



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

RAZÓN DE RELATORÍA

El caso de autos se ha resuelto a la luz de la Resolución Administrativa N.º 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional tiene el voto decisorio en los casos que se produzca empate en la votación de causas vistas por el Pleno.

En efecto, en el caso se ha producido un empate entre la posición que declara **FUNDADA** la demanda (tres votos); y la posición que declara **IMPROCEDENTE** la demanda (tres votos). Estando a que la primera posición cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional, es ésta la que se constituye en sentencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega; el voto singular del magistrado Beaumont Callirgos, que se anexa; y el voto singular en el que confluyen los magistrados Calle Hayen y Urviola Hani, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 142-144, de fecha 17 de septiembre de 2008, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objeto de que se declare nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, y que especifica como:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

- a) La aprobación de la Adenda N° 1,
- b) La aprobación de la reducción del capital social a 0,
- c) La aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),
- d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.

Solicita la anulación de dichos acuerdos en el entendido que estos vulneran sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso corporativo particular y a la interdicción a la arbitrariedad. Como corolario de todo ello, la demandante solicita la restitución plena de su derecho sobre la propiedad de las acciones que poseía en la empresa demandada Chiquitoy S.A. y, por tanto, el restablecimiento de su calidad de accionista de la mencionada empresa, con todos los derechos y obligaciones que ello implica.

Sustenta su petitorio afirmando que en Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, merced a un proceso "irregular", el cual estuvo constituido básicamente por la configuración (inclusión de una cláusula que exigía el pago en efectivo del total de las acciones suscritas) o ausencia de configuración (falta de publicidad del procedimiento aplicable) de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones, así como por la arbitrariedad manifestada en el desarrollo mismo de la junta (a través de la no existencia del momento de invitación a los accionistas para el ejercicio del derecho de suscripción), se vio privada de ejercer el mencionado derecho, ocasionando ello, no sólo una pérdida de su proporción accionaria y con ello de sus derechos políticos como accionista, sino, una pérdida total de la titularidad de las acciones que poseía en la empresa concursada Chiquitoy S.A., dado que en la misma Asamblea, las empresas demandadas FODINSA y Cartavio S.A.C. decidieron reducir el capital social a 0 y luego aumentarlo, pero sólo con la capitalización de créditos correspondientes a la clase C, es decir sólo con la clase de créditos que a estas empresas les correspondía.

Afirma la demandante que si bien el derecho de suscripción preferente no es un derecho recogido en la Constitución, su negación absoluta a través de un procedimiento corporativo a todas luces irregular, en el caso concreto, ha generado la imposibilidad de defender la propiedad de sus acciones, vulnerando con ello el contenido esencial de este derecho, así como el derecho a la libre iniciativa privada, el derecho a la interdicción a la arbitrariedad y el derecho al debido proceso corporativo particular.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara improcedente liminarmente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía para atender la resolución de la controversia planteada por la demandante, por cuanto en el caso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

sub-litis existía una vía procesal específica igualmente satisfactoria, regulada en el artículo 132 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. Considera además la Sala que, de acuerdo al carácter residual del amparo, este proceso constitucional sólo procede una vez agotados todos los recursos que la ley franquea, lo cual no se observa en el presente caso, pues la demandante reconoce la existencia de un procedimiento jurisdiccional que podría haber planteado antes de incoar el amparo, pero que no lo ha hecho por razones eminentemente personales. Sostiene, en todo caso, que de no ser el procedimiento administrativo ante INDECOPI el que cuestiona (lo cual merecería la interposición del proceso contencioso-administrativo), sino los acuerdos de la Junta de Acreedores, el plazo para interponer la demanda habría transcurrido en exceso, pues desde la realización de la mencionada Junta hasta la interposición de la demanda han transcurrido más de 60 días.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma el auto de improcedencia de la demanda, manifestando que en el presente caso, dado que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., la vía procedimental específica es el proceso contencioso administrativo, la cual se adecua mejor a la presente causa, máxime si en el presente caso las afirmaciones de la demandante requieren de una estación probatoria que el mencionado proceso aporta, contrariamente a lo que sucede con el amparo que carece de ella.

FUNDAMENTOS

§1. Planteamiento del caso

1. La recurrente plantea demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad – y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando la anulación de los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, en concreto los siguientes:

- a) La aprobación de la Adenda N° 1,
- b) La aprobación de la reducción del capital social a 0 (cero),
- c) La aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),
- d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

Fundamenta su pedido indicando que en Junta de Acreedores, de modo arbitrario y a través de un procedimiento irregular, se aprobó la Adenda N° 1, por medio de la cual se acordó la reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A., y si bien en la misma Adenda se recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, no sólo se establecieron cláusulas irrazonables que impedían el ejercicio del mencionado derecho, sino que no se dieron las condiciones mínimas para la suscripción de las acciones por parte de los accionistas.

Así, de la lectura de la demanda se verifica que la cláusula que se alega como arbitraria y destinada a impedir el ejercicio del derecho de suscripción preferente es aquella contenida en el numeral 3.2., párrafo b. de la Adenda N° 1, según la cual, el pago de las acciones suscritas deberá hacerse en efectivo en el mismo momento de la Junta.

Por otro lado, en la demanda se arguye que no se respetaron las condiciones mínimas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, establecidas en la Ley General de Sociedades, en los artículos 207, 208 y 209, consistentes básicamente en el conocimiento que deben tener los accionistas de los montos dinerarios que se requieren para el pago de la suscripción accionaria, situación que por otro lado no se produjo porque en ningún momento –según se desprende de la demanda- se realizó el cálculo de dichos montos. Del mismo modo, tampoco se reguló el momento de ejercicio de la suscripción preferente, ni menos se tomó en cuenta el procedimiento de dos ruedas establecido en el artículo 208 de la Ley General de Sociedades. Finalmente, tampoco se emitieron los certificados de suscripción preferente, los mismos que permiten no sólo el conocimiento de todos los datos necesarios para la suscripción (principio de publicidad), sino que son los que posibilitan la transferencia por parte de los accionistas de sus acciones y de su derecho de suscripción preferente, en el caso que los mismos se vean imposibilitados de suscribir las nuevas acciones.

Por último, la recurrente afirma que en el mismo desarrollo de la Junta, en ningún momento se invitó a los accionistas a suscribir acciones, en mérito al derecho preferente que poseían, y ello pese a que el Presidente de la Junta conocía de su presencia en la mencionada Junta.

En el presente caso, además, la ausencia de las condiciones legales requeridas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente -como puede observarse de lo planteado por la parte demandante- se presentó en una hipótesis de especial gravedad para los derechos de los accionistas: la reducción del capital social de la empresa concursada a 0 (cero) y el posterior aumento de capital social por capitalización de créditos. Quiere ello decir que de no poder ejercerse la suscripción de acciones, los accionistas perderían todas las acciones que poseían y, por ende, la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

propia calidad de accionista. Esta situación es la que finalmente se produjo en el caso sub-litis, donde todos los accionistas fueron licuados por la operación societaria aprobada en la Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006.

2. Este Tribunal Constitucional observa que en el caso *sub examine*, al margen de las supuestas arbitrariedades e irregularidades presentadas en el procedimiento de suscripción preferente de acciones alegadas por la parte demandante y que deberán ser examinadas a la luz del principio de interdicción a la arbitrariedad y el debido proceso corporativo privado, existe una especial situación de intervención gravosa en los derechos fundamentales alegados y que requiere efectuar un análisis que vaya mucho más allá de una evaluación del cumplimiento de requisitos “legales” para la reducción y el aumento del capital social y el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Considera, por el contrario, que ante la presencia de una operación societaria que puede implicar la “desaparición” de los accionistas de una empresa, es necesario efectuar un análisis desde la Constitución sobre la validez y legitimidad de una operación societaria de este tipo. Más aún si esta operación, que la doctrina y práctica societaria conoce como “operación acordeón” (es decir, reducción a 0 –cero- y aumento automático del capital social), no se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades y puede afectar gravemente los derechos de los accionistas a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada.

En este contexto, a efectos de resolver la presente controversia constitucional y determinar la legitimidad constitucional de la “operación acordeón”, es necesario resolver los siguientes puntos controvertidos:

1. En primer lugar, desde un punto de vista procesal es necesario identificar como funcionan en el presente caso las causales de improcedencia establecidas en los incisos 1 y 2 del artículo 5 del C.P.Const. En este contexto, será necesario determinar si en el presente caso están en juego derechos de sustento constitucional directo, identificables *prima facie* y que permitan ingresar a discutir el fondo del asunto. Además es necesario determinar si el proceso de amparo es la vía para resolver la presente controversia, teniendo en cuenta el carácter residual de este proceso. En este segundo punto será necesario establecer si a pesar de la existencia de una vía procesal específica como el proceso contencioso administrativo para la discusión de la presente litis, el amparo puede escogerse como una vía de mayor satisfacción.
2. En segundo lugar, es necesario precisar la eficacia de los derechos fundamentales en una relación entre privados. En este contexto, se presenta de especial relevancia el análisis de situaciones de indefensión, sobre todo en el marco de sociedades comerciales, donde confluyen poderes económicos fuertes que pueden imponer su voluntad frente a los accionistas minoritarios.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

3. En tercer lugar, es preciso definir los alcances de nuestro modelo económico iusfundamental y de los derechos a la propiedad y la libre iniciativa privada recogidos en nuestra Constitución Económica, como presupuesto para poder ingresar a examinar su afectación en el presente caso.
4. En seguida, entrando al fondo del asunto, será necesario establecer los lineamientos del derecho de suscripción preferente establecidos en la Ley General de Sociedades, su finalidad y su relevancia constitucional. En concreto, será preciso determinar si forma parte del derecho de propiedad de los accionistas, es decir si es constitucionalmente necesario el ejercicio del derecho de suscripción preferente o si, por el contrario, es sólo una opción legislativa de tratamiento del estatuto de los accionistas en una sociedad anónima, es decir si ingresa en el terreno sólo de lo constitucionalmente posible.
5. Luego, es preciso establecer la legitimidad constitucional de la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) y el posterior aumento del capital social. En este sentido, será preciso cotejar el valor que tiene la continuidad de una empresa en nuestro modelo económico constitucional y la incidencia de una operación de este tipo (“operación acordeón”) en los derechos fundamentales del accionista a la propiedad, a la libre iniciativa privada e incluso el derecho de asociación. Así:
 - ¿Puede admitirse una medida de este tipo, aun cuando afecte estos derechos iusfundamentales? ¿Cuál es su justificación constitucional? ¿En todo caso, en qué circunstancias es permisible su adopción? ¿Bajo qué condiciones?
 - ¿Cómo se afecta en este caso el derecho de propiedad de los accionistas? ¿Su ejercicio en todo caso es absoluto? ¿Puede limitarse? ¿Bajo qué condiciones constitucionales?
 - ¿Qué rol juega en este supuesto el derecho de suscripción preferente?
 - ¿No se afecta el derecho de asociación en conexidad con el derecho a la libre iniciativa privada si se toma el acuerdo de reducción del capital social a 0 (cero) sólo por una mayoría accionarial, sin el asentimiento del accionista afectado? ¿No se vería éste excluido de la sociedad por una decisión que no comparte? ¿Puede aun bajo esta circunstancia permitirse la adopción de la operación “acordeón”? ¿Qué condición mínima debe suponer, en todo caso, dicha adopción?
6. Por último se analizará si en el caso concreto se han afectado los derechos a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada, de acuerdo a las determinaciones previamente efectuadas, en contraste con las “irregularidades” planteadas por la recurrente justiciable. En el análisis de los hechos será necesario contrastar también si estos han incidido en el núcleo constitucional de los derechos al debido proceso corporativo particular y la interdicción a la arbitrariedad, como derechos que garantizan el correcto desempeño de cualquier procedimiento donde se discutan derechos, incluidos los procesos corporativos privados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

§2. Cuestiones procesales

3. En el presente caso, aun cuando la improcedencia dispuesta por las dos instancias previas haya sido efectuada en mérito a la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., la primera cuestión procesal que toca dilucidar es la referente a la existencia de derechos de sustento constitucional directo en la controversia planteada por la parte demandante. En este contexto, dada la aparente complejidad sustancial de la presente causa, será necesario en primer lugar, dilucidar, desde la exigencia establecida en el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., la procedencia o no de la pretensión planteada.
4. Y es que, tal como ha sido presentada la argumentación postulatoria, el caso sub-litis plantea una primera duda: si el derecho de suscripción preferente de acciones, cuya afectación se alega en el presente caso, puede inscribirse como un contenido fundamental protegido por nuestra Constitución y, por tanto, ser susceptible de tutela a través del proceso de amparo. *Prima facie*, desde una concepción puramente formal de los derechos fundamentales, la duda se despejaría en sentido negativo, es decir, podría afirmarse que el derecho de suscripción preferente no tiene el atributo de fundamental pues no se encuentra inscrito en el catálogo expreso de derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge. En esta perspectiva, atendiendo a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., la presente demanda debería declararse improcedente, confirmando, aunque por otra causa, el auto emitido por las instancias inferiores.
5. Sin embargo, la controversia presenta otras complejidades, apuntadas también en el escrito de postulación del presente proceso y reseñadas en los antecedentes de la presente sentencia. Así, el referido derecho de suscripción preferente ha sido presentado como un medio necesario e indispensable para la protección de la titularidad de las acciones de la demandante, esto es, de su derecho de propiedad sobre ellas y, por ende, de su condición de accionista, en el contexto de un supuesto de reducción del capital social a 0 (cero). Como ha sostenido la demandante, “en el presente caso (...) el derecho de suscripción preferente guarda un grado de relación y vinculación tal con el derecho a la propiedad de las acciones, que éste se vacía de contenido sin aquél” (fojas 362 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Al mismo tiempo, los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores habrían sido tomados vulnerando otros derechos fundamentales de la demandante como son el debido proceso corporativo particular y la interdicción a la arbitrariedad.

En este contexto, el caso plantea un problema de determinación del contenido ius-fundamental vulnerado. Dicha determinación, plantea, además, la ubicación que el derecho de suscripción preferente tiene respecto al contenido constitucional del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

derecho a la propiedad y de los derechos a la asociación y libre iniciativa privada; o la incidencia que la vulneración del derecho de suscripción preferente puede tener respecto a estos derechos ius-fundamentales, en el supuesto de la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero). El caso plantea pues, en último término, el modo de determinación del contenido de un derecho fundamental y de vulneración del mismo, si es que dicha determinación puede ser realizada en abstracto, es decir desde la sola consideración de las normas de derecho fundamental, o si por el contrario, cabe también una determinación efectuada en atención a las circunstancias del caso concreto, es decir a través de la relación específica de las normas de derecho fundamental con los hechos de la situación constitucional planteada.

6. El problema de determinación ius-fundamental de la relación enunciada y, por tanto, la dilucidación de la naturaleza legal o constitucional de la presente controversia jurídica, sin embargo, no puede tener tantos alcances en la fase de admisión del proceso constitucional. Como veremos en seguida, la determinación del carácter constitucional de la pretensión intentada, esto es, la presencia de un contenido constitucional directamente afectado en un caso de compleja naturaleza como el presente, sólo puede realizarse a la luz del examen completo de los derechos fundamentales en cuestión y de las circunstancias gravosas que los afectan. Por ello, aun cuando esta situación no ha sido materia de pronunciamiento en las dos instancias previas, ni opuesta por las entidades emplazadas, consideramos necesario iniciar el análisis del presente caso con la forma cómo opera la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const. en un “caso difícil” como el presente.

2.1. La determinación del derecho de sustento constitucional directo y de su contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia en el presente caso. Su examen a la luz de la distinta estructura de los derechos fundamentales y de los elementos fácticos del caso controvertido

7. En primer lugar, es necesario plantearse si la exigencia de determinación de la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y de la afectación de su contenido constitucional como causal de procedencia es la misma que para la resolución final del fondo del asunto. Quiere ello decir que si en la etapa de admisión de la demanda es necesario realizar un examen *determinante* de la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y de la afectación de su contenido constitucional o si, por el contrario, dicho análisis debe quedar reservado para un examen más amplio realizado luego de transcurrido todo el íter del proceso constitucional. Esta cuestión puede merecer, según la naturaleza del caso planteado y en atención a la particular estructura de los derechos fundamentales, dos respuestas diferentes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

8. En efecto, si nos encontramos ante una controversia donde el encuadramiento de la hipótesis fáctica dentro de la referencia semántica de la norma ius-fundamental puede realizarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones, la calificación de la procedencia de la demanda, en referencia a lo establecido en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., puede realizarse sólo en la etapa de admisión. Nos encontramos aquí, pues, con la determinación de procedibilidad de la demanda ante lo que la dogmática de los derechos fundamentales conoce como un “caso fácil”.

