo ley cierta, expresa y vigente; por lo que se confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda contenciosa administrativa. Cabe anotar que ciertamente la realización de la OPA contribuye a garantizar la posibilidad de participar en la adquisición de acciones en razón de la oferta pública, constituyendo una obligación que se encuentra impuesta por ley; y como señala la doctrina, nace la obligación cuando se presentan los presupuestos normativos, teniendo la OPA por finalidad garantizar el trato igualitario a los accionistas de la sociedad, siendo la ley quien determina cuales son los supuestos de hecho que hacen obligatorio realizar la oferta pública, y la ley quién determina los supuestos de infracción y de sanción, estando la actuación administrativa sancionadora en relación a la OPA sujeta a lo previsto en la ley –esto es, a los artículos 68 y 72 de la Ley de Mercado y Valores-, cuya obligatoriedad se encuentra afirmada en el artículo 109 de la Constitución, no admitiendo la norma constitucional del artículo 103 aplicación retroactiva de la ley (con la salvedad en materia penal).



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**APELACIÓN N° 5440-2019  
LIMA  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**8.- DECISIÓN.**

Por las consideraciones expuestas, en aplicación de lo prescrito por el artículo 364 del Código Procesal Civil: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha ocho de julio de dos mil quince, obrante a fojas quinientos noventa y nueve expedida por la Tercera Sala Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara **FUNDADA** la demanda incoada de fojas setenta y cinco a ciento treinta y cuatro; en consecuencia, **nula y sin efecto legal** la Resolución N° 075 2009/EF/94.01.1 de fecha veintidós de octubre de dos mil nueve; en los seguidos por DUCKTOWN HOLDINGS SA y Claudia Romero Briceño contra la Superintendencia del Mercado de Valores, sobre acción contencioso administrativa; *y los devolvieron.* Interviene como ponente el Señor Juez Supremo **Salazar Lizárraga**.

**S.S.**

**TÁVARA CÓRDOVA**

**SALAZAR LIZARRAGA**

**TORRES LÓPEZ**

**DE LA BARRA BARRERA**

**ARRIOLA ESPINO**

**KHM/sg**