En la determinación de procedibilidad de la demanda, en atención a la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y la afectación de su contenido constitucional, también es necesario considerar la jurisprudencia previamente emitida por el Tribunal Constitucional. Y es que si este Colegiado ya ha emitido jurisprudencia sobre el ámbito de contenido constitucional de un derecho fundamental y el ámbito que se encuentra excluido de él, la labor del juez, en la determinación de la existencia de un problema constitucional en el caso en cuestión se hará más sencilla. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que las diversas circunstancias de un caso pueden introducir nuevos elementos de discusión no presentes en la doctrina jurisprudencial establecida por el Colegiado Constitucional; por lo que el juez constitucional tampoco podrá rechazar *de plano* una demanda de amparo cuando aprecie la existencia de estos nuevos elementos.

9. Por el contrario, si nos hallamos ante un “caso difícil”, definido como aquel en el cual, por causa de la indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable, no aparece claro *a priori* si el acto que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental relevante, la admisión de la demanda de amparo no podrá someterse a la exigencia de determinación final o definitiva de la concreción normativa fundamental. Dicha determinación corresponde, más bien, a la etapa decisoria final, luego de examinadas a profundidad las razones a favor y en contra de la determinación del contenido ius-fundamental en uno u otro sentido.
10. Desde una perspectiva analítica, y teniendo en consideración la distinta estructura que pueden presentar los derechos fundamentales y los conflictos que pueden suscitarse entre ellos o entre éstos y otros bienes constitucionales, este Tribunal considera que al momento de determinar la procedencia de la demanda de amparo, en la fase de admisión, en mérito a la causal establecida en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., es necesario tener en cuenta los siguientes supuestos:
 - a) Si el supuesto de hecho alegado no ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser declarada improcedente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

- b) Si, por el contrario, el supuesto de hecho alegado ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser admitida a trámite.
- c) De otro lado, si el supuesto de hecho alegado ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede no llegar a estarlo luego de efectuarse un procedimiento de ponderación, la demanda debe ser admitida.
- d) Finalmente, si el supuesto de hecho alegado no ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede llegar a estarlo luego de efectuarse el procedimiento de ponderación, la demanda igualmente debe ser admitida.

Es decir, sólo cuando, en términos del artículo 47 del C.P.Const., el juez observe la no inclusión *manifiesta* de un supuesto de hecho en el contenido constitucional de un derecho fundamental, podrá declarar improcedente *in limine* la demanda, sin ingresar a discutir el fondo del asunto.

- 11. En el presente caso, de la lectura de la demanda se desprende que si bien se alega que el acto lesivo ha consistido en el impedimento del ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones, derecho que, como ya dijimos, no estaría encuadrado dentro del catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Constitución, de la misma lectura también se concluye que el mencionado impedimento tendría una conexión directa, dada la reducción del capital social a 0 (cero) de la empresa concursada, con el derecho a la propiedad y el derecho a la libre iniciativa privada conectado con el derecho de asociación. No se trataría, entonces, de verificar alguna cuestión relacionada con el ejercicio del derecho de suscripción preferente como derecho patrimonial –esto es de problemas del *quántum* de la suscripción o de la transferencia del mismo–, sino que lo que estaría en juego en el presente caso es el mismo derecho a la propiedad y a la libre iniciativa privada y asociación, pues ante la reducción del capital social a 0 y la imposibilidad de suscribir acciones por parte de los accionistas, en el respectivo aumento de capital, la recurrente, así como los demás accionistas, vieron licuadas sus acciones, perdiendo en el acto su calidad de accionistas.

De este modo, si bien inicialmente la propiedad de las acciones y el valor que las mismas tienen o su representación como derechos políticos al interior de la sociedad, están sujetos a los vaivenes de la vida empresarial, donde el capital y el interés lucrativo de la sociedad son los que determinan los frutos de la propiedad accionaria, también es cierto que la sociedad comercial no puede pasar, de cualquier modo, por encima de los derechos individuales de los socios que la componen. En este contexto, este Tribunal considera que en el presente caso, si bien *prima facie* el derecho de suscripción preferente y las demás garantías establecidas por la ley para el aumento o reducción del capital social no pertenecen



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

al contenido constitucional del derecho a la propiedad o libre iniciativa privada o asociación, ante circunstancias como la reducción del capital social a 0 y la pérdida total de las acciones y de la calidad de accionista, sí se presentan razones para encuadrar estas garantías dentro del contenido constitucional de los derechos invocados por la recurrente justiciable.

Entonces la dificultad del caso radica en determinar la relación existente entre el derecho a la propiedad de las acciones y la libre iniciativa privada y asociación en el marco de un régimen societario o concursal y el derecho a la suscripción preferente como derecho de garantía del mismo, en la hipótesis de reducción a 0 (cero) del capital social. Esto es, la inclusión de dicho derecho de suscripción preferente en el ámbito ius-fundamental de los derechos invocados, en el caso concreto. Como dicha inclusión no puede determinarse *prima facie*, sino después de un examen relacional y fáctico de los derechos en juego; en el presente caso, para la determinación de la procedencia del amparo, de acuerdo a la exigencia establecida en el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., bastará con la verificación de un contenido inicial de los referidos derechos, como es en el presente caso el derecho a disponer de la propiedad sin interferencia estatal o de terceros y el derecho a pertenecer a una sociedad cualquiera ejerciendo a través de ella una actividad económica. Como ya se dijo, dicha vulneración ha sido alegada en el presente caso, pues, al haberse seguido un procedimiento irregular que habría impedido el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la accionista recurrente, luego de la reducción del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A. a 0 (cero) y el posterior aumento del mismo, los derechos a la propiedad y la libre iniciativa privada y asociación, en estas dimensiones reconocibles *prima facie*, estarían en discusión en la presente causa.

2.2. La existencia de una vía procesal específica igualmente satisfactoria como causal de improcedencia en el presente caso. Su interpretación desde la dimensión objetiva del proceso de amparo

12. Un aspecto que, a través de una cada vez más consolidada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha considerado trascendente a la hora de admitir a discusión y debate una controversia, es el tema de la función o dimensión objetiva de los procesos constitucionales (STC 4587-2004-AA/TC, caso Santiago Martín Rivas, en cuyo fundamento jurídico 19 se sostiene que: “Finalmente, y no en menor medida, el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la *controversia era de notoria trascendencia nacional* y, por tanto, de *alcances que trascendían al caso concreto*”. STC 6204-2006-PHC/TC, caso Chávez Sibina, donde en los fundamentos jurídicos 5 y 6 el TC afirmó que “Este criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional [la improcedencia del hábeas corpus contra actos del Ministerio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

Público], no obstante, debe ser aplicado considerando, permanentemente, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, atendiendo a la tutela del principio de supremacía jurídica de la Constitución y a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; además de las *circunstancias objetivas* que rodean la controversia a resolver. En tal sentido, si bien en el presente caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal del recurrente, el Tribunal Constitucional estima pertinente ingresar a resolver el fondo de la controversia planteada por dos razones esenciales. En primer lugar, en atención al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, y del principio de economía procesal; en segundo lugar, por la *relevancia jurídica de la pretensión propuesta* por el demandante que está relacionada con el control constitucional de los actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; *vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional*, a efectos de dilucidar la tutela o no del derecho que invoca el recurrente, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales”). En efecto, esta dimensión del proceso constitucional, sin anular la dimensión subjetiva tutelar de un proceso de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, incorpora una concepción que difiere en grado sumo de la concepción clásica del proceso acuñada por la Teoría General del Proceso.

Como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de precisar, el Derecho Procesal Constitucional asume, por la especial finalidad que ostenta, unos rasgos o características diferenciadas del Derecho Procesal General. Así, el Derecho Procesal Constitucional, como *derecho constitucional concretizado* o bajo la *concepción instrumental* que le otorga la moderna doctrina procesal, propugna, en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, la configuración especial de determinadas instituciones procesales y la apertura del proceso hacia nuevos cauces. En esta línea de razonamiento, uno de los aportes más significativos que esta rama procesal ha incorporado al ordenamiento jurídico es la posibilidad de ponderar el proceso más allá de su estricto rol de solución pacífica de conflictos inter-partes, aunando a su objeto la necesaria estabilización del ordenamiento jurídico a través de la actividad interpretativa. En este contexto, el proceso no sólo cumple su finalidad en la resolución de los intereses subjetivos planteados al interior del proceso, sino que extiende su *thelos* a la ordenación y pacificación de un conflicto derivado de la ausencia o deficiencia de regulación jurídica concreta.

Un caso paradigmático de la función objetiva del proceso constitucional es el regulado en el artículo 1 del C.P.Const., donde se establece que aun cuando el interés subjetivo de la parte ha desaparecido, por irreparabilidad del daño sufrido o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

por cesación de la agresión, el amparo puede declararse fundado. Y es que aun cuando ya no hay un interés subjetivo que proteger, lo que significaría para el procesalismo clásico el decaimiento del objeto del proceso, la dimensión objetiva del proceso, que el derecho procesal constitucional incorpora, importa también la tutela del interés objetivo de la sociedad, representado por la determinación que el juez constitucional deba realizar de la conducta lesiva del derecho fundamental. Dicha determinación permitirá ordenar la conducta del funcionario o persona emplazada con el amparo e impedirá la comisión de una nueva lesión, además de orientar el correcto desempeño de otras autoridades o particulares, según los contenidos fundamentales determinados en la sentencia.

13. En lo que se refiere a la evaluación de la procedibilidad de la demanda, como ya se adelantó, la dimensión objetiva del amparo adquiere también trascendental importancia. Y es que si bien desde una perspectiva subjetiva de evaluación de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., el amparo sólo procede cuando el demandante no cuente con otra vía procesal específica igualmente satisfactoria para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, lo cual implica la concurrencia de dos requisitos copulativos: la existencia de una vía específica (existente en casi todos los casos) y la satisfacción paritaria de dicha vía respecto al amparo (lo cual se determina, entre otras cosas, por la capacidad que ese cauce procesal tenga para atender temas de urgencia); desde una perspectiva objetiva del amparo, dicha exigencia se diluye.

Y es que el interés que estará en juego en el proceso ya no será solo el interés de la parte reclamante del amparo o, en todo caso, de la contraparte demandada, merced a lo cual, si existe otra vía para satisfacer su pretensión que sea igualmente satisfactoria, la demanda deberá ser encauzada a través de ésta; sino que el interés primordial, que se suma al del amparista será el interés de la sociedad de obtener una solución adecuada a un problema de relevancia constitucional que no ha sido definido con anterioridad o que lo ha sido pero de modo defectuoso y contradictorio y que requiere, por tanto, un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

14. En esta línea de razonamiento, este Tribunal considera que desde una interpretación en clave objetiva del proceso de amparo, no puede considerarse como una vía específica igualmente satisfactoria a la vía judicial ordinaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., y es que cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

15. En el caso *sub examine*, si bien este Colegiado considera que de acuerdo a una perspectiva estrictamente subjetiva de interpretación del artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., la improcedencia de la demanda podía postularse, como en efecto se hizo por las dos instancias previas, y es que según el artículo 132 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, el proceso específico para la discusión de materias concursales es el proceso contencioso administrativo; desde una lectura objetiva del proceso de amparo como la aquí planteada, apreciamos que en el presente caso existe una necesidad de pronunciamiento, dada la ausencia de regulación de las condiciones mínimas de legitimidad constitucional de una especialísima operación societaria como la operación “acordeón”, máxime si dentro de las funciones constitucionales del Tribunal Constitucional se encuentra la interpretación definitiva del ordenamiento constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

En efecto, en el presente caso la exigencia de pronunciamiento es atendible cuando se aprecia que la determinación de la relación entre el derecho de suscripción preferente y el derecho a la propiedad y la libre iniciativa privada y asociación, planteado como problema constitucional, está condicionada por un supuesto de hecho en el régimen societario y concursal de suyo excepcional: la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) y su posterior aumento, operación sobre la cual la Ley 26887, Ley General de Sociedades, guarda silencio absoluto. La posibilidad de reducir el capital social de una empresa a 0 (cero), incide gravemente en el derecho de propiedad de los accionistas y en su derecho a la asociación e iniciativa privada; por lo que la determinación de la legitimidad constitucional de esta operación y en todo caso, las condiciones bajo las cuales debe operar, es de vital importancia no sólo en la resolución de la presente controversia, sino en el funcionamiento regular de las sociedades comerciales y en el respeto de los derechos de los accionistas minoritarios.

16. Es preciso apuntar que si bien la posibilidad de reducción del capital social a 0 (cero) es un tema que inicialmente debería estar encuadrado dentro de la legislación societaria o concursal o, en todo caso, dejarlo a la decisión de los órganos de gobierno de las sociedades comerciales, en el marco de su autonomía estatutaria; desde una óptica constitucional, la regulación de las condiciones mínimas en que dicha reducción debe operar para no vulnerar o para incidir menos intensamente en los derechos fundamentales de los accionistas a la propiedad, la asociación y la libre iniciativa privada, es una exigencia palmariamente necesaria, sobre todo teniendo en consideración la ausencia de regulación legal específica de este supuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

En dicha tesitura, la concreción de las condiciones mínimas de producción de un acto societario como el mencionado, no asume la forma de una invasión en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

competencia legislativa o privada de configuración del régimen de las sociedades comerciales, sino que representa sólo un correlato de la función que ostenta el Tribunal Constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución. No se trata, en este sentido, de sustituir al legislador o al particular en el ejercicio de sus competencias para configurar las relaciones en el plano social, sino de asegurar que todo orden de relaciones, civiles, comerciales, laborales, etc. se halle en armonía con el conjunto de principios y valores que la Constitución recoge.

La función que el Tribunal Constitucional ostenta en la “constitucionalización” del orden jurídico no se agota, pues, en la declaración de incompatibilidad constitucional de normas legales o infralegales con la Constitución, sino que, ante la ausencia de regulación legal de alguna situación que incide directamente en el ejercicio de los derechos fundamentales, este Colegiado se encuentra obligado a integrar o complementar el ordenamiento jurídico a fin de cumplir el imperativo constitucional contenido en el artículo 139, inciso 8 de la Constitución de no dejar de impartir justicia en un caso concreto, por vacío o deficiencia de la ley; así como en cumplir su obligación constitucional de impedir la vulneración permanente y sistemática de los derechos fundamentales derivados de la omisión legislativa (*deber de protección*).

A mayor abundamiento, es necesario recordar que en el marco de la comprensión actual de la eficacia directa y de la vinculación general de los derechos fundamentales, ante la presencia de una situación fáctica que produzca su amenaza o vulneración, el juez constitucional se encuentra en la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de interdictar dicho estado inconstitucional. Una interpretación en sentido contrario significaría afirmar que los derechos fundamentales valen no por su incorporación en la Constitución, sino por su reconocimiento a través de la ley; comprensión que desconoce el valor jurídico de la Constitución y que nos remonta a la valoración decimonónica de los derechos fundamentales como meras declaraciones retóricas de buena voluntad, desprovistas de toda eficacia jurídica.

17. En este contexto, más allá de la determinación de la legitimidad constitucional del modo como operó en el presente caso la reducción del capital social a 0 (cero), importa también determinar las condiciones mínimas de un ejercicio constitucionalmente adecuado de la llamada “operación acordeón”, por lo que en el presente caso se justifica la admisión del amparo, desde una interpretación objetiva de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const.

2.3. Otras cuestiones procesales relevantes



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

18. No obstante haber establecido la procedencia de la demanda en atención a la relevancia constitucional del caso, lo cual supone una lectura objetiva de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const; siguiendo la línea jurisprudencial precedente (STC 4587-2004-AA/TC, fundamentos 15 y 19) debe verificarse previamente si en el caso concreto se han respetado los derechos fundamentales de las partes en el proceso, especialmente el derecho de defensa de la parte emplazada. Ello en razón a que la finalidad objetiva de defensa de la Constitución no puede llevarse a cabo pasando por encima de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, pues ello significaría, además de una contradicción en sus propios términos, una instrumentalización de la persona demandante o demandado, inadmisibles en el marco de un Estado Constitucional.
19. En el caso *sub exámine*, se aprecia que la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A., además de haber participado en sede administrativa absolviendo el traslado de la impugnación efectuada por la recurrente ante el tribunal de INDECOPI, mediante escrito de fecha 5 de junio del 2007 en la cual expresó no haberse impedido el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la demandante (fojas 207-211 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), también ejerció su derecho de defensa en el presente proceso constitucional. Ello se desprende, en primer lugar, de la notificación efectuada del recurso de apelación de fecha 14 de abril del 2008, donde se le puso en conocimiento del proceso, además de la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda de amparo (fojas 437, 438 y 439 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Posteriormente, la misma empresa efectuó el apersonamiento correspondiente ante la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante escrito de fecha 6 de agosto del 2008, donde señaló domicilio procesal y solicitó se le notifique de las resoluciones emitidas en la instancia (fojas 94 del cuaderno de la Corte Suprema). Asimismo, mediante resolución de fecha 4 de septiembre del 2008 se dio por notificada a la empresa emplazada de la vista de la causa realizada el 17 de septiembre del mismo año (fojas 140 del cuaderno de la Corte Suprema). Igualmente, se le notificó de la resolución de la Corte Suprema que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda (fojas 147 del cuaderno de la Corte Suprema). Por último, en sede del Tribunal Constitucional la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. se apersonó mediante escrito de fecha 19 de enero del 2009, fijando domicilio procesal y solicitando la notificación de las respectivas resoluciones (fojas 03 del cuaderno del Tribunal Constitucional); y mediante escrito de fecha 20 de marzo del 2009, solicitó el uso de la palabra para informar oralmente en la causa (fojas 22 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

Por su parte, el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. también fue parte en sede administrativa, esgrimiendo al igual que la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. el ejercicio extemporáneo del derecho de suscripción preferente por parte de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

demandante (escrito de fecha 12 de junio del 2007, de fojas 147 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). En sede judicial, también conoció del proceso, siendo notificado del recurso de apelación, y de la resolución que declaró improcedente la demanda en segunda instancia (fojas 473-477 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; fojas 146 del cuaderno de la Corte Suprema). Además, se apersonó en sede de la Corte Suprema y solicitó el uso de la palabra en la vista de la causa (escrito de fecha 18 de agosto del 2008, de fojas 121 del cuaderno de la Corte Suprema). Finalmente, en sede del Tribunal Constitucional, mediante escrito de fecha 16 de enero del 2009 se apersona a la instancia, señala domicilio procesal y solicita el uso de la palabra (fojas 10 del cuaderno del Tribunal Constitucional), derecho que finalmente ejerció en la Vista de la Causa de fecha 26 de marzo del presente año en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en la ciudad de Pucallpa en la referida fecha.

El Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. (FODINSA) si bien no intervino en el procedimiento administrativo, sí conoció del proceso constitucional de amparo, pudiendo en diversos momentos ejercer su derecho de defensa. Así, fue notificada de la apelación interpuesta por la recurrente, conjuntamente con la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda (fojas 435, 436 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Del mismo modo, se le puso en conocimiento de la resolución de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de amparo (fojas 154 del cuaderno de la Corte Suprema).

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, aun cuando técnicamente no constituya parte del presente proceso, en cuanto las resoluciones que emitió no son *strictu sensu* las que contienen el acto reclamado, sino simplemente las que han cumplido el requisito de la vía previa; también ha tenido conocimiento del presente proceso, tal como se desprende de las notificaciones efectuadas tanto de la apelación de la recurrente justiciable como de la resolución de segunda instancia del presente proceso de amparo (fojas 434 y 436 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y fojas 155 del cuaderno de la Corte Suprema, respectivamente).

En defensa del Poder Judicial, dado que el recurso de agravio interpuesto fue dirigido contra una resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, y aun cuando esta situación no constituya razón para entender al Poder Judicial como parte procesal, se presentó el Procurador Público del Poder Judicial, quien se apersonó a esta instancia jurisdiccional y solicitó el uso de la palabra mediante escrito de fecha 13 de marzo del 2009 (fojas 14 del cuaderno del Tribunal Constitucional), derecho que finalmente ejerció en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

Vista de la Causa de fecha 26 de marzo del presente año en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en la ciudad de Pucallpa en la referida fecha.

20. Como puede verse de los actos procesales reseñados, en el presente caso los demandados, además de tener conocimiento del desarrollo del proceso de amparo, tres de ellos ejercieron su derecho de defensa apersonándose al proceso e interviniendo en la vista de la causa, dando a conocer los argumentos contrarios a la pretensión de la justiciable recurrente del amparo. De lo expuesto en los respectivos informes orales, como de lo expresado por las empresas demandadas en el procedimiento administrativo, se desprende que el argumento básico de la contraparte es que el derecho de suscripción preferente de la señora Flor de María Ibáñez Salvador no se habría vulnerado, en tanto la demandante tuvo conocimiento, desde la publicación de los avisos de convocatoria, de la reducción y aumento de capital y de la posibilidad de suscribir acciones; que, lamentablemente, su intervención fue extemporánea, cuando ya se había acordado el aumento de capital por capitalización de crédito y la etapa de ejercicio de la suscripción preferente ya había precluido; que cuando el Presidente de la Junta expresó si existía por parte de los accionistas una propuesta distinta para reestructurar el capital, la señora Flor de María Ibáñez no intervino, con lo cual consintió la adopción del acuerdo de capitalización de créditos de clase C.
21. Por otro lado, es necesario dilucidar si en el presente caso, tal como lo afirmó la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, se ha presentado un supuesto de prescripción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 del C.P.Const. A este respecto es necesario precisar que, de acuerdo a lo establecido por la citada norma, el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los 60 días de producido el agravio constitucional; sin embargo, entre las reglas que establecen una situación excepcional a esta norma general se encuentra aquella que prescribe que, en el caso de agotamiento de vías previas, el plazo se empezará a contar desde que se emite la resolución que agota ésta. En el presente caso, si bien los Acuerdos de Junta de Acreedores impugnados son de fecha 6 de diciembre del 2006, la resolución de INDECOPI que agotó la vía administrativa fue notificada a la demandante el 11 de septiembre del 2007, con lo cual el plazo de 60 días hábiles para interponer el amparo, a fecha 7 de diciembre del 2007 en que se presentó la demanda, se cumplió en términos correctos.

§3. Cuestiones de fondo

3.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. El caso de las situaciones de "indefensión"

22. En primer lugar, es necesario establecer la eficacia que los derechos alegados por la actora ostentan en la relación jurídica dada entre ella y las empresas demandadas,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

dada la naturaleza de personas jurídicas de derecho privado de éstas. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sustentado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de una manera amplia y consolidada y lo ha hecho en base a tres órdenes de razones:

- a) En primer lugar, en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), en atención al cual “el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales” (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).

En este contexto, la defensa de la persona humana y su dignidad, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución, no representa sólo el fin supremo del orden estatal, sino también el sustrato material de convivencia de la sociedad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que ha calificado en reiteradas ocasiones a la Constitución no sólo como la norma fundamental del Estado, sino también como la Ley Fundamental de la Sociedad (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5).

- b) Por otro lado, esta eficacia se ha sustentado en la obligación derivada del artículo 38 de la Constitución, que establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).
- c) Finalmente, esta eficacia también se ha postulado atendiendo a la concepción objetiva de los derechos fundamentales, que impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también los propios particulares (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5).

Por su parte, a nivel procesal, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de establecer la *eficacia directa* de los derechos fundamentales en las relaciones *inter*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

privatos, esto es, el emplazamiento directo de un particular en la jurisdicción constitucional, en atención básicamente a la disposición contenida en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución que establece: “la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o *persona*”.

23. Aun cuando este Tribunal no ha efectuado una disciplina sistemática de los supuestos en los cuales se presenta un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, admitiendo casuísticamente temas relacionados con derechos laborales (STC 206-2005-PA/TC), salud y medio ambiente (STC 964-2002-AA/TC), protección del honor (STC's 748-2000-AA/TC, 905-2001-AA/TC y la 3512-2005-AA/TC) y debido proceso (STC 2279-2003-AA/TC), entre otros; de cara a la resolución del caso concreto, es necesario ahondar en el fundamento de un caso particular de eficacia horizontal. Éste es el caso de las situaciones de indefensión.
24. En principio, las relaciones entre particulares se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, por el cual cada parte de una relación contractual decide autónoma y libremente comprometerse con otra persona en la realización de determinadas prestaciones. Sin embargo, la idealización o generalización de una sociedad donde las personas intercambian libremente bienes jurídicos y materiales y donde los compromisos contractuales a los cuales se sujetan son adoptados en pleno ejercicio de su autonomía, constituye hoy en día y, a la luz de una larga experiencia histórica, una postura desencajada de la realidad y que, más bien, puede ocultar un sistema injusto de relaciones donde la persona más débil puede sucumbir en sus derechos e intereses ante el más fuerte. Por ello, se considera que en el ámbito de las relaciones entre particulares puede presentarse, además de una justa y equitativa relación sinalagmática establecida entre personas en pleno ejercicio de su autonomía, una relación injusta de imposición de condiciones de una parte sobre otra, explicable sólo por el poder político, social o económico que una de las partes puede ostentar o ejercer de hecho sobre la otra. Cuando dichas imposiciones son producto de una relación jurídica establecida entre dos personas, donde una de ellas tiene un poder de mando o dirección sobre la otra que debe obedecer los mandatos impelidos, se produce una afectación ius-fundamental por “*subordinación*”. Por otro lado, cuando estas imposiciones son efectuadas simplemente en mérito a que una de las partes ejerce “de hecho” un poder sobre la otra parte sin que ésta tenga la posibilidad o los medios de resistir, se produce una afectación ius-fundamental por “*indefensión*”. En este segundo supuesto, el concepto clave radica en la “ausencia de medios” y su determinación se realiza caso por caso, en base a la evaluación concreta y relacional de las situaciones observadas.
25. En el presente caso, es preciso tener en cuenta el concepto de “indefensión”, en tanto el examen de las relaciones entre la sociedad comercial y el socio debe tener en cuenta el hecho de que en una sociedad comercial los acuerdos a los cuales se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

sujetan los socios se adoptan por mayorías, las cuales en ejercicio de su poder económico pueden adoptar decisiones que vulneren o afecten en distintos grados los derechos fundamentales, sin que el socio o accionista minoritario tenga la posibilidad de resistir. Así, puede presentarse en determinadas circunstancias, sobre todo cuando la Ley General de Sociedades no recoge el derecho de oposición de los accionistas e, incluso aun cuando lo recoja, que una decisión de la mayoría accionarial afecte gravemente los derechos de los accionistas minoritarios, remediable sólo a través de los recursos judiciales respectivos.

3.2. La Constitución Económica y los derechos fundamentales económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada

26. En el presente caso, a efectos de determinar los criterios de legitimidad constitucional de la operación societaria denominada “operación acordeón” y de establecer, luego, la validez constitucional de los acuerdos de Junta de Acreedores impugnados por la parte demandante, es necesario precisar primero los principios y contenidos ius-fundamentales que rigen e inspiran el régimen económico recogido en nuestra Constitución. Y es que, como se ha planteado en el fundamento 12 de la presente sentencia, el caso sub-litis se presenta como un caso de *desarrollo económico* de una sociedad, sujeta por cierto a los intereses crematísticos de la sociedad, los socios y, en el presente caso, también de los acreedores. Sin embargo, como se verá en el presente acápite, una *doctrina constitucional de la economía y el mercado* comporta exigencias que van más allá de la simple ecuación dineraria de quienes intervienen en las operaciones económicas, y que se concretizan no sólo en un equilibrio buscado entre los intereses de los agentes económicos (*economía de mercado*) y los intereses de la sociedad en general (*economía social de mercado*), sino en el respeto estricto de los valores y principios que inspiran el propio régimen de *economía abierta*. En este contexto, será necesario determinar, primero, cuáles son los principios esenciales que constituyen el sustrato de nuestra “*Constitución Económica*”, para arribar luego a la determinación de los derechos fundamentales económicos en los cuales se concretiza dicho “*modelo económico constitucional*”.
27. Bajo este norte, el presente capítulo adquiere especial relevancia, por cuanto los principios económicos de la Carta Fundamental no sólo configuran el rol del Estado en la economía, orientando su acción hacia la corrección de las deficiencias del mercado, sino que inspiran un modo de actuar en las relaciones de carácter económico, dadas fundamentalmente entre particulares, no sólo instrumental o mercantil, sino también ética y basada en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

En esta línea de argumentación, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al sostener que el terreno económico requiere también de un *elan* constitucional que inspire y garantice que el principio-derecho de la dignidad humana se patentice



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

incluso –y quizás aún más- en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares. Así, este Tribunal ha sostenido que:

“No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 3).

3.2.1. El modelo ius-fundamental económico en nuestra Constitución

28. Incorporado en la Carta Política de 1993, el capítulo sobre el “Régimen Económico” ha recogido expresamente un modelo económico constitucional definido como “*economía social de mercado*”. Este modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia, estimulando el desarrollo de la capacidad productiva individual, con el objeto no sólo de estimular la creación de riqueza, sino de contribuir al progreso social, amén de resguardar celosamente un diversificado sistema de protección social de los sectores económicamente más vulnerables (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16). Es decir, este sistema puede definirse escuetamente como un modelo de economía de mercado o economía abierta, con incrustaciones esenciales de un Estado social; representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.

Bajo este norte, el régimen económico incorporado en nuestra Constitución y que recoge la experiencia comparada de las principales constituciones de la segunda posguerra mundial, procura superar las fuertes limitaciones y deficiencias encontradas en los dos modelos antagónicos que históricamente trataron de regir el “modo de actuar económico”. En este contexto, ni el modelo de economía de *laissez faire* de marcada inspiración liberal que rigió la economía durante el siglo XIX, ni la economía fuertemente centralizada y estatalista que rigió la vida de muchas naciones durante el período de entreguerras y aún después de éste, en el siglo XX, dieron respuestas adecuadas y satisfactorias a la cuestión de un régimen económico adecuado para lograr tanto la acumulación de riqueza que lleve al progreso material de los pueblos, como la paz social que implica un régimen de economía justa y solidaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una “tercera vía”, como un *tertium genus*, frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualación material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado Social y Democrático de Derecho.

29. Sin embargo, para ser constitucionalmente admisible, el modelo de economía social de mercado no debe representar sólo la búsqueda de una eficiencia económica y social, que enfatique sólo el logro de determinados objetivos económicos y sociales, sino que debe significar la cristalización del fundamento antropológico-cultural que late inexorablemente en toda Constitución como fuente primaria de todo su complejo plexo normativo, como es el principio-derecho de dignidad humana. En este contexto, antes de ingresar a desarrollar los principios que patentizan o concretan un modelo de “economía social de mercado”, es necesario acotar primero cómo este modelo económico complementa las exigencias básicas derivadas de este principio.
30. Este análisis será más necesario cuanto más se adentre en el fondo de la presente controversia, se observa que el respeto de determinados principios constitucionales como la libre iniciativa privada, la libre competencia, el derecho de propiedad, entre otros, responden a exigencias dogmáticamente incardinadas en valores superiores del más alto rango como la dignidad y la libertad humanas, que en todo momento pretenden ser preservados como sustento constitucional de todo accionar estatal o particular. Como el Tribunal Constitucional ha sostenido en anterior oportunidad, “la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 14).
31. En este contexto, cuando la Constitución postula en su articulado la presencia de una economía de mercado con marcados perfiles de un Estado Social, el primer componente que trata de rescatar es la de una economía basada en la *libre iniciativa privada*. Es decir, el primer rasgo característico de este modelo es la confianza en la persona y en su capacidad, no sólo para producir creativamente riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

producidos. En dicha línea, este modelo abandona un perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descrea de la capacidad humana para “autorregularse”, y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos. Tras un modelo de economía de mercado, caracterizado por el fuerte acento en las libertades económicas fundamentales y el rol subsidiario del Estado en la economía, late pues, también, un acendrado espíritu libertario que pretende el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y que dignifica a la persona, entregándole a ella la primera responsabilidad sobre su destino vital.

Bajo esta perspectiva, la economía de mercado no sólo constituye, como a veces desde una interpretación excesivamente simplista se cree, una forma de lograr acumulación de riqueza material mediante el éxito de los agentes económicos mejor dotados para competir en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. Es sólo bajo esta óptica que se comprende, como indicase líneas arriba, que el mercado no es un medio “natural” de desarrollo del hombre, sino básica y esencialmente un medio “cultural” de desenvolvimiento de su *psiquis* y un lugar donde también se concretiza plenamente el principio-derecho de dignidad humana. Es por ello, que el primer deber del Estado en el marco de una economía de mercado es salvaguardar el libre ejercicio de las libertades económicas contenidas en la Carta Fundamental, así como la interdicción de cualquier conducta estatal o particular que intente coartarlas, sin tener asidero en el respeto de otros principios y valores constitucionales o en el logro del bienestar general.

En este marco, un accionar del Estado que limite injustificadamente el libre desarrollo de una actividad económica privada o que la sesgue de modo arbitrario, prefiriendo a un agente económico sobre otro, sin base objetiva posible, o el accionar de un particular o de varios que, aprovechando de su poderío económico, menoscabe, también, el libre juego de los agentes económicos (*modelo patrimonialista económico*), no sólo significará la vulneración de los derechos económicos fundamentales recogidos en la Constitución, sino que representará, de la misma forma, la traición del espíritu libertario que el modelo de economía de mercado inscrito en la Constitución ostenta y con ello el desconocimiento del fundamento antropológico de dignidad humana que el mismo postula.

Visto desde una óptica humanista y cultural, el modelo de economía de mercado no genera, por tanto, en el Estado solamente obligaciones de abstención o no intervención en el libre juego de intereses económicos, como parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, que establece el rol subsidiario del Estado en la economía; sino que le impone también *prima facie* un deber



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

constitucional de vigilancia, supervisión y control de una competencia leal y justa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 61 de nuestro Texto Fundamental, el cual ha proscrito el abuso de posiciones dominantes y monopólicas que impidan o restrinjan el libre desenvolvimiento de las personas en la economía.

32. Por otro lado, el segundo componente del modelo económico recogido en nuestra Constitución es el constituido por los elementos del Estado Social incorporados en nuestra Constitución Económica. Así, como ya se puso de manifiesto al abordar la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, si bien el actuar económico se rige fundamentalmente por las reglas de una economía abierta o de mercado, la Constitución, producto de una experiencia histórica acumulada, tampoco considera la sociedad –identificada como mercado- como el lugar idílico donde todo lo bueno se realiza a favor del individuo y su dignidad. Representa una realidad patente que el mercado genera grandes corporaciones y empresas que, merced a la gran capacidad económica que ostentan, pueden poseer un gran poder, el cual puede ser utilizado –como cualquier otro poder- contra las partes más débiles de las relaciones económicas, léase, trabajadores, pequeñas empresas, consumidores y usuarios. A la par de ello, una economía de mercado puede ocasionar también una serie de problemas sociales, como desigualdades en el reparto de la renta o de las utilidades, creando una brecha intolerable entre ricos y pobres.
33. Es por esta razón que el modelo de economía social de mercado incorpora una serie de elementos propios de un Estado Social, como la protección de los clásicos derechos sociales a la educación, salud, trabajo, entre otros; la incorporación de medidas de acción positiva con el fin de posibilitar la igualación económica de las clases menos favorecidas; la regulación del mercado laboral, fijando las condiciones mínimas de trabajo en las cuales deba desarrollarse la relación laboral.
34. Quien observe de modo minucioso el articulado que comprende nuestra Constitución Económica, podrá percatarse que junto a cada disposición que establece como primer principio la más amplia libertad en materia económica, existe un principio, no de signo opuesto sino complementario, que recoge los supuestos sociales de un Estado Social y Democrático de Derecho y que redundan también en la protección de la persona humana y su dignidad, como fundamento antropológico de todo el corpus constitucional.

3.2.2. Los derechos fundamentales económicos recogidos en nuestra Constitución

a) El derecho a la propiedad

35. Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Sin embargo, tal como ha establecido este Colegiado en consolidada jurisprudencia, el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 26), como son, por ejemplo, en el presente caso las acciones de una sociedad anónima.

Por ello, la comprensión constitucional de la propiedad comprende, *prima facie*, además la *garantía de indemnidad* o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo (STC 7364-2006-PA/TC, fundamento 6).

36. Desde otra perspectiva, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho. En este contexto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho.

En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

b) Libre iniciativa privada

37. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58 de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17, artículo 2 del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

3.3. El derecho de suscripción preferente de los accionistas. Finalidad y relevancia constitucional

38. Corresponde ahora ubicar, en un marco general, el derecho de suscripción preferente de los socios participantes en una sociedad comercial. Importa sobre todo, en este punto, determinar si el mencionado derecho de suscripción -cuya vulneración se alega en el caso sublitis- guarda un encaje constitucional directo o si, por el contrario, representa simplemente una opción legislativa de protección de los derechos de los accionistas minoritarios, que no es exigible directamente desde la Constitución.

Para arribar a una respuesta constitucionalmente adecuada a este problema es necesario verificar cuál es la incidencia que la suscripción preferente tiene no sólo en la protección de la participación accionaria de los socios minoritarios, sino también en la relación que guarda con la propiedad que los socios ostentan sobre las acciones de la sociedad.

39. En primer lugar es necesario precisar que, como se ha establecido en el fundamento 36 de la presente sentencia, el concepto de propiedad que nuestra Constitución recoge en el artículo 70, no comprende sólo los bienes materiales, sino que incluye todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran formando parte del patrimonio de una persona. En este contexto, si bien las acciones de una sociedad comercial no pueden considerarse como *bienes materiales*, de ello no puede desprenderse que no constituyan títulos que otorgan a su titular una serie de derechos tanto políticos (sobre la organización y funcionamiento de la sociedad),



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

como económicos (parte del capital social de la sociedad, derecho a las utilidades de la empresa y título valuable económicamente) y que el Código Civil en su artículo 886, inciso 8 ha clasificado como *bienes muebles*. En esta perspectiva, la propiedad sobre las acciones de una sociedad comercial otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar este bien mueble e inmaterial, de acuerdo a las atribuciones inherentes a la propiedad, establecidas en el artículo 923 del Código Civil.

40. Desde la perspectiva del Derecho Comercial en general y del Derecho Societario en particular, las acciones cumplen tres funciones, en virtud de las cuales éstas pueden ser definidas de tres maneras distintas:

- a) En primer lugar, de acuerdo al artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, la acción se define como *parte alícuota* del capital social.
- b) En segundo lugar, la acción también se define como un *derecho* genérico que otorga a su titular la potestad de intervenir en el funcionamiento y rentabilidad de la sociedad emisora, otorgando la calidad de *accionista* a la persona que la haya suscrito.
- c) En tercer lugar, de acuerdo al artículo 257 de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, la acción comercial está incluida dentro de los valores mobiliarios, en la modalidad de “valores representativos de derechos de participación”, es decir, la acción se define como el título que adquiere un valor económico en el mercado de valores, pues lleva incorporado derechos que benefician al poseedor del mismo.

En este contexto, las funciones que cumplen las acciones, determinadas en los incisos a) y c), nos indican que la vinculación del titular a la propiedad sobre la participación accionaria, no solamente redundará en los derechos políticos sobre la gestión de la empresa, es decir en la condición del accionista como componente de la sociedad comercial, sino que incidirá directamente sobre la titularidad de determinados valores económicos que forman parte del patrimonio de la persona; por lo que la intervención en la esfera de la propiedad del titular de una acción societaria significará la vulneración del atributo constitucional de la propiedad, tal y como está recogido en el artículo 70 de la Carta Fundamental.

41. En lo que respecta al derecho de suscripción preferente de acciones, éste se define como el derecho otorgado a los accionistas de suscribir, a prorrata de su participación en el capital social, las nuevas acciones que la sociedad emita en cualesquiera operación. La Ley General de Sociedades ha recogido este derecho en el artículo 207, en el cual ha prescrito que: “En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la presente ley”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

El derecho de suscripción otorga al accionista una preferencia en la adquisición de las nuevas acciones emitidas producto, por ejemplo, de un aumento de capital social. Su finalidad, por tanto, *prima facie*, es la conservación de su participación relativa en el capital social; de lo cual se desprende, según las funciones que tiene la acción, dos consecuencias:

- a) Mantiene al accionista en la misma posición política que ostentaba en la sociedad antes del aumento. Tiene como objeto, en este contexto, que el accionista continúe ostentando el mismo poder de vigilancia y disposición política en las decisiones de la sociedad.
- b) Permite, en segundo lugar, que el accionista continúe disfrutando del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad.

42. Desde un punto de vista societario, la suscripción preferente de acciones representa una opción legislativa de favorecimiento de los intereses del accionista sobre los de la sociedad. La inclusión de este mecanismo legal comporta la posibilidad de mantener a los primigenios accionistas en el control de la sociedad, dada la preservación de su porcentaje accionario y restringe la oportunidad de dominio a nuevos accionistas que deseen ingresar a la sociedad, con aportes de capital elevados. Esta opción del legislador peruano, presente también en legislaciones comparadas, tiene especial importancia en sociedades anónimas cerradas, donde el número de accionistas no es mayor, y donde el control de la sociedad o empresa por los socios es más directa que en sociedades anónimas abiertas. En estas últimas, por el contrario, el legislador peruano ha previsto la posibilidad de excluir por vía estatutaria el derecho de suscripción preferente, aunque siempre con el respeto de ciertos requisitos y siempre que no se privilegie el interés de los accionistas mayoritarios (artículo 259 de la Ley General de Sociedades); con lo cual ha optado por darle mayor flexibilidad a la sociedad y a sus directores, para captar el capital existente en el mercado, privilegiando la posición de la sociedad comercial en su conjunto como entidad económica productiva sobre los intereses de los accionistas individualmente considerados.

En este orden de ideas, en la doctrina se ha destacado que el principal objeto del derecho de suscripción preferente es la defensa de los derechos políticos del accionista antes que sus derechos económicos. Y ello es así, porque el otorgamiento de beneficios económicos producto de la participación accionaria no es una consecuencia necesaria de dicha condición, pues bien cabe que en algunos casos la sociedad pacte el no reparto de dividendos o utilidades entre los accionistas; con lo cual, la adquisición de las nuevas acciones emitidas por la sociedad sólo asegura el mantenimiento del estatus político y no la mejora de los réditos económicos producto del grado de participación en el capital social.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

43. Por otro lado, un punto que debe quedar claramente definido, a efectos de ir arribando al núcleo medular de la presente controversia, es el referido a la relación entre el derecho de suscripción preferente y la propiedad sobre las acciones societarias. Como ya se ha precisado, el artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, define a la acción como *parte alícuota* del capital social, lo cual supone que cada acción posee el mismo valor, que puede ser, en términos económicos, elevado o meramente simbólico. El accionista es la persona titular de unas acciones determinadas de la sociedad, las que en su número específico van a determinar el porcentaje de acciones que dicho accionista posee, con todas las consecuencias sobre los derechos políticos y económicos que dicho porcentaje genera. Todo ello significa que la propiedad que el accionista tiene es aquella que ejerce sobre un “número determinado de acciones” (pueden ser por ejemplo, 100 acciones). Cuestión distinta es el porcentaje que dicho número de acciones represente en el capital social y que es lo que va a determinar la posición política y económica del accionista en la sociedad.

Tenemos entonces que mientras que el “número de acciones determinadas” (100, por ejemplo) que corresponde a un accionista puede permanecer invariable, es decir permanece dentro de la esfera de propiedad de dicho accionista, con todas las cualidades que de ello se deriva (uso, usufructo, disposición y reivindicación), el porcentaje que dicho “número de acciones determinadas” represente en el capital social (25%, por ejemplo) es un guarismo variable. Así, mientras la titularidad sobre ese “número de acciones determinadas” sólo puede desaparecer por propia voluntad del accionista, a través de la renuncia o la transferencia, por ejemplo, y sólo excepcionalmente cuando opera una reducción del capital social (caso en el cual, el número de acciones de cada accionista se reduce por igual, en función a su participación); el porcentaje accionarial puede variar en función justamente al desenvolvimiento económico de la sociedad y a la confrontación de intereses pecuniarios entre los accionistas. De este modo, si la sociedad decide expandirse y para ello aumenta el capital social, emitiendo nuevas acciones, la compra de estas nuevas acciones determinará el nuevo porcentaje o participación de los accionistas dentro de la sociedad.

De todo ello puede colegirse que, la incidencia del derecho de suscripción preferente, *prima facie*, no se produce sobre la propiedad de las acciones, en tanto el “número determinado de éstas” en cabeza de un accionista determinado permanecerá invariable luego de una operación de aumento de capital, por ejemplo; sino que la relación de la preferencia en la suscripción se da en el derecho expectatio a seguir manteniendo la misma participación accionarial que se tenía antes de la operación de aumento de capital. El derecho de suscripción preferente, en consecuencia, incide directamente en la función política y económica del guarismo porcentual accionarial, mas no en la propiedad que el accionista tiene sobre “el número determinado de sus acciones”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

44. Desde un punto de vista constitucional, por tanto, el derecho de suscripción preferente no halla encaje constitucional *prima facie* en el derecho de propiedad, en tanto no constituye un atributo que tenga como finalidad preservar alguna de las cualidades de la propiedad sobre las acciones. Más bien, este derecho podría quedar encuadrado en el marco constitucional del derecho a la *libre iniciativa privada*, que hemos definido en el fundamento 32 de la presente sentencia como base de nuestro modelo ius-fundamental económico de *economía social de mercado* y que no significa otra cosa que la potestad otorgada a cualquier persona de poder intervenir con la actividad económica de su preferencia en la vida económica del país. Como hemos visto, en el fundamento 43 de la presente sentencia, el derecho de suscripción preferente supone una protección del accionista primigenio quien podrá preservar su nivel de participación en el ámbito político y económico de la sociedad, aún cuando ingresen nuevos accionistas a la sociedad. En este sentido, puede considerarse al mecanismo de la suscripción preferente como una forma de protección especial del accionista primigenio y, en algún sentido, minoritario de una sociedad comercial. De este modo, bien puede afirmarse que el ordenamiento jurídico provee a la persona que ingresa en el ámbito de las sociedades comerciales para formar una empresa, una norma de seguridad jurídica y una posición preferente, en base a la cual el agente económico puede desarrollar el curso de su accionar económico.

Sin embargo, como ya se sostuvo en el propio fundamento 43, este derecho de suscripción preferente representa una opción legislativa por la protección de los intereses de los accionistas originarios o minoritarios, contra los intereses de la sociedad comercial que, en sentido contrario, bien podría requerir la inyección de fuertes sumas de capital de agentes económicos externos. Además, en sociedades anónimas abiertas, como también ya hemos tenido ocasión de apreciar, bien puede suceder que se opte por un sistema de no preferencia en la suscripción, con el objeto de dinamizar aún más el desenvolvimiento económico de la sociedad comercial. En este marco, consideramos que el derecho de suscripción preferente si bien guarda encaje constitucional en el derecho a la libre iniciativa privada, no constituye una posición jurídica que se derive necesariamente de este derecho fundamental. En otras palabras, si bien la suscripción preferente guarda un grado de relación con la libre iniciativa privada, no es una exigencia necesaria de este derecho que se desprenda desde su propio núcleo constitucional. Por el contrario, bien puede el legislador disponer la supresión de este mecanismo legal de protección del accionista originario, optando por otro esquema de estímulo de la iniciativa privada, sin que ello constituya una vulneración de este derecho fundamental, base de nuestra Constitución Económica.

Ello quiere decir que tampoco, desde la perspectiva del derecho a la libre iniciativa privada, *prima facie*, el derecho de suscripción preferente ostenta un sustento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

constitucional directo o lo que es lo mismo, la potestad que atribuye puede postularse como un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libre iniciativa privada, amén que tampoco lo es, como ya vimos, del derecho a la propiedad.

Ello no significa, desde luego, que una vez incorporado el derecho de suscripción preferente en el ordenamiento jurídico, a nivel de la legislación ordinaria, su regulación y ejercicio no deba estar enmarcado dentro de la regularidad, legalidad y razonabilidad de que todo acto estatal debe estar premunido. Sólo quiere decir, en todo caso, que dicha regularidad sólo puede ser verificada en un proceso judicial ordinario, donde se observe el cumplimiento de los requisitos de ejercicio del mencionado derecho y que están comprendidos en los artículos 208 al 211 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades y que, primariamente, también deben respetar los contenidos del debido proceso corporativo particular y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, al margen de lo que pueda alegarse como afectación de estos dos últimos principios constitucionales, no puede invocarse en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales como es el amparo, la afectación autónoma del derecho de suscripción preferente como un derecho protegido en vía constitucional, en tanto que en el sentido que hasta aquí hemos abordado, éste no forma parte de concretos derechos de naturaleza ius-fundamental como la libre iniciativa privada o el derecho de propiedad.

45. Este Tribunal considera, sin embargo, conforme ya se adelantó en el fundamento 5 de la presente resolución, que la determinación del contenido de un derecho fundamental o su afectación no puede realizarse en abstracto, sin tener en cuenta las circunstancias concretas y fácticas del caso o controversia constitucional concreta. De este modo, una posición jurídica determinada (como en este caso el derecho de suscripción preferente) si bien puede quedar fuera del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, consideradas sus propiedades en abstracto, una vez confrontadas dichas propiedades o cualidades con las exigencias del derecho fundamental en el caso concreto, dicha posición jurídica puede adquirir una relevancia tal en la protección del bien jurídico constitucional que termine ingresando en la esfera de su núcleo constitucional directamente exigible.
46. En el presente caso, existe un elemento que visto en perspectiva global puede variar el significado y alcance constitucional del derecho de suscripción preferente. Es decir, si bien *prima facie* y en condiciones normales, el derecho de suscripción preferente no tiene incidencia constitucional directa en el derecho de propiedad y en el derecho a la libre iniciativa privada, esto es, el contenido inicial de estos derechos no registra en su núcleo constitucional la propiedad jurídica de la suscripción preferente; enfrentado dicho derecho a una circunstancia de especial incidencia y gravedad en el desarrollo económico de una sociedad comercial, como es la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, en una operación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

que se ha denominado como “operación acordeón”, su contenido específico puede llegar a tener una acentuada importancia y relevancia en el ejercicio de los mencionados derechos a la propiedad y la iniciativa privada.

Es decir, en lo que sigue se tratará de indagar si el derecho de suscripción preferente por fuerza de una circunstancia excepcional puede pasar a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad y la libre iniciativa privada, amén de una afectación adicional que pueda hallarse sobre el derecho de asociación.

3.4. La reducción a 0 (cero) del capital social y la operación “acordeón”. Características de su adopción e incidencia en los derechos fundamentales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación

47. Uno de los casos excepcionales en que la Ley General de Sociedades establece la afectación de la propiedad de los accionistas es el caso de la reducción del capital social, supuesto regulado en los artículos 215 al 220 de la mencionada ley. En este caso, la Ley ha establecido un mecanismo para proteger la regularidad y la permanencia de la sociedad comercial, lo cual se presenta como un bien mayor frente a la intangibilidad del patrimonio de los accionistas. En efecto, tal y como se establece en la Ley General de Sociedades, cuando se produce una situación de desequilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad o cuando se produzcan pérdidas que superen un determinado monto, la sociedad puede proceder a la reducción de su capital social. Esta reducción puede afectar el patrimonio de los accionistas de dos formas: o puede disminuirse el número de sus acciones a prorrata de su participación accionaria o puede disminuirse el valor nominal de cada acción. En ningún caso pueden existir diferencias en la disminución del patrimonio de los accionistas; de allí el carácter racional y proporcionado de esta medida de restricción. Así lo ha establecido el artículo 217 de la Ley General de Sociedades que al respecto ha prescrito: “La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario”.

Desde una óptica constitucional puede afirmarse que la intervención sobre el patrimonio de los accionistas (sobre la propiedad de sus acciones) reviste una afectación leve o medianamente intensa, según el grado en que se reduzcan el número de las acciones o el valor de las mismas; sin embargo, dicha afectación resulta justificada en razón a la regularidad de la sociedad comercial que, producto del reajuste de capital, puede superar una eventual crisis económica. La estabilidad o continuidad societaria es considerada en este contexto como un bien mayor, además de constituir la condición bajo la cual puede desarrollarse justamente el interés económico de los accionistas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

48. Salvo el caso antes mencionado, ni la legislación societaria ni la regulación concursal han previsto ninguna otra forma de intervención en la propiedad de las acciones. Como ya se ha anotado, en el caso del aumento de capital, ésta permanece invariable, modificándose sólo el porcentaje accionarial. Sin embargo, en otras legislaciones comparadas, así como en la práctica societaria, existe una forma de intervención especialmente gravosa sobre la propiedad de las acciones y que se conoce como “operación acordeón” y que consiste en la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social; hipótesis que no ha sido recogida por nuestra Ley General de Sociedades o por la Ley General del Sistema Concursal. La no regulación de esta operación societaria o el silencio legislativo a este respecto no significan, en todo caso, que esta operación esté prohibida por el ordenamiento jurídico, pues en principio conforme lo postula el principio general de libertad contenido en el artículo 2, inciso 24, párrafo a) de la Constitución de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. No obstante, para que esta operación sea admitida en nuestro ordenamiento jurídico, no basta que no esté prohibida por norma legal alguna, sino que es necesario que sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos que nuestra Constitución encarna.

En este sentido y de cara a la resolución del caso concreto, deberá pronunciarse, en primer lugar, respecto a la validez constitucional de este mecanismo societario y, en todo caso, de considerarse lícito, respecto a las condiciones de legitimidad constitucional de la “operación acordeón”, enfocando la atención en la incidencia que esta singular operación pueda tener sobre los derechos fundamentales ius-económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada, además del derecho de asociación. En este contexto, la evaluación será una evaluación desde la Constitución de la legitimidad de la “operación acordeón”; lo cual nos permitirá, luego, verificar, en el caso concreto, si se produjeron las condiciones de legitimidad mínima de la operación llevada a cabo por las empresas demandadas y que ocasionaron, en su caso, la pérdida de las acciones de la demandante y, por ende, su propia calidad de accionista.

49. En principio, la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) es imposible, en tanto ello implicaría la desaparición de la misma, en virtud de la desaparición de la fuente de donde emana todo el conjunto de acciones que permite la titularidad de los accionistas y la vida de la sociedad. Con la reducción a 0 (cero), además, no sólo se elimina el soporte económico-material de la sociedad, sino que se anula todo poder jurídico que da posibilidad de actuación a cualquier accionista. Involucra pues no sólo la pérdida de todo el dominio material de la empresa, sino la pérdida de todo el patrimonio accionarial del socio y, por ende, su propia calidad de tal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

50. Es por esta razón que cuando la práctica societaria o algunas legislaciones han permitido la reducción a 0 (cero) del capital social, lo han hecho bajo la condición ineludible de que en acto inmediatamente posterior, el capital se vuelva a recomponer con un aumento automático. Este efecto de ajuste y expansión inmediata del capital social es el que brinda el apelativo de “acordeón” a esta operación societaria de reducción a 0 (cero) e inmediato aumento del capital. Sin embargo, más allá de que el capital pueda ser recuperado y la sociedad pueda proseguir su funcionamiento, las consecuencias que se derivan de esta operación pueden ser muy sensibles sobre los derechos de los accionistas.

Ello es así porque, una vez efectuada la reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas pierden la titularidad de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y derecho de asociación). En el caso de la afectación del patrimonio accionario, ello es en principio irrecuperable, pues el ejercicio del derecho de suscripción preferente, en este caso, no restablecerá las acciones perdidas, sino simplemente dará la oportunidad a los socios de suscribir nuevas acciones, para lo cual deberán efectuar nuevos aportes y un nuevo esfuerzo de inversión económica. Bajo esta misma perspectiva, los derechos a la libre iniciativa privada conectado con el derecho de asociación, resultan también gravemente afectados, pues si bien, en virtud del ejercicio del derecho de suscripción preferente, los accionistas podrían mantenerse en la empresa o sociedad comercial, para poder hacerlo, como se acaba de anotar, deberán realizar nuevos aportes dinerarios que permitan la suscripción de las nuevas acciones, lo cual condiciona de sobremanera su permanencia en la sociedad comercial.

En principio, por tanto, la operación “acordeón”, aun en el supuesto de ejercicio del derecho de suscripción preferente, debería quedar proscrito desde un punto de vista constitucional. Y es que, de existir socios minoritarios que estén en desacuerdo con la decisión mayoritaria, éstos se verían seriamente afectados en sus derechos constitucionales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación, por una decisión que no comparten. Una decisión tomada por la mayoría accionarial podría, en este sentido, disponer de los derechos constitucionales de los accionistas minoritarios, aún contra la voluntad de éstos. No obstante ello, este Colegiado considera necesario evaluar la constitucionalidad de esta operación societaria desde una perspectiva global, atendiendo a la importancia que revestiría la continuidad de la sociedad comercial en el mercado, y la introducción de determinadas condiciones que morigeren el grado de afectación de los derechos constitucionales aludidos y que, por ende, puedan revestir de constitucionalidad a la denominada “operación acordeón”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

3.4.1. Legitimidad constitucional de la operación acordeón

51. Desde el punto de vista de la sociedad comercial, debe tenerse presente que, en la práctica, este tipo de acuerdo se adopta cuando las pérdidas de una sociedad llegan a tal extremo que es necesario la reducción del capital social para la compensación de las pérdidas. Dicho acuerdo se toma, además, en atención a que muchos de los socios ya no se encuentran en capacidad de efectuar nuevos aportes que permitan reflotar la sociedad o empresa. Por ello, con esta operación se busca la captación de nuevos recursos provenientes de agentes externos a la sociedad, los que en muchos casos terminan reemplazando a los antiguos socios. Además, estos nuevos aportes son necesarios, en atención a que las pérdidas ingentes que sufre la empresa muchas veces sólo pueden llegar a ser compensadas con el incremento del capital en grado suficiente. La finalidad de esta medida es, por tanto, permitir la continuidad de la empresa, evitando lo que de otro modo significaría un *estado de insolvencia* que llevaría inevitablemente a la *disolución* de la sociedad y a un posterior procedimiento de *liquidación*. Y es que, conforme lo establece el inciso 4 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades, una sociedad que presente pérdidas que reduzcan su patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, y que no las resarza, o aumente o reduzca el capital pagado en cuantía suficiente, debe proceder a su disolución *ex lege*.

52. Desde una óptica constitucional, este Tribunal considera que la continuidad de una empresa en el mercado constituye no sólo un bien jurídico o finalidad constitucionalmente relevante, sino, como veremos a continuación, una materia constitucional de especial valor y trascendencia en el régimen económico de nuestra Constitución. Ello en razón a que, como ya se estableció en el fundamento 32 de la presente sentencia, nuestro régimen económico constitucional se funda sobre el principio de la *libre iniciativa privada*; el cual no representa en la estructura del modelo sólo un *derecho económico subjetivo* de los ciudadanos, sino un *principio* vertebrador del régimen económico que genera en el Estado, además de deberes de respeto y no intervención, obligaciones de protección, vigilancia, control y promoción del referido principio. Así, en nuestra Carta Magna se encuentran específicos dispositivos constitucionales en los que se puede reconocer el carácter fundante y central de la libre iniciativa privada y la consecuente obligación del Estado de promoverla:

- El artículo 58 que establece que “La *iniciativa privada* es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado *orienta* el desarrollo del país”.
- El artículo 59 que prescribe que “El Estado *estimula* la creación de riqueza y *garantiza* la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

- El artículo 60 que dispone que “El Estado *reconoce* el pluralismo económico. La economía nacional se *sustenta* en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”.
- El artículo 61 que prescribe que “El Estado *facilita* y *vigila* la libre competencia”.

De lo dicho hasta aquí se desprende que, en nuestro país, el fomento de la inversión privada es un imperativo constitucional que apareja o trae consigo una serie de obligaciones más específicas y concretas para el Estado, que van desde una adecuada política comercial exterior que fomente la apertura de nuevos mercados para la exportación de nuestros productos nacionales en condiciones de equidad, hasta la implementación de planes nacionales concretos de fomento y articulación de la empresa privada a fin de que ésta pueda enfrentarse con éxito a este nuevo contexto de comercio internacional.

En el caso, es obvio que la salida del mercado de una empresa o sociedad comercial es una situación que, en principio, debe ser evitada por el Estado, pues al margen de las consecuencias gravosas que ello genera para las personas que mantienen una relación directa con la empresa (pérdida del empleo por parte de sus trabajadores, obligaciones tributarias y pecuniarias derivadas de su existencia, entre otras), la continuidad de una empresa y el estímulo de su permanencia es la base de la vida económica de nuestro país. A este respecto es necesario recordar que el propio legislador ha establecido supuestos en los que dicha continuidad puede ser impuesta por el Estado a través de un decreto. En efecto, el artículo 410 de la Ley General de Sociedades ha prescrito al respecto lo siguiente: “No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma cómo habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde”. En esta misma línea, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un *sistema concursal* cuyo fin primero es la *permanencia* de la unidad productiva o empresa, en armonía con la recuperación del crédito y la protección del patrimonio de la empresa (artículo I del Título Preliminar de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal).

Como puede observarse de estos dispositivos, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto formas de protección de la continuidad empresarial que concretan, en el plano legislativo, el deber estatal de protección y promoción de la inversión privada y que deben ser aplicadas teniendo en cuenta el horizonte constitucional de una economía basada en la empresa y en el libre desenvolvimiento de la persona. En esta perspectiva, consideramos que la protección de la continuidad de la empresa, en principio, es un bien constitucionalmente tutelable, aún cuando su implementación esté sujeta a determinadas posibilidades fácticas y deba estar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

acorde siempre con el conjunto de valores, principios y derechos que la Constitución contiene.

53. Efectuando ahora el cotejo de los dos bienes objeto de protección en el presente caso –la continuidad de la sociedad, por un lado, y los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación de los accionistas minoritarios, por otro-, es preciso notar que si bien el accionista puede verse afectado gravemente en el ejercicio de sus derechos fundamentales con la reducción a 0 (cero) del capital social; de impedirse la realización de la operación “acordeón”, y procederse, como lo establece el artículo 407, inciso 4 de la Ley General de Sociedades, a la disolución de la empresa; del mismo modo, el socio podría verse afectado en su patrimonio accionario y en su derecho a la libre iniciativa privada y de asociación hasta el punto de ser privado de modo absoluto del goce efectivo de los mismos; ello en razón a que, en un proceso de salida del mercado de la sociedad comercial, el socio perdería también la posibilidad de seguir desarrollando la actividad económica elegida a través de la empresa a la que pertenece (libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación), así como, eventualmente perdería también su patrimonio accionario (derecho de propiedad); y ello porque, además de extinguirse, junto con la sociedad, el interés económico individual del socio, el reintegro del valor económico de las acciones y, por ende, la restitución del patrimonio accionario a los socios es de por sí bastante incierta, en tanto, la compensación económica del valor accionario sólo podrá producirse una vez que la sociedad haya cubierto o amortizado con su patrimonio las ingentes deudas que dicha empresa posee, según lo establecido por el artículo 420, inciso 1 de la Ley General de Sociedades que establece, de modo imperativo que: “Los liquidadores no pueden distribuir entre los socios el haber social sin que se hayan satisfecho las obligaciones con los acreedores o consignado el importe de sus créditos”.
54. En consecuencia, ante dos circunstancias que pueden llevar a los socios o accionistas minoritarios a la misma afectación de su patrimonio accionario y de su derecho a la libre iniciativa privada y asociación (la reducción a cero y disolución de la empresa), y ante la protección constitucional que uno de los dos supuestos ofrece (la operación acordeón) en relación al otro (la disolución), resulta necesario desde una óptica constitucional preferir el supuesto que ofrece la protección de otro bien constitucional, frente al supuesto que no lo ofrece o que lo ofrece en grado muy mínimo y remoto. En esta perspectiva, no sería constitucionalmente admisible *prohibir* la adopción de la operación “acordeón”, si con ella puede alcanzarse la protección de un bien constitucional de acentuada relevancia en nuestro régimen económico como la libre iniciativa privada y si con ella no se produce una afectación más grave de otros derechos fundamentales que en el supuesto que no se adoptase. En este contexto, y atendiendo además a los concretos derechos fundamentales de los accionistas minoritarios, este Colegiado considera que no es constitucionalmente legítimo otorgar un *derecho de oposición* a estos que impida la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

adopción de un acuerdo de este tipo; en tanto de no adoptarse esta decisión, los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación de los socios minoritarios se verían igualmente afectados, pues, como ya se dijo, el proceso de liquidación de la sociedad comercial podría arribar al mismo resultado negativo para estos derechos. Dicho en otras palabras, al no existir otra opción de protección de los derechos de los accionistas minoritarios y no poseer, por tanto, éstos un interés de relevancia constitucional en la no adopción de la operación “acordeón”, permitir a éstos bloquear la voluntad de la mayoría accionarial de continuidad de la empresa, significaría habilitar un supuesto de “*abuso del derecho*” proscrito desde todo punto de vista jurídico-constitucional.

3.4.2. Incidencia en el derecho de propiedad

55. No obstante lo anteriormente señalado, es necesario tener presente que si bien no puede otorgarse un *derecho de oposición* a los accionistas minoritarios que impida la decisión de llevar a cabo la operación “acordeón”, esto es, no puede exigirse un supuesto de *unanimidad* en la decisión de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social; tampoco puede concebirse, desde el punto de vista del derecho de propiedad, que aún en el caso de lograr un bien común mayor, opción que puede reflejar por otra parte, la *función social de la propiedad*, ésta se vea afectada sin *compensación* alguna. Ello en razón a que, además de ser ilegítimo en principio cualquier imposición del Estado o un particular sobre el ámbito constitucionalmente protegido de un individuo, en el caso del derecho de propiedad, la propia Constitución ha establecido en su artículo 70 que: “A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”. Si bien esta disposición se encuentra en un inicio dirigida al Estado, consideramos que el *thelos* de la disposición constitucional encierra un objeto constitucional que bien puede extenderse también al supuesto que se encuentra bajo análisis en la presente controversia, esto es, a la reducción a 0 (cero) del capital social.

Y ello es así porque el espíritu que anida en la norma constitucional sobre la *expropiación* es la expresión de ese equilibrio que, como ya desarrollamos en el ítem sobre nuestro modelo ius-fundamental económico, el modelo de *economía social de mercado* busca entre el principio de *economía abierta*, representado por el respeto absoluto de los derechos fundamentales económicos, entre ellos la propiedad, y el principio del *Estado Social*, representado por la intervención del Estado en procura del bienestar general y el bien común; equilibrio que es también el que se pretende al *permitir* que, a través de la desaparición del patrimonio accionarial de los socios se asegure la continuación y permanencia de la sociedad en el mercado, aunque ello sin obviar la debida retribución del valor económico que ostente la propiedad de las acciones a sus respectivos titulares.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

A mayor abundamiento, es preciso recordar el supuesto establecido en el artículo 410 de la Ley General de Sociedades que prescribe que el Estado puede ordenar la continuación forzosa de una sociedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley; caso en el cual es obligatorio el otorgamiento de una indemnización justipreciada a los socios en compensación por la expropiación de sus acciones. Como se ve, si bien nuestro ordenamiento jurídico permite la pérdida de la propiedad (incluso de las acciones comerciales), por causa de interés público y necesidad nacional, dicha pérdida o expropiación sólo puede ser llevada a cabo bajo la condición de una indemnización justipreciada por el valor económico de la propiedad expropiada.

Es por este orden de razones que este Tribunal considera que, desde la perspectiva del derecho de propiedad, la operación acordeón es constitucionalmente legítima, aunque su puesta en práctica debe estar sujeta a una previa condición de validez: el otorgamiento del respectivo *derecho de separación* a los socios, lo cual implica indefectiblemente que el socio minoritario que no esté de acuerdo con la reducción del capital social a 0 (cero) y lo manifieste así, de modo indubitable, pueda ejercer su derecho de separación previo con el objeto de que se le *restituya* el valor que en ese momento ostentan las acciones de las cuales es titular, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades.

3.4.3. La necesidad de la operación “acordeón” y el derecho de oposición

56. Antes de ingresar al análisis de constitucionalidad de la operación “acordeón” a la luz de los derechos a la libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación, consideramos necesario detenerse en otro punto de suyo importante para evaluar la validez constitucional de este mecanismo societario de permanencia de la sociedad comercial. Como ya se dijo, la legitimidad constitucional de esta operación societaria encuentra su fundamento último en la *continuidad* que puede alcanzar la sociedad comercial o empresa en el mercado; situación que, como ya dijimos, constituye un supuesto de protección constitucional; y que de no producirse, acarrearía como ya vimos al analizar el artículo 407 de la Ley General de Sociedades, la disolución y posterior liquidación de la empresa. De allí que, la primera condición inescindible de validez constitucional de esta operación sea justamente la *necesidad* de adoptar una medida de este tipo. Es decir, la operación “acordeón” sólo se justifica si es que la crisis económica que atraviesa la empresa fuera tan grave que el único medio de que dispone la sociedad para poder permanecer en el mercado sea la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social. En este sentido, la operación “acordeón” debe constituirse en la *última opción* de la sociedad para no desaparecer de la vida económica. Ello es así porque, como este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de precisar al desarrollar el principio de proporcionalidad (STC 0045-2004-AI/TC), una medida que afecte un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

derecho fundamental debe ser la menos gravosa para su ejercicio frente a otras opciones que se presenten como más intensas. En este sentido, la operación “acordeón” además de necesitar ser *idónea* en el sentido de que constituya un medio adecuado para la recuperación económica de la empresa, situación que como ya hemos visto sólo se produciría si se aumenta el capital social en grado suficiente para superar la situación financiera deficitaria, también debe ser *necesaria*, en el sentido de no existir otro medio para lograr la recuperación de la empresa y que sea menos gravosa para los derechos de los accionistas que la reducción a 0 (cero) del capital social. Como ya se ha visto, la incidencia que la operación “acordeón” tiene sobre los derechos fundamentales de los accionistas a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación es tan grave y acentuada que este mecanismo de recuperación económica sólo puede adoptarse como “*medida última*” o “*última ratio*” para lograr la tan mentada permanencia de la sociedad en el mercado.

En este contexto, este Tribunal considera necesario que el accionista minoritario cuente con un medio para solicitar la *reevaluación* de los estados financieros que sustentan la adopción de una medida de este tipo. En este sentido, el accionista debe poseer un *derecho de oposición* sobre la decisión adoptada, no con el objeto de impedir la adopción del acuerdo societario si es que éste fuere necesario, sino sólo con el objeto de evaluar justamente su necesidad. Mediante este derecho de oposición *prima facie*, el accionista puede solicitar un nuevo examen de los informes financieros que sustentan la decisión de llevar a cabo la operación “acordeón”, el cual si no arroja la necesidad de haber adoptado la misma, debe conducir a la revocatoria de la del acuerdo adoptado. Este derecho de oposición debe regirse por las reglas establecidas en el artículo 219 de la Ley General de Sociedades, en lo que le sea aplicable.

A mayor abundamiento, este Colegiado observa con preocupación cómo un mecanismo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital puede ser utilizado por quienes ostentan la mayoría accionarial de la sociedad, para favorecer la pretensión de determinados grupos económicos o de ellos mismos, en desmedro de los accionistas minoritarios, a los cuales pueden eliminar a través de esta medida. Ello, como ya se dijo en el fundamento 32 de la presente sentencia, no sólo importaría la vulneración de los específicos derechos ius-fundamentales económicos de los accionistas minoritarios, sino la traición del propio fundamento antropológico que anida en nuestro modelo constitucional económico de economía de mercado o economía abierta. Como ya se expresó al momento de desarrollar el sustrato valorativo de nuestro modelo ius-fundamental económico, el *régimen de economía abierta* no representa sólo un modelo que busque la acumulación de riqueza mediante el estímulo del libre desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. En este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

contexto, un accionar estatal o privado que abusando de su posición económica dominante otorgue preferencias a terceros sin base objetiva ni razonable, en desmedro de una competencia libre y justa, constituye la materialización de un *modelo patrimonialista* que desnaturaliza completamente el espíritu de *libre iniciativa privada* que está en la base de nuestro régimen económico constitucional. En el presente caso, la imposición de una medida que afecta de modo intenso los derechos de los accionistas minoritarios a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, sin que haya sido necesaria y con el único objeto de facilitar el ingreso de terceras personas “favorecidas” a la sociedad o la búsqueda del propio posicionamiento accionarial, constituirá una conducta no sólo ilegítima a la luz de los concretos derechos ius-fundamentales enunciados, sino a la luz del principio-derecho de *dignidad humana* y del *libre desenvolvimiento de la personalidad* que, como principios rectores de todo el corpus constitucional, conforman también el sustrato filosófico de nuestro régimen económico constitucional. En este contexto, este Tribunal considera ineludible el establecimiento *prima facie* de un derecho de oposición de los socios minoritarios que permita el reexamen de la información vertida en los estados financieros, a fin de evitar un *abuso de posición económica* por parte de la mayoría accionarial.

3.4.4. Incidencia en el derecho a la libre iniciativa privada y el derecho de asociación y ejercicio del derecho de suscripción preferente

57. Finalmente, aun cuando el derecho de suscripción preferente haya quedado excluido del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de propiedad en tanto el ejercicio de este derecho no implica la defensa de la propiedad de las acciones, las cuales se pierden inexorablemente una vez adoptada la reducción a 0 (cero) del capital social; este Tribunal considera que lo mismo no ocurre en el caso de los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación. En nuestra opinión el derecho de suscripción preferente constituye en el caso de un supuesto de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, un ámbito de los referidos derechos directamente protegido desde la Constitución; por lo que su ejercicio representa también una condición de legitimidad constitucional de la operación “acordeón”. Y ello es así porque en este supuesto, el derecho de suscripción preferente no sólo cumple la función de mantener al accionista en la misma posición política que ostentaba antes de un aumento de capital, con el consiguiente poder de dirección y vigilancia sobre la sociedad y el disfrute del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad -situación que, como ya se ha establecido en el fundamento 45 de la presente sentencia no representa un supuesto de directa protección constitucional-, sino que en este caso el derecho de suscripción preferente importa la propia posibilidad de que el accionista se siga manteniendo como socio de la empresa que adoptó el acuerdo de reducción a 0 (cero).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

En efecto, como ya se ha precisado en el fundamento 50 de la presente resolución, la reducción a 0 (cero) del capital social no sólo elimina el soporte económico-material de la sociedad, y el patrimonio accionario del socio en tanto bien económicamente valuable, sino que anula el título que otorga al accionista la calidad de tal. En este contexto, la reducción a 0 (cero) del capital social, impuesta por una mayoría accionarial a los socios minoritarios incide directamente en la facultad jurídica de pertenecer a la sociedad (*derecho de asociación*) (STC 4241-2004-AA/TC, fundamento 5) y de realizar a través de ella una actividad económica (*derecho a la libre iniciativa privada*), al punto de poder dejar sin virtualidad fáctica alguna su ejercicio. En principio, por tanto, tal como se razonó en el caso del derecho de propiedad, la reducción a 0 (cero) del capital social implicaría una intervención constitucionalmente ilegítima en estos dos derechos.

Sin embargo, siguiendo también el mismo esquema argumentativo utilizado para justificar la intervención de la operación “acordeón” en el derecho de propiedad, debe tenerse en cuenta que en el caso de los derechos a la libre iniciativa privada y de asociación, también la lesión constitucional se produciría con la otra opción que le quedaría a la sociedad de no adoptarse este acuerdo, es decir, con la disolución de la empresa; por lo que, como ya se dijo, ante un supuesto de este tipo (igual afectación de los derechos fundamentales implicados) existe la exigencia constitucional de preferir la opción que ofrece una protección constitucional relevante, como es el caso de la operación acordeón, que permite la continuidad de la empresa en el mercado, frente a una que no lo ofrece como es el caso de la disolución. Por lo demás, como también ya se indicó en el fundamento 55 de la sentencia, al no tener el accionista minoritario un *interés subjetivo* constitucionalmente relevante en la elección de la otra opción societaria, esto es, en la disolución de la empresa, en tanto, tampoco ésta le brinda protección constitucional alguna a sus derechos, no puede otorgarse al accionista minoritario un derecho de oposición que impida la adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) del capital social, amparando con ello un supuesto de “abuso del derecho”; al margen de que, como ya se estableció en el acápite anterior, el accionista pueda solicitar la revisión de la necesidad de la medida adoptada vulneradora de sus derechos fundamentales.

58. No obstante si bien tampoco el accionista minoritario puede oponerse a la adopción de una medida de este tipo, invocando sus derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, tampoco puede ser despojado del ejercicio de estos derechos sin protección constitucional alguna. En este contexto, si en el ejercicio libre de su autonomía, aún considerando las cargas gravosas que económicamente ello le impone, el accionista minoritario desea seguir perteneciendo a la empresa y seguir desarrollando a través de ella su inversión económica, el ordenamiento jurídico debe proveerle de un mecanismo que le de preeminencia sobre los agentes externos que deseen ingresar a la sociedad comercial; y ello porque sólo a través de este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

mecanismo de suscripción preferente puede asegurarse que el accionista minoritario que perdió, por imposición de la mayoría su calidad de tal, continúe en la empresa, ejerciendo la actividad económica en la que aún cree y en la que desea seguir invirtiendo. En tal circunstancia, consideramos que el derecho de suscripción preferente, establecido en la normalidad de los casos para proteger el mantenimiento de la posición accionarial del socio, alcanza un redimensionamiento de su finalidad constitucional y legal, hasta constituirse en un derecho de ejercicio indispensable para lograr la protección constitucional de los derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, en un supuesto de reducción a 0 (cero) del capital social. La práctica de este derecho, por lo demás, debe estar sujeta a las reglas contenidas en el artículo 209 y 210 de la Ley General de Sociedades.

59. En síntesis, este Tribunal considera que si bien la operación “acordeón” es permisible desde una óptica constitucional, dado el preeminente valor que alcanza en nuestro régimen económico la libre iniciativa privada, ejercida por lo general en el marco de la actividad empresarial, lo cual supone un deber estatal de protección y promoción de la continuidad de las sociedades comerciales; para llegar a ser constitucionalmente legítima de *modo definitivo*, esta medida debe estar premunida de las siguientes condiciones de validez, en atención a la protección de los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación:

a) En primer lugar, la operación acordeón debe ser *idónea y necesaria* para la consecución del fin pretendido. En este contexto, la adopción de esta medida debe suponer la reducción y aumento del capital social en grado suficiente para superar las pérdidas y la crisis financiera de la empresa (*test de idoneidad*), además de constituirse en la única medida posible de adopción para que la sociedad no caiga o se encuentre incurso en una causal de disolución (*test de necesidad*). En esta perspectiva, con el objeto de proteger al accionista minoritario contra una maniobra empresarial que lo único que persiga es el favorecimiento de ingreso de “terceros” a la sociedad o el propio bienestar pecuniario de la mayoría, sin que exista una necesidad imperiosa de por medio, el socio puede ejercer un “*derecho de oposición*” con el objeto de solicitar ante el juez la reevaluación de los estados financieros de la empresa que sustentan la decisión de reducir a 0 (cero) el capital social. Esta oposición tiene por finalidad, sin embargo, examinar sólo la “necesidad” de la medida, por lo que si se confirmase el estado financiero de la empresa, la medida adoptada se convalidará, procediéndose a su ejecución. El procedimiento para el ejercicio de este derecho deberá ser el regulado por el artículo 219 de la Ley General de Sociedades.

b) En segundo lugar, una vez adoptado (y convalidado en su caso) el acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, el accionista



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

minoritario que haya expresado de modo indubitable su oposición al mismo, puede ejercer su *derecho de separación* con el objeto de que se le restituya el valor de sus acciones, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades.

- c) Finalmente, una vez adoptada la decisión de reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas que no hubieran ejercido el derecho de separación, podrán ejercer el *derecho de suscripción preferente* conforme a las reglas contenidas en los artículos 209 y 210 de la Ley General de Sociedades.

§4. Análisis del caso concreto

60. En el caso *sub exámine*, la recurrente alega la vulneración de su derecho de suscripción preferente en la Junta de Acreedores de la empresa concursada Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, con sustento en tres razones:

- a) En primer lugar, en el hecho de que no se establecieron los requisitos mínimos para el ejercicio del mencionado derecho, regulados por la Ley General de Sociedades en los artículos 207, 208 y 209, y consistentes, en el presente caso, en la información sobre el número de acciones a suscribir de modo preferente y los aportes dinerarios suficientes para la mencionada suscripción; además del otorgamiento del certificado de suscripción preferente que, concomitantemente a su carácter de título valor, constituye un instrumento de información de los datos requeridos para la suscripción de acciones.
- b) La imposición de cláusulas manifiestamente arbitrarias en la Adenda N° 1, que tenían como único objeto impedir la suscripción de acciones, en alusión al hecho de que las acciones suscritas debían ser pagadas íntegramente y en efectivo en el momento de la Junta.
- c) La ausencia de un momento de invitación a los accionistas para que ejerzan su derecho de suscripción preferente.

61. En cuanto a la primera alegación expuesta por la recurrente, en efecto, como se desprende de la Adenda N° 1 (fojas 33 a 37 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), la Junta de Acreedores no efectuó el cálculo de la cantidad de acciones y aportes dinerarios que le correspondía a cada socio con el objeto de ejercer su derecho de suscripción. Esta información que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 209, inciso 4 de la Ley General de Sociedades, debía estar contenida en el certificado de suscripción preferente, no fue puesta en conocimiento de los accionistas.



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

62. La ausencia de información sobre las acciones a suscribir y los montos requeridos para ello, en general, incide negativamente sobre el ejercicio del derecho de suscripción preferente de los accionistas. El ejercicio adecuado de los derechos económicos, en el marco de una economía de mercado, depende en gran medida del adecuado acceso a información de los agentes económicos. En el caso del derecho de suscripción accionaria, es obvio que éste se vería afectado si el accionista no pudiera conocer cuál es el monto pecuniario requerido para mantener su posición accionaria.
63. Conforme se encuentra regulado el procedimiento de suscripción preferente en la Ley General de Sociedades, para el ejercicio de este derecho son necesarios dos requisitos copulativos: un conocimiento previo de las acciones a suscribir y de los montos necesarios para ello (representado por la aparición de esta información en el certificado de suscripción preferente) y un lapso de tiempo posterior a dicho conocimiento para el ejercicio de dicho derecho (representado por el procedimiento de dos ruedas establecido en la Ley General de Sociedades).
64. En el presente caso, sin embargo, al no haberse brindado dicha información y al pretender, como se establece en el inciso b) de la cláusula 3.2. de la Adenda N° 1, el *aporte íntegro y en efectivo* de la suscripción efectuada en el *mismo momento* de la Junta, la accionista recurrente vio seriamente comprometido el ejercicio del derecho suscriptorio, pues ¿cómo podría pagar íntegramente y en efectivo el monto de la suscripción en el momento de la Junta si antes no tuvo conocimiento de cuál era dicho monto dinerario? Por otro lado, ¿cómo podía ejercerse la suscripción de acciones en el momento de la Junta si la cláusula que establecía el pago íntegro y en efectivo en el momento de la Junta, se estableció en el mismo momento de la Junta? La omisión de la Junta en el establecimiento de la cantidad de acciones a suscribir y del monto dinerario necesario para ello, en concordancia con la cláusula citada de la Adenda N° 1, representan no sólo un incumplimiento de los dos requisitos esenciales contenidos en el procedimiento establecido en la Ley General de Sociedades, sino que configuran de por sí un *procedimiento arbitrario e irrazonable* en el modo cómo debía operar el ejercicio del derecho de suscripción preferente en el presente caso; situación asaz delicada en el caso de la operación “acordeón”, pues ello comprometía, como ya se dijo, la propia presencia de la accionista en la empresa concursada.
65. En la presente causa, por tanto, además de vulnerarse el *derecho al debido procedimiento corporativo privado* en su dimensión de un marco adecuado y razonable de todo procedimiento donde se discutan los derechos de las personas, se ha afectado el derecho de los accionistas de la empresa concursada Chiquitoy S.A. a la asociación y libre iniciativa privada, en su dimensión de pertenecer a una sociedad comercial y de ejercer a través de ella la actividad económica elegida. En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

el presente caso, si bien apreciamos la circunstancia especial de la gravedad económica de la empresa y del procedimiento concursal al cual la misma está sometida, lo cual puede implicar la morigeración, por ejemplo, del requisito de dos ruedas en el ejercicio del derecho suscriptorio, ello no puede significar la imposición de cualquier medida o cualquier procedimiento en la suscripción preferente, sino sólo uno que contenga mínimos criterios de razonabilidad y que garantice los derechos de los accionistas minoritarios, sobre todo en un supuesto de especial gravedad como el caso de la operación “acordeón”. Deben pues cumplimentarse en todo momento los dos supuestos establecidos en el fundamento 64 de la presente sentencia, como condición de un ejercicio razonable del derecho de suscripción preferente.

66. En lo que respecta al momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, estimamos que no es de recibo el argumento de la parte emplazada y del INDECOPI según el cual la accionista recurrente tuvo su momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente cuando se leyó y aprobó la Adenda N° 1. Como se aprecia de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI (fojas 65 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) y del escrito de absolución de traslado de apelación de fecha 12 de junio de 2007 presentado por el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. (fojas 89 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) el argumento se expresa en la siguiente cita efectuada del Acta de Junta de Acreedores de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. (fojas 117 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad):

“Luego de finalizada la lectura de la propuesta y efectuadas las explicaciones señaladas, el Presidente, dirigiéndose a los acreedores y fundamentalmente a los accionistas presentes, indicó si tenían alguna propuesta diferente que hacer para reconstituir el capital social, es decir, efectuar los aportes que les corresponderían en ejercicio de su derecho de suscripción preferente o alguna otra propuesta diferente”.

De esta cita se desprende, como argumento de la parte emplazada, que una vez leída la Adenda N° 1 (donde se contenía la propuesta de reducción a 0 y la capitalización de créditos de los accionistas de clase C) y otorgada la posibilidad a los accionistas de efectuar otra propuesta distinta, sin que estos la hayan efectuado, la Adenda N° 1 quedó aprobada y consumada en el mismo acto la reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital con capitalización de créditos de la clase C. Pasado este momento, por tanto, la accionista recurrente ya no podía suscribir, por lo que su intervención posterior se convirtió en extemporánea.

67. Al margen de que la accionista haya podido conocer o no, a partir de esta invocación del Presidente de la Junta, de que ése era el momento de la suscripción, consideramos que la aprobación de la Adenda N° 1 no podía significar la consumación de los acuerdos que contenía, y ello por una razón fundamental: la consumación de la operación “acordeón” en el mismo acto de aprobación de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

Adenda N° 1, dejaba a la recurrente en *situación de indefensión* si es que la misma pretendía la suscripción de acciones, pues la falta de un momento posterior a la aprobación de la Adenda para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, hacía la referida suscripción imposible, teniendo en cuenta la condición de pago íntegro y en efectivo de la suscripción contenida en el inciso b) de la cláusula 3.2. de la referida Adenda.

68. La situación de indefensión en la que, tanto el procedimiento de suscripción preferente regulado en la Adenda N° 1 dejaba a la accionista recurrente, como la ausencia de una división entre el momento de aprobación de la Adenda y el momento de adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital social, que implicó la ausencia de una nueva convocatoria donde se estableciese claramente la posibilidad de llevar a cabo la operación “acordeón”, llevan a concluir que en el presente caso se vulneraron los derechos de la accionista recurrente a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, además del debido proceso corporativo privado y el principio de interdicción de la arbitrariedad.
69. Como ya se ha establecido a lo largo de la presente sentencia, la Junta de Acreedores tenía legitimidad para llevar a cabo la llamada operación “acordeón”, procurando la continuidad de la empresa, sobre todo si tenemos en consideración que el fin consustancial a ésta es justamente la recuperación de la empresa y el cobro de lo adeudado, finalidad también relevante en aras de la seguridad jurídica de las transacciones comerciales y obligaciones patrimoniales; sin embargo, dicha potestad debía ser ejercida en armonía plena con los derechos, principios y valores que la Constitución recoge. Es necesario dejar claramente establecido en este punto, que si bien en un régimen de protección patrimonial como el sistema concursal la decisión del destino de la empresa o sociedad comercial recae en la Junta de Acreedores, con el objeto primordial de recuperar el crédito, reflatando la empresa o disponiendo su salida ordenada del mercado, con lo cual la voluntad societaria encarnada en la Junta General de Accionistas ya no se encuentra presente; ello no significa en modo alguno que los accionistas considerados de modo individual no deban ser tenidos en cuenta a la hora de que la Junta de Acreedores ejerza las potestades establecidas por ley. Y ello porque la empresa concursada, aunque bajo el gobierno de la Junta de Acreedores, aún existe y los accionistas legítimamente pueden seguir perteneciendo a la empresa (derecho de asociación) y tener la expectativa de volver a obtener ganancias a través de ella (derecho a la libre iniciativa privada). Tan es así, que la propia Ley General del Sistema Concursal establece en su artículo 68.1 que: “Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haberseles convocado en el respectivo aviso”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

70. En este contexto, también en el caso de sociedades sujetas a un régimen concursal rigen los principios o derechos que, como requisitos de ejercicio legítimo de la operación acordeón, se han establecido en la presente sentencia. En todo caso, como también ya se dijo, el ejercicio de tales derechos deberá ser cohonestado según el caso, con la urgencia de adoptar una medida de salvataje de la empresa como la operación acordeón. En cuanto a la devolución de aportes se debe dar un margen suficiente de flexibilidad a la Junta de Acreedores a fin de fijar de común acuerdo con el accionista la devolución cuando éste ejerza su derecho de separación (según y como lo dispone el procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades), flexibilidad que deberá ser también observada por el juez en caso de conocer el asunto.
71. En el presente caso, si bien algunas de las exigencias establecidas en la presente sentencia, como el derecho de oposición no podían ser conocidas por las empresas demandadas, dado que son producto de un proceso de ponderación delicado y de una concreción constitucional compleja llevada a cabo, el carácter lesivo de las condiciones en que se llevó a cabo la mencionada reducción a 0 (cero) y aumento del capital social, va más allá de dicha determinación ius-fundamental y ha afectado, desde el propio establecimiento de un procedimiento irrazonable, el derecho de suscripción preferente que, en el presente caso, comprometía, como ya se dijo, la presencia de la accionista en la sociedad y, por ende, el ejercicio de sus derechos a la libre iniciativa y asociación. La Junta de Acreedores, en este contexto, al conocer de las implicancias de la forma cómo reguló el ejercicio del derecho de suscripción preferente (producto de lo cual finalmente terminarían las empresas demandadas como dueñas absolutas de la empresa concursada, en mérito a la capitalización de créditos de clase C, correspondientes sólo al Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. y el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A.) no sólo ejerció irregularmente sus competencias concursales, sino que incidió directamente en el ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios y del propio espíritu de *libre* iniciativa privada inscrito en nuestra Constitución Económica como base del modelo económico constitucional.
72. Además, en el caso concreto del derecho de propiedad de los accionistas, la afectación ius-fundamental ya había sido dispuesta en la propia Adenda N° 1 a través de su cláusula 2.4. (fojas 34 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), en la cual se excluyó la posibilidad de devolución de aportes a los accionistas, con lo cual se vulneró evidentemente el derecho de propiedad de los mismos, pues se excluyó un supuesto constitucional de inescindible cumplimiento en la expropiación de cualquier bien, como ya se dejó sentado en el fundamento 56 de la presente resolución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

§5. De los efectos de la sentencia en el presente caso

73. Por último, si bien el amparo ostenta, por naturaleza, un carácter reparador, lo cual supone, de ordinario, retrotraer las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos fundamentales; ello no puede constituirse en una norma inderrotable de cara a los efectos que pueda tener una sentencia del Tribunal Constitucional, que pueda hacer más pernicioso la solución brindada al caso que el propio acto lesivo perpetrado por la parte demandada. En este sentido, anular los acuerdos de Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, si bien constituiría técnicamente lo más correcto, dicha solución no se condice con el objeto general de la operación acordeón y del proceso concursal al cual estuvo sujeta la empresa concursada, esto es, la recuperación de la empresa. Si como se ha razonado ampliamente en los fundamentos de la presente sentencia, la operación acordeón se encuentra plenamente justificada en el hecho de recuperar a una empresa, con la importancia que ello tiene en un régimen de economía de mercado como la nuestra y de cara a la protección de sus trabajadores, no encuentra mucho sentido después que ésta ha logrado su recuperación volver las cosas al estado anterior y poner a la empresa nuevamente en un estado de inestabilidad financiera.
74. Por ello en el presente caso, este Colegiado considera más prudente, en atención a los bienes constitucionales en juego, que no obstante ser ilegítima la forma de separación de la actora de la empresa, por lo que cabe, su reincorporación en su calidad de accionista, no retrotraer las cosas al estado anterior de la Junta de fecha 06 de diciembre del 2006 y, por tanto, mantener vigentes los acuerdos adoptados y la situación actual de la empresa. Por último, los daños que se hayan ocasionado a la accionista o lo dejado de percibir producto de su separación ilegítima desde la fecha de la junta hasta la actualidad, pueden ser producto de una demanda independiente en la vía ordinaria, donde a la luz de las pruebas que se deben ofrecer para ello, se logre determinar el daño producido.

Por los fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, por haberse vulnerado los derechos de la recurrente, señora Flor de María Ibáñez Salvador, a la propiedad, a la libre iniciativa privada, a la asociación, al debido proceso corporativo privado y a la interdicción a la arbitrariedad; en consecuencia se **ORDENA** a las empresas emplazadas que cumplan con **RESTITUIR** a la demandante Flor de María Ibáñez Salvador la titularidad de todas las acciones que poseía en la mencionada empresa, antes de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

Acuerdos anulados en la presente sentencia; y, por ende, se le **RESTITUYA** en su calidad de accionista de la mencionada empresa, con todos los derechos que de dicha condición se derivan.

2. **DISPONER** dejar en potestad de la demandante ejercer los derechos que le corresponden producto de los daños ius-fundamentales producidos en la vía ordinaria correspondiente.
3. **DISPONER** que la empresa Agraria Chiquitoy se abstenga de volver a incurrir en la misma afectación ius-fundamental expuesta en la presente sentencia al momento de llevar a cabo la operación acordeón y que, en todo caso, deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en el fundamento 60 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

VICTOR ALFONSO ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ
SALVADOR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. (“FONDISA”), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros con el objeto de que se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de la empresa agraria demandada Chiquitoy S.A., de fecha 6 de diciembre de 2006, puesto que se está afectando sus derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso corporativo particular y a la interdicción de la arbitrariedad.
2. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara la improcedencia liminar de la demanda en atención a que el proceso de amparo no es la vía idónea para realizar el cuestionamiento que realiza en su demanda ya que existe una vía igualmente satisfactoria regulada por el artículo 132º de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. Asimismo refiere que lo que en realidad cuestiona la recurrente es lo resuelto en el procedimiento administrativo llevado ante INDECOPI, por lo que la vía idónea sería el proceso contencioso administrativo, y si en todo caso el cuestionamiento de la demandante estaría circunscrito al acuerdo de la Junta de Acreedores el plazo para interponer la demanda ha transcurrido en exceso. La Sala Superior revisora confirma la resolución apelada considerando que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., por lo que la vía idónea igualmente satisfactoria es el proceso contencioso administrativo, por lo que debe recurrir a él.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar, desde luego.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ
SALVADOR

4. Al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. El artículo 47º Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponerse en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
7. No está demás recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47º del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427º del Código Procesal Civil en su último párrafo al decir: “La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”. Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto.
9. En el presente caso encontramos que las instancias precedentes han rechazado liminarmente la demanda considerando principalmente que existe una vía idónea igualmente satisfactoria, esto es el proceso contencioso administrativo. Es así que observo la existencia de un conflicto en un ámbito privado en el que se discute la afectación de derechos fundamentales con la aplicación de un procedimiento denominado “acordeón”, figura que este Colegiado no ha abordado anteriormente, debiéndose determinar si este Colegiado puede abordar temas relacionados con un procedimiento concursal, y además evaluar si los procedimientos creados a efectos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ
SALVADOR

garantizar la permanencia de las empresas son atentatorios de los derechos de los accionistas minoritarios.

10. En tal sentido considero que el tema traído a esta sede tiene especial relevancia que debe ser objeto de análisis por parte de este Colegiado a fin de determinar si los procedimientos establecidos para evitar la disolución de las empresas –como en este caso el denominado “acordeón”– pueden afectar derechos fundamentales de accionistas que tienen una posición minoritaria. En tal sentido por el tema discutido y por la protección que merecen las personas que conforman una relación entre privados es que considero que debe revocarse el auto de rechazo liminar a fin de que se admita a trámite la demanda de amparo propuesta.
11. Finalmente cabe realizar una crítica a lo expresado en la resolución en mayoría en su fundamento 20, puesto que expresa que por el hecho de haber notificado con la resolución que rechazo liminarmente la demanda los emplazados han tomado conocimiento de los hechos planteados en la demanda, señalando además que los emplazados han intervenido en el procedimiento seguido ante INDECOPI, por lo que conocen claramente de los hechos. Considero que dicha afirmación es errónea puesto que debe tenerse presente que un conflicto suscitado en la realidad –relación material– es llevado a un proceso judicial para que sea resuelto por un tercero imparcial. En tal sentido bajo el argumento esbozado por la resolución en mayoría se podría inferir que ante un auto de rechazo liminar no solo se “puede” sino se “debe” ingresar al fondo puesto que siempre el que debiera ser emplazado tiene conocimiento –por haber sido parte de la relación material– de los hechos de la demanda, lo cual es un grave error que permite afectar el derecho de defensa de los emplazados, lo cual es inaceptable. Por ello debo reiterar lo expresado en el presente voto, puesto que cuando se notifica el auto de rechazo liminar el emplazado no tiene conocimiento de la demanda y por tanto no sabe sobre qué defenderse, por ello es necesario expresar que el conocimiento del emplazado del contenido de la demanda es la garantía de igualdad entre las partes.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional, debiéndose en consecuencia admitir a trámite la demanda a fin de que se verifique si los procedimientos establecidos para garantizar la permanencia de las empresas –como el procedimiento acordeón– afectan derechos fundamentales de los accionistas minoritarios.

Sr.


VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

1. En la forma como aparece o se desprende de autos, debo expresar que según mi conocimiento, ni la doctrina, ni la legislación, ni menos aún, la jurisprudencia societaria, estudia de modo particular, regula, establece o autoriza, respectivamente, la posibilidad de que en una junta general de accionistas, la mayoría –casi arbitraria o abusivamente, pueda adoptar un acuerdo de reducir el capital social a cero (0), y luego aumentarlo a cualquier cifra (“operación acordeón”), sea por nuevos aportes de los mismos socios o por aportes de terceros, debidamente convocados al efecto. Conste: tampoco existe prohibición expresa! Lo que ocurre es que, se supone, deben haber o existir ciertos supuestos fácticos y/o un entorno especial de derecho, que lo hagan aconsejable y absolutamente legítimo.
2. Este acuerdo, en el Perú, me refiero al abusivo y arbitrario, por ser contrario a la Ley General de Sociedades, LGS, sería fácilmente impugnado en la jurisdicción ordinaria, a tenor de su art. 139¹. La ley dispone que si el accionista concurre a la junta debe dejar constancia en acta de su oposición al acuerdo (art. 140²); también puede impugnar el accionista que está ausente al momento de la convocatoria y celebración de la junta; y por último, también, el que ha sido ilegítimamente privado de emitir su voto. La impugnación, en todo caso, caduca a los dos meses de la fecha

¹ **Artículo 139.- Acuerdos impugnables**

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

² **Artículo 140.- Legitimación activa de la impugnación**

La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

de adopción del acuerdo, si el accionista concurre a la junta; a los tres, si no pudo concurrir; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción (art. 142^{o3}). La impugnación se tramita en el proceso abreviado y cuando se sustenta en defecto de convocatoria o falta de quórum, en el sumarísimo (art. 143^{o4}).

3. Tal como se dijo antes, no existe, arreglada a derecho, la posibilidad de que ello ocurra, por dos razones:

- (i) Porque el régimen legal en todas las formas societarias⁵ está orientado en asegurar la conservación de la participación de los socios en el capital social de la empresa, es decir, en el porcentaje (%) que aportaron cuando constituyeron, organizaron o fundaron la sociedad, o más adelante, al momento de adoptar, en junta general, el acuerdo de aumentar el capital social, a partir del porcentaje que ostenta cada quien –persona natural o jurídica, en ese acto, según hayan adquirido o vendido, es decir, si es que unos compraron a otros directamente, con arreglo a ley y estatutos, o lo hicieron a través de la Bolsa de Valores⁶; y,
- (ii) Porque reducir a cero (0), arbitraria y abusivamente, el capital social, aprovechando ostentar mayorías reforzadas o calificadas en el capital social,

³ **Artículo 142º.- Caducidad de la impugnación.**

La impugnación a que se refiere el artículo 139º caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.

⁴ **Artículo 143º.- Proceso de impugnación. Juez competente**

La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que sustentan en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo.

Es competente para conocer la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General el Juez del domicilio de la sociedad.

⁵ Según la LGS las formas societarias son siete: (i) Sociedad Anónima, (ii) Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, (iii) Sociedad Colectiva, (iv) Sociedad Encomandita Simple, (v) Sociedad Encomandita por Acciones, (vi) Sociedad Civil Ordinaria y (vii) Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. La Sociedad Anónima admite dos tipos o modalidades (aunque la Ley se equivoca al llamarlas “Formas Especiales de Sociedad Anónima”, ver el título de la Sección Séptima, Art. 234º), la Sociedad Anónima Cerrada y la Sociedad Anónima Abierta.

⁶ Ver, entre otros, los artículos 103º Opción para suscribir acciones; 104º Adquisición por la Sociedad de sus propias Acciones; 238º Consentimiento por la Sociedad (en la SAC); 239º Adquisición Preferente en caso de Enajenación Forzosa (en la SAC); 200º Derecho de Separación del Accionista; 207º Derecho de Suscripción Preferente; 213º Aumento de Capital con aportes no dinerarios; 214º Aumento de Capital por capitalización de créditos; 217º Formalidades (de la Reducción del Capital); y 220º Reducción Obligatoria por pérdidas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

significa un despojo, un arrebato de bienes ajenos, una apropiación indebida o ilícita del aporte de los socios minoritarios, para luego, utilizando la misma posición ventajosa que se tiene en dicha junta general, **augmentar** el capital social a la cifra que se desee, suscribiendo el mismo, los poderosos, los que también habían adoptado aquella decisión de reducción; o haciendo suscribir las acciones por terceros convocados al efecto.

4. De otro lado, también la LGS prevé, en determinados casos, la *Nulidad* de Acuerdos Societarios (arts. 38^{o7} y 150^{o8}) con una regulación que contiene varias semejanzas y sólo tres, importantes y marcadas diferencias con la *Impugnación* de Acuerdos (que en realidad lo es, en exclusiva, para la Junta General de Accionistas, es decir, para la Sociedad Anónima). Todas las demás, son semejanzas. En efecto, la primera diferencia es que la acción de “Nulidad” caduca al año mientras que la impugnación a los dos o tres meses (el art. 38^o remite al 35^{o9} y si bien éste alude a dos años, hace expresa salvedad a la posibilidad de remitirse a un plazo más corto de caducidad, como en este caso ocurre con el referido en el art. 150^o); la segunda diferencia es que la nulidad se sustancia en el proceso de conocimiento mientras que las impugnaciones en el proceso abreviado o sumarísimo; y la tercera, es que aquella puede ser interpuesta por cualquier persona con legítimo interés mientras que la impugnación solamente por accionistas, a quienes además se les exige mantener

⁷ **Artículo 38.- Nulidad de acuerdos societarios**

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34^o, 35^o y 36^o, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35^o cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

⁸ **Artículo 150.- Acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad**

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

⁹ **Artículo 35.- Pretensión de nulidad del pacto social. Caducidad.**

La demanda de nulidad del pacto social se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

dicha condición durante el proceso (art. 144¹⁰). Conste, aprovechando el tema, que la remisión que hace el tercer párrafo del art. 38º al art. 36º¹¹ es errónea, por impertinente. En efecto, declarada por el Juez la nulidad de un acuerdo societario, esta situación no debe llevar, para nada, a la disolución de pleno derecho de la sociedad y quedarse a punto para la designación de liquidadores. Esto, está bien que así sea cuando un juez, mediante sentencia firme, declare la nulidad del pacto social; pero no, pues, para el caso vulgar y silvestre, de la nulidad de un acuerdo societario, por ejemplo, la nulidad de un acuerdo de la Junta General de Accionistas o de Directorio.

5. En realidad, aquella *Nulidad* de Acuerdos Societarios se prevé, principalmente y más bien, en el Libro Uno de la LGS, Reglas Generales Aplicables a *Todas las Formas Societarias*, art. 38º. Sólo, marginal y supletoriamente, en el Libro Dos, para la Sociedad Anónima, art. 150º. Las semejanzas son varias y evidentes: (i) Lo previsto en el art. 38º acerca de que son nulos los acuerdos societarios adoptados con “omisión de las formalidades de publicidad prescritas” y “contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”, están dichas en el art. 139º cuando refiere “Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley”. (ii) Cuando en el art. 38º se dice “contrarios ... a las estipulaciones del pacto social o del estatuto”, está señalado en el 139º cuando refiere, “acuerdos que ... se opongan al estatuto o al pacto social”. (iii) Finalmente, Cuando el art. 38º dice “acuerdos... que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios” esta previsto en el 139º cuando dice “acuerdos que ... lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno varios accionistas, los intereses de la sociedad”.

¹⁰ **Artículo 144º.- Condición del impugnante.**

El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.

La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

¹¹ **Artículo 36º.- Efectos de la sentencia de nulidad.**

La sentencia a firme que declara la nulidad del pacto social ordena su inscripción en el Registro y disuelve de pleno derecho la sociedad. La junta general, dentro de los diez días siguientes de la inscripción de la sentencia, designa al liquidador o a los liquidadores. Si omite hacerlo, lo hace el Juez en ejecución de sentencia, y a solicitud de cualquier interesado. La sociedad mantiene su personalidad jurídica sólo para los fines de la liquidación.

Cuando las necesidades de la liquidación de la sociedad declarada nula así lo exijan, quedan sin efectos todos los plazos para los aportes y los socios estarán obligados a cumplirlos, de inmediato.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

6. Volviendo al tema. Aquella “operación acordeón” se da, salvo, quizás, en otros casos excepcionales, cuando una sociedad se halla incurso, por ejemplo, en un procedimiento concursal, tal como ocurre en estos autos; o en casos similares, de grave crisis financiera y pérdida de capital en tal magnitud, que la sociedad cae en causal de disolución (y liquidación), supuestos previstos, ciertamente, en el art. 407º incisos 4., y 5¹². En el caso de autos se trata de una sociedad anónima abierta (S.A.A.) arts. 249º y siguientes de la LGS y por el régimen general aplicable a la sociedad anónima, art. 50º y siguientes, según lo prevé el art. 251º, y la demandante habría adquirido, aproximadamente, el 1% del capital social en la Bolsa de Valores de Lima, BVL, consciente de que se trataba de una sociedad anónima importante pero que se hallaba incurso en un procedimiento concursal en el cual, como es de público conocimiento (y la demandante, en tanto inversionista de capital, no lo podía ignorar), a la junta de acreedores solo le quedaba (i) adoptar el acuerdo de salir ordenadamente del mercado vía disolución y liquidación de la empresa, o (ii) la reestructuración de la empresa (o reflotamiento), vía medidas urgentes y apremiantes.
7. Ninguna mayoría societaria, simple o calificada (ni aun el 99.9999% del capital social) puede acordar, sin razón valedera alguna, disponer la reducción del capital social a cero (0) si es que lo que procura con ello no es darle o conferirle formalidad a lo que ha ocurrido en la realidad, es decir, la pérdida contable, total y absoluta del capital social, en la medida en la que los pasivos exceden largamente a los activos. Hacerlo, contrariando esta premisa, sería cometer un delito contra el patrimonio, pues el aporte de los socios estaría siendo recogido o apropiado por algunos, en agravio de los socios o accionistas vigentes, quienes caerían en calidad de víctimas o agraviados. Así de simple.

¹² **Artículo 407.- Causas de disolución**

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente;
5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

8. Si se ha perdido el capital, no existe la figura del “derecho de separación” del art. 200^{o13} porque no hay nada que devolver ni reembolsar y si bien el art. 68.1¹⁴ de la Ley 27809 General del Sistema Concursal, LGSC, prevé que cuando la junta de acreedores acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente, lo es porque fueron ellos los fundadores, o quienes en algún momento impulsaron la empresa, o porque pueden existir, como tal vez lo sea (no lo podemos saber, en el caso de autos), intangibles no activados, es decir, *know how*, marcas, patentes, nombre comercial, logo, posesionamiento en el mercado, importantes proveedores, cartera de clientes u otros elementos o signos distintivos de la empresa, que la hagan económicamente atractiva, en cuanto a su subsistencia, y que por supuesto tienen un valor en tanto y en cuanto haya acreedores y/o proveedores, o clientes potenciales, interesados en reflotar y reactivar, la empresa, por y con legítimo interés, en un mercado como el nuestro, ciertamente competitivo. Pero el capital social aportado, en sí mismo, se tiene que haber perdido, y en forma, prácticamente, irremediable, a no ser por los intangibles u otros intereses crematísticos. Entonces, hay que tomar medidas drásticas y urgentes, rápidas, para evitar el colapso y el naufragio. No se trata de medidas de reflexión, de lenta revisión ni de largo aliento. O se salva hoy o se hunde hoy. No hay más.
9. Conste de otra parte, y este es punto central, que según el art. 132^{o15} de la Ley 27809, LGSC, el proceso específico para la discusión de materias concursales es el

¹³ **Artículo 200º.- Derecho de separación del accionista**

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existencias; y,
4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.
Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas (...)

¹⁴ **Artículo 68º.- Capitalización y condonación de créditos**

68.1 Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haberseles convocado en el respectivo aviso.

¹⁵ **Artículo 132º.- Órganos de competencia exclusiva**

132.1 Tienen competencia exclusiva para resolver las impugnaciones de las resoluciones que se emitan en cualquier procedimiento concursal en materias reguladas por esta Ley, las Comisiones de Procedimientos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

proceso contencioso administrativo. En reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y desde hace varios años ya, se ha dicho y repetido, hasta el cansancio, que el Amparo no es alternativo, sino residual. No proceden los procesos constitucionales, reza el art. 5.2 del CPCo., “Cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”. Y de autos se desprende que se precisa de estación probatoria, la que está ausente en el proceso constitucional de amparo, como el presente.

10. No es verdad, de otra parte, que el proceso de disolución y liquidación no brinde protección constitucional alguna, a las minorías, en cuanto a sus derechos. Si se cuida, supervisa y controla la venta de los activos fijos, se enajenan las mercaderías excedentes, se cobran las facturas pendientes, y se valoriza y vende, adecuadamente, los intangibles no activados, consiguiéndose un precio total razonable; y de otro lado, se pagan los pasivos en la forma preferencial prevista en la Constitución y en el Bloque de Constitucionalidad: (i) Créditos Laborales, (ii) Créditos Garantizados, (iii) Créditos Tributarios y (iv) Créditos Comunes, el saldo remanente se devuelve o reembolsa a los accionistas, siendo preferidos los accionistas sin derecho a voto, según lo prevé el tercer párrafo del art. 97º de la LGS¹⁶. El sexto párrafo del art. 414º de la LGS también hace referencia al derecho de las minorías a vigilar las operaciones de liquidación. Normatividad existe; la parte administrativa y operativa es la que hay que poner en marcha con arreglo a ley y estatutos.

Concursales y el Tribunal del INDECOPI, en sede administrativa, y las Salas correspondientes, en sede judicial.

132.2 Las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso administrativo. Por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la Ley y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos.

¹⁶ **Artículo 97.- Preferencia de las acciones sin derecho a voto**

(...)

(...)

En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin derecho a voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

11. Estando a lo expuesto, no hay evidencia en autos de que la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales que dice la demandante, tales como el de propiedad, el de libre iniciativa privada, el de asociación y el de interdicción de la arbitrariedad, haya en efecto, ocurrido. Si en la Junta de Acreedores ha existido atropello, falta de orden o irrespeto al derecho de suscripción preferente a favor de la demandante para ejercitarlo, ello corresponde al nivel de los derechos “legales” que la demandante podrá ejercer en el contencioso-administrativo, mas no en el proceso constitucional de amparo. Hay que verificar si con oportunidad se alcanzaron los estados financieros auditados, si se publicó la agenda, si se pusieron a disposición los proyectos, las mociones, las propuestas, etc. (art. 130º LGS).

12. Según la Ley General del Sistema Concursal, LGSC, estando sometido un deudor, persona jurídica mercantil, a este procedimiento, es la Junta de Acreedores la que se sustituye a la Junta de Accionistas. Por eso, en más de una oportunidad he escrito y sustentado en sendas mociones, que nuestra Constitución Política, en su art. 70º debiera decir, “Salvo disposición especial de la Ley General del Sistema Concursal, a nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, ...” porque perdido el capital social de la empresa, a sus dueños o titulares originales de participaciones o acciones, se les priva de su “otra propiedad”, la de sus intangibles no activados, y se hace con fines constitucionalmente válidos, salvar el crédito concedido, salvar a la empresa y todo lo que ella representa, socialmente, reflotarla, devolverla eficientemente al mercado, o salir de éste, ordenadamente, con respeto a los derechos y beneficios laborales, en primer lugar; a los créditos garantizados en segundo lugar, a los tributarios, en tercer lugar, y a los comunes, en cuarto y último término, tal como se dijo antes.

Siendo esto así, estando a los fundamentos glosados y al art. 5.2 del CPCo., mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda, dejando a salvo el derecho de la recurrente para que haga valer su pretensión en el cauce procesal correspondiente.

Sr.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

VÍCTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00228-2009-AA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARIA IBAÑEZ
SALVADOR

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS CALLE HAYEN Y URVIOLA HANI

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibañez Salvador contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de setiembre del 2008, corriente a fojas 142, que declara improcedente la demanda de autos. Los magistrados firmantes emitimos el siguiente voto:

1. Con fecha 17 de diciembre de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objeto de que se declare nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A., de fecha 6 de diciembre de 2006, en el entendido que estos vulneran sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de trabajo, derecho a la propiedad, derecho al debido proceso corporativo particular y derecho a la interdicción a la arbitrariedad.
2. De la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 29 de agosto del 2007 que corre en autos a fojas 59 a 67, se advierte que la recurrente impugnó los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, dando mérito a la expedición de la Resolución N° 0031-2007/INDECOPI-LAL del 22 de enero del 2007, que declaró infundada la impugnación, sosteniéndose que si bien la impugnante manifestó su voluntad de beneficiarse con la suscripción preferente de acciones, lo hizo después de haber concluido el debate y votación sobre dicho tema, motivo por el cual no pudo hacer efectivo tal derecho.
3. Contra la resolución aludida la recurrente con fecha 12 de febrero del 2007 interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el mismo que resolvió, mediante Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, confirmar la impugnada que declara infundada la impugnación deducida.
4. Sin embargo pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, conforme es de verse de la cédula de notificación de fecha 11 de septiembre del 2007, que corre a fojas 58, quedando de esta forma agotada la vía administrativa, no recurrió en contra de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal de Defensa de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00228-2009-AA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARIA IBAÑEZ
SALVADOR

Competencia y de la Propiedad Intelectual que desestimó su pretensión, sino que por el contrario recurrió al amparo en contra de los acuerdos de Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, alegando vulneración constitucional, cuando los acuerdos tomados en Junta, a la fecha de la interposición de la demanda, habrían prescrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional CPCConst. que establece que “[e]l plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda”; cuando la vía igualmente satisfactoria es la contenciosa administrativa, máxime si a la fecha de la interposición de la demanda de amparo los plazos para recurrir a la vía contenciosa administrativa no habían vencido.

5. El artículo 5°, inciso 2), del CPCConst. establece que no proceden los procesos constitucionales cuando: “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.
6. En el caso de autos, tratándose de una resolución emitida por la administración, la vía correspondiente es la contenciosa administrativa, por ser igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; es decir que, si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, debe acudir a ellos debido al carácter residual del proceso de amparo, en cumplimiento del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 00206-2005-PA/TC.
7. Siendo esto así, entendiéndose que el amparo está dirigido en contra la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, la vía igualmente satisfactoria para el conocimiento de la pretensión es la contenciosa administrativa.

Siendo esto así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del CPCConst., nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Sres.

CALLE HAYEN
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR