

ANEXO IV

**Sentencias del Tribunal
Constitucional**

ANEXO IV - 001

EXP. N.º 0005-2005-CC/TC
LIMA
BANCO CENTRAL
DE RESERVA DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Banco Central de Reserva del Perú contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

II. ANTECEDENTES

A. Demanda

Con fecha 25 de agosto de 2005, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) interpone demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare que es competente para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú; y que, consecuentemente, se declare la nulidad de la Resolución SBS N.º 655-2004, mediante la cual se autorizó la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., pues en dicho procedimiento no se solicitó su opinión. Solicita, asimismo, que la referida declaración de nulidad sólo surta efectos a partir del momento en que, previa opinión del BCR, la SBS dicte una nueva resolución sustituyendo a la anterior y mediante la cual deje a salvo los contratos y operaciones que Citibank del Perú S.A. haya celebrado con terceros.

Los fundamentos de su demanda son los siguientes:

- Tras el procedimiento seguido ante la SBS, Citibank del Perú S.A. se ha constituido como una nueva persona jurídica, independiente de su matriz, con un patrimonio propio que respalda sus obligaciones y con sus propios órganos sociales.
- Su competencia para emitir una opinión previa en dicho procedimiento deriva directamente de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en este caso, es decir, de la Constitución de 1993, del Decreto Ley N.º 26123 –Ley Orgánica del BCR (LOBCR)–, y de la Ley N.º 26702 –Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS (LOSBS). Resalta que las normas de desarrollo constitucional reconocen una estrecha y necesaria vinculación entre las atribuciones asignadas al BCR y aquellas correspondientes a la SBS.
- Las competencias del BCR, previstas en las leyes orgánicas, deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 84 de la Constitución, que establece que su finalidad es preservar la estabilidad monetaria, ejerciendo diversas funciones, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito del sistema financiero. Enfatiza que su política monetaria sólo puede implementarse a través del sistema bancario y financiero.
- El artículo 24 de la LOBCR establece que el BCR tiene competencia para emitir opinión en los casos establecidos en la LOSBS, y que esta norma, en su artículo 21 –que establece el procedimiento que deberá seguir la solicitud de organización que presente una empresa del sistema financiero–, prevé la necesidad de recabar la opinión del BCR como requisito para autorizar o denegar la organización de una empresa sometida a la supervisión de la SBS.
- El BCR debe emitir opinión cada vez que se constituya una nueva entidad financiera en el país en la medida en que tal evaluación es necesaria a efectos de permitirle al BCR cumplir con su labor de preservar la estabilidad monetaria.
- A fin de preservar la estabilidad monetaria, el BCR ejecuta su política regulando la liquidez a través del sistema bancario y financiero, para lo cual requiere conocer la situación económica y financiera de todas las empresas del sistema bancario y así evaluar la solvencia de cada una de las empresas del sistema financiero en el tiempo.

- La transformación de la sucursal de una empresa domiciliada en el exterior en una empresa domiciliada en el Perú supone la creación de una nueva empresa financiera en el mercado, y con ello pasa a formar parte del sistema financiero nacional, a través del cual el BCR desarrolla su política monetaria.

B. Contestación de la Demanda

La emplazada contestó la demanda solicitando que se la declare improcedente o, en su caso, infundada, y se establezca que la SBS actuó dentro del marco de sus competencias al expedir la Resolución SBS N.º 665-2004 de fecha 30 de abril de 2004, para lo cual no era necesario un dictamen previo del BCR.

Los fundamentos de la contestación de la demanda son los siguientes:

- La competencia invocada por el BCR con relación a emitir una opinión previa en los procedimientos iniciados para autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del exterior en una empresa constituida en el Perú, no se desprende de la Constitución ni tampoco de su ley orgánica, siendo que no se trata de una competencia, sino de una función conferida por la LOSBS, es decir, una norma distinta de su Ley Orgánica, que, de ser tomada en cuenta, rompería la regla de taxatividad instituida por el Tribunal Constitucional para establecer las competencias de los órganos, y que establece que en esta materia las competencias deben interpretarse de modo restrictivo.
- De conformidad con el artículo 21º de la LOSBS, el BCR debe emitir opinión cada vez que se constituya una nueva entidad financiera en el país, es decir, previa a la autorización de organización y funcionamiento de una empresa que pretende ingresar al sistema financiero nacional, pero no cuando ésta haya venido operando en el mercado y lo que persiga sea transformarse en otra modalidad empresarial permitida por el propio sistema para continuar sus operaciones.
- La pretensión del BCR supone un cuestionamiento de las competencias autónomas de la SBS en tanto pretende hacer valer su propia interpretación de una norma distinta a su Ley Orgánica y cuya interpretación corresponde a la SBS.
- La legislación societaria reconoce en la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el exterior en empresa domiciliada en el Perú, un

supuesto distinto al de la simple constitución de una sociedad en el Perú, por lo que afirmar su equivalencia supondría desvirtuar la norma societaria.

- En tanto la demanda está encaminada a lograr el ejercicio de una función meramente consultiva, la misma no puede ser tramitada vía el proceso competencial, pues tal supuesto impide por sí mismo la existencia de conflicto.

C. Escrito del Citibank del Perú S.A.

El Citibank del Perú S.A., en calidad de tercero con interés en el resultado del proceso, solicitó que el Tribunal Constitucional tuviera presentes los siguientes argumentos:

- El Citibank inició el procedimiento de autorización de transformación de su sucursal en el Perú en una empresa constituida en este país, al amparo de la normativa reglamentaria de la materia, la cual no sólo no establecía consulta alguna al BCR, sino que no fue cuestionada en ningún momento, por lo que la autorización fue obtenida cumpliendo con todos los requerimientos previstos.
- La LOSBS sólo exige opinión previa del BCR cuando se pretende:
 - a) La autorización de organización y funcionamiento de las empresas comprendidas en los incisos A, B y C del artículo 16 de la misma ley, que vayan a iniciar operaciones en el Perú (art. 19)^[1].
 - b) Apertura de sucursal en el exterior de una empresa domiciliada en el Perú (art. 30°)^[2].
 - b) Apertura de oficinas en el Perú de empresas domiciliadas en el extranjero (art. 39)^[3].
 - c) Transformación, conversión, fusión o escisión de una empresa si ella supone realizar un nuevo tipo de actividad (art. 12)^[4]

Todos los supuestos implican que la entidad involucrada realice nuevas operaciones, lo cual no se produjo en el supuesto concreto del Citibank.

- La atribución del BCR es velar por el tráfico y la estabilidad de la moneda, mientras que a la SBS le compete ejercer el control técnico financiero del sistema financiero, por lo que es desde esta perspectiva que deben interpretarse las normas bajo análisis.

- La transformación de la sucursal de sociedades domiciliadas en el exterior constituye una de las formas de reorganización societaria y su adopción no supone la constitución de una nueva sociedad, en tanto que la masa patrimonial se mantiene inalterada, suponiendo tan sólo un cambio en la estructura jurídica de la empresa.
- Las principales ventajas de la transformación de Citibank del Perú S.A. son:
 - a) Las decisiones que adopta la junta general de accionistas y el Directorio se encuentran sujetas al control de la SBS, el Poder Judicial y las demás autoridades competentes.
 - b) Las decisiones corporativas pueden ser adoptadas de un modo más eficiente y ágil que antes, cuando eran adoptadas por el Directorio de Citibank N.A. en Nueva York.
 - c) En tanto tiene acciones inscritas en el mercado de valores y el Registro de Valores de la Bolsa de Valores de Lima, le resultan aplicables las normas sobre transparencia de CONASEV.
 - d) Se encuentra aislado de los riesgos operacionales y crediticios de Citibank N.A.
 - e) Los límites operacionales y otras instituciones de regulación preventiva y exigencias regulatorias son las mismas que las aplicables a las demás empresas del sistema financiero nacional.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

CUESTIONES DE FORMA

- A. Determinar si el demandante está debidamente representado en el proceso.
- B. Determinar si el petitorio puede ser dilucidado en un proceso competencial.
- C. Determinar cuáles son las normas que integran el bloque de constitucionalidad en la presente causa.

CUESTIÓN DE FONDO

- D. Determinar si es competencia del BCR emitir una opinión técnica cuando una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero solicita su transformación a empresa domiciliada en el Perú.

- E. Determinar los efectos de la sentencia.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El Banco Central de Reserva del Perú (BCR) ha interpuesto una demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare que es competente para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú; y que, consecuentemente, se declare la nulidad de la Resolución SBS N.º 655-2004, mediante la cual se autorizó la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., en tanto que en dicho procedimiento no se solicitó su opinión. Solicita, asimismo, que la referida declaración de nulidad sólo surta efectos a partir del momento en el que, previa opinión del BCR, la SBS dicte una nueva resolución sustituyendo a la anterior y mediante la cual deje a salvo los contratos y operaciones que Citibank del Perú S.A. haya celebrado con terceros.
2. Es preciso que antes de considerar una evaluación sobre el fondo del asunto, este Tribunal se detenga en el análisis de tres cuestiones de orden formal: la primera, referida al supuesto de una indebida representación procesal del demandante; la segunda, referida a la verificación de los presupuestos procesales inherentes al proceso competencial; y, en tercer lugar, definir las normas que integran el bloque de constitucionalidad en el presente caso.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FORMA

§2. La representación procesal del demandante

3. La demandada, en atención a lo previsto en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional (CPConst.)^[5], solicita que se declare improcedente la demanda interpuesta por el BCR, pues considera que ésta

debió ser interpuesta por el titular de esta entidad, que es el mismo Directorio del BCR o, en todo caso, su Presidente; y el acuerdo de demandar [debió ser] adoptado por el Pleno del Directorio. Esto por disposición constitucional –artículo 86 de la Constitución–, en cuanto prescribe sobre la titularidad del BCR que éste ‘es gobernado por un Directorio de siete miembros’. (...). Asimismo, el artículo 8 de su Ley Orgánica prescribe que el Directorio del Banco Central de Reserva es su más alta autoridad institucional.

En base a tal premisa, sostiene que

El Gerente General del Banco Central de Reserva no puede interponer válidamente la presente demanda porque NO HAY TÍTULO PROCESAL QUE LO HABILITE COMO REPRESENTANTE DEL BCR EN EL PROCESO COMPETENCIAL.

Hacemos presente la circunstancia descrita, porque consideramos MUY GRAVE que se tramite un Proceso Competencial (...) cuando NO HAY NINGÚN ACTO PROCESAL mediante el cual el TITULAR de dicha entidad constitucional haya manifestado alguna objeción competencial en contra de [la SBS].

4. Al respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que si bien el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva

debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución–, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico¹⁶¹.

En efecto, siendo la Constitución una Norma Fundamental *abierta*, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor.

5. Como bien aprecia Pedro de Vega,

(...) so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles^[7].

6. Con relación a lo expuesto, Augusto Morello, citando jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y tras advertir que respecto de la adecuada administración de justicia, dicha entidad debe actuar como un órgano “interesado”–, manifiesta que

Por más vueltas que demos a las cosas, lo medular de la función de juzgar (...) es la de que el juez está obligado a buscar la verdad observando las formas sustanciales del juicio, pero sin verse bloqueado por ápices procesales, y realizando los derechos de manera efectiva en las situaciones reales que, en cada caso, se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del supuesto en juzgamiento (Fallos, 56:428 y 441; 302:1611)^[8].

7. Todos los procesos constitucionales (incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales) gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de valores institucionales. En consecuencia, en todos los procesos constitucionales subyace una defensa del orden público constitucional, expresado en que el Estado se disgrega en múltiples centros de poder equilibrados, tal como sucede en el caso del BCR y la SBS. Estos órganos constitucionales se encuentran (o deben encontrarse) equilibrados entre sí por un sistema de frenos y contrapesos, que es lo que hace al poder manejable por el Derecho.

Es por ello que, tal como lo señala el artículo III del CPConst, el juez constitucional goza de una razonable valoración en la adecuación de toda formalidad a los fines de los procesos constitucionales, de manera tal que, en ningún caso, la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst) quede subordinada al respeto de *las formas por las formas*.

8. Lo expuesto, desde luego, no supone en modo alguno que las disposiciones del CPConst. puedan ser desconocidas por los jueces constitucionales. Significa tan sólo que ellas deben ser interpretadas y/o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de modo tal que resulte optimizada la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst).
9. Por estos motivos, por ejemplo, el Tribunal Constitucional desestimó la solicitud del Gobierno Regional de Huánuco de declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad planteada contra las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GR, por una supuesta falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros^[9]. Por esos mismos motivos, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de delimitar razonablemente la legitimidad de los colegios profesionales para activar la jurisdicción concentrada de este Tribunal para el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley^[10]. Y por esas razones, en fin, este Colegiado ha permitido, en aplicación del principio de socialización, que personas que no son parte, pero que cuentan con un legítimo interés objetivo en el proceso, hagan uso de la palabra en la audiencia pública^[11].
10. Es en atención a los principios y criterios procesales expuestos que el Tribunal procede a evaluar la solicitud de improcedencia planteada por la demandada.
11. Cuando el artículo 109 del CPConst. establece que “los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares”, tiene por propósito que quede plenamente manifestada la voluntad de los órganos constitucionales de dirimir el conflicto constitucional en sede de este Colegiado. Es así que, si no ha sido el propio titular del BCR quien ha suscrito la demanda de conflicto competencial, la formalidad podría quedar subsanada si del análisis de otros hechos sustantivos y procesales se advierte que dicha voluntad resulta indubitable.
12. En efecto, a fojas 16 de autos, obra copia certificada del Acuerdo de fecha 9 de junio de 2005, a través del cual el Directorio del BCR conviene en autorizar la presentación de la demanda en contra de la SBS. De esta forma, a juicio de este Colegiado, no existe duda respecto de la voluntad de la institución, formalizada por su propio Directorio, de cuestionar jurisdiccionalmente determinados actos llevados a cabo por la SBS.

13. Por su parte, el artículo 38 del Decreto Ley N.º 26123 –Ley Orgánica del BCR (LOBCR)– establece entre las atribuciones y deberes del Gerente General del BCR, la de ejercer su representación legal.
14. De manera que, al despejarse la controversia respecto a la voluntad de demandar del BCR, así como respecto de la capacidad jurídica de su Gerente General para expresar la voluntad jurídica de la entidad, este Colegiado no encuentra mérito para cuestionar la continuidad del proceso a partir de una interpretación literal del artículo 109 del CPConst.
15. La razón por la que no cabe en este caso una lectura textual del artículo 109 CPConst., desde luego, no descansa ni podría descansar, en el simple voluntarismo de este Tribunal. Si así fuese, este Colegiado consumaría la ejecución de un acto que, justamente, está llamado a combatir.

La causa por la que no existe posibilidad de estimar la solicitud de improcedencia de autos, reside precisamente en lo expuesto en los fundamentos 4 a 10 *supra*, de conformidad con el mandato previsto en el artículo III del Título Preliminar del CPConst, en virtud del cual el juez constitucional tiene la obligación de adecuar toda exigencia formal prevista en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, es decir, a garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según reza el artículo II del Título Preliminar del CPConst.

16. En consecuencia, corresponde desestimar la solicitud de improcedencia de la demanda por supuesta falta de representación del BCR.

§3. ¿El petitorio del demandante puede ser dilucidado en un proceso competencial?

17. El demandante refiere que la omisión de su opinión antes de autorizar la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero a empresa domiciliada en el Perú, supone una vulneración de una competencia constitucional.

En concreto, refiere:

el BCR tiene una competencia específica, fijada por las normas que integran el 'bloque de constitucionalidad', para emitir su opinión previa cada vez que se organice una nueva empresa financiera en nuestro país.

Ello es así, porque el BCR debe evaluar y apreciar la creación de esta nueva entidad financiera, desde la perspectiva de la preservación de la estabilidad monetaria del país, que constituye nuestra finalidad.

18. Por su parte, la demandada señala que en el presente caso no existe propiamente un conflicto de competencia, porque no se trata ni de un supuesto en el que dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (conflicto positivo), ni tampoco de uno en el que ambos se consideren incompetentes para tales efectos (conflicto negativo).
19. El Tribunal comparte parcialmente el criterio de la demandada, pues, en efecto, el presente caso no se trata de un conflicto positivo de competencia, en tanto el BCR y la SBS no se encuentran en disputa por el ejercicio de una misma competencia, ni tampoco de uno negativo típico, ya que tampoco resulta que alguno de estos órganos constitucionales se encuentre rehuendo el ejercicio de una competencia que la Constitución o las leyes orgánicas le hayan asignado.

Sucede, sin embargo, que el proceso competencial no solamente se reduce a estas dos categorías típicas de fórmulas conflictivas, pues en él, *prima facie*, es posible también que se ventilen los denominados *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que si bien son una variante de conflicto negativo no se identifican con su versión clásica.

20. Tal como señala Gómez Montoro,

En primer lugar, con la denominación *conflicto negativo* se suele aludir en el ámbito de los conflictos jurisdiccionales a aquellos casos en los que dos órganos se declaran incompetentes para satisfacer la pretensión de un particular. (...). Pero de *conflicto negativo* se habla también en aquellos supuestos en los que la controversia es planteada no por un particular afectado, sino por otro órgano. La legitimación de este órgano para plantear el conflicto puede derivar a su vez, bien de un interés propio —cuando la inactividad de un órgano impide o hace ineficaz el ejercicio por otro órgano de sus propias competencias, lo que suele ser relativamente habitual en los casos en que el ejercicio de una función requiere la concurrencia de dos o más órganos—, bien de un interés objetivo en que cada órgano ejerza sus competencias —y entonces se atribuye legitimación a un órgano con independencia de que se vea o no afectado por la inactividad de otro—. El conflicto se presenta en estos casos como una típica disputa interorgánica^[12].

Para continuar señalando que

La actuación de un órgano aparece en esos casos como un deber cuya omisión incide en la competencia de los otros órganos (obstaculizando su ejercicio o impidiendo el perfeccionamiento del acto). (...). Esas hipótesis pueden producirse fundamentalmente en los casos en que el ejercicio de una competencia requiere la autorización o el dictamen previo de otro órgano (...) y puede suceder que en un caso concreto se discuta si la materia sobre la que versa el acto se incluye o no entre las que requieren la autorización o el dictamen, produciéndose así un conflicto que puede ser resuelto mediante la interpretación de la Constitución o de la ley orgánica correspondiente^[13].

21. Ello, en efecto, es lo que acontece en el presente caso, pues la cuestión controvertida se centra en que mientras para el demandante recabar su opinión resulta obligatorio antes de que la SBS autorice o deniegue la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero en empresa domiciliada en el Perú, la demandada considera que, en dichos casos, tal opinión no resulta necesaria.
22. Desde luego, el hecho de que la doctrina haya reconocido a los *conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, como una variante de conflicto negativo de competencias, no autoriza, sin más, a que este Tribunal se considere competente para conocerlos, pues ello debe derivar de una razonable interpretación del artículo 202, 3, de la Constitución, que concede competencia a este Tribunal para conocer los conflictos de competencias y atribuciones, y, más específicamente, del artículo 110, del CPConst, que, de conformidad con aquel, ha regulado el objeto de la pretensión en el proceso competencial. Este artículo establece:

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. (...)

23. De este modo, si bien es cierto que los "típicos" conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110 del CPConst. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehúye deliberadamente actuaciones "afectando" las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión en cumplimiento de*

acto obligatorio, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las “afecta”. No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro.

Y, justamente, en este último supuesto se encuentra el presente caso: el BCR no acusa a la SBS de haberse arrogado la competencia de emitir una opinión previa a la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, sino de desconocer que dicha competencia existe; y, consecuentemente, acusa a la SBS de haber afectado sus competencias constitucionales al omitir solicitarle la referida opinión previa.

24. Este Colegiado estima que más allá de las implicancias del caso entre el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros en torno a la autorización de transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., lo fundamental del proceso consiste en dilucidar si existe o no conflicto de competencia en los casos solicitados de transformación de una sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.
25. En consecuencia, en atención a la función pacificadora de los conflictos entre órganos constitucionales, inherente al proceso competencial, y a partir de una razonable interpretación del artículo 110 del CPConst., que contribuye a adecuar toda previsión procesal a las finalidades de los procesos constitucionales (artículo III del Título Preliminar del CPConst.), el Tribunal Constitucional considera que este proceso es la vía para dilucidar la presente materia controvertida.
26. Sin embargo, a diferencia de los conflictos positivos y negativos de competencia, en los que la relevancia constitucional es consubstancial a la litis, en los casos de conflictos en torno a los alcances del ejercicio de una determinada atribución o competencia, dicha relevancia no puede darse por sobreentendida, razón por la cual, antes de poder ingresar al fondo del asunto, corresponde determinar si el asunto reviste entidad constitucional.

§4. Determinación del parámetro de control (bloque de constitucionalidad) en la presente causa

27. El demandante manifiesta que el fundamento normativo de su competencia para emitir una opinión previa en los supuestos en los que sucursales de empresas financieras constituidas en el extranjero se transforman en empresas constituidas en el Perú, se encuentra, de un lado, en el artículo 24, i), de la LOBCR, en cuanto establece que es competencia del BCR

Emitir la opinión que compete al Banco en los casos señalados en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros"; y, de otro, en el artículo 21 de la LOSBS, que dispone que a efectos de autorizar o denegar las solicitudes de organización de empresas del sistema financiero, la SBS debe remitir la información pertinente al BCR, de modo tal que éste, previamente, emita una opinión sobre el particular.

28. Al respecto, la demandada señala que

la asignación al Directorio [del BCR] de la función de emitir los dictámenes que competen al Banco en los casos señalados en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.º 26702), no convierte a ésta en una fuente de competencias constitucionales del BCR, porque ésta NO ES LA LEY ORGÁNICA DEL BCR (...). [E]s absolutamente consistente afirmar que la Constitución prescribe que la **Ley Orgánica del BCR** establece las competencias constitucionales de esta institución. Pero cosa muy distinta en que se afirme que también prescribe que se *puede reconocer CARÁCTER CONSTITUCIONAL a funciones del BCR que le hayan sido establecidas en leyes distintas a su Ley Orgánica*. Esto último es inaceptable.(sic)

29. De este modo, la demandante, a partir de un análisis textual del artículo 84 de la Constitución, en el que se prevé que, además de las competencias directamente asignadas por la Constitución al BCR, éste es también competente para ejercer las funciones que señala "su" ley orgánica, considera que el bloque de constitucionalidad en el presente caso sólo podría estar constituido por la Constitución y la LOBCR, y no por normas a las que ésta última se remita, ni menos aún por normas formalmente ajenas a la configuración estructural del BCR.
30. Al respecto, este Tribunal discrepa del criterio de los demandantes, toda vez que el principio de unidad estatal y jurídica del ordenamiento proyectado desde la propia Constitución (artículos 43 y 51, respectivamente) impide que las competencias

constitucionales de los órganos previstos en ella sean determinadas sobre la base de una lectura tan rígida y positivista de sus disposiciones.

31. En efecto, tal como ha sido establecido por este Tribunal en la STC 0013-2003-CC/TC, el bloque de constitucionalidad está integrado por aquellas normas que

se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos^[14]

Ese es el sentido del artículo 79 del CPConst., cuando establece que

Para apreciar la validez constitucional de las normas [y de los actos', cabría agregar a partir de una adecuada comprensión de la naturaleza y fines de los procesos constitucionales], el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

32. Es por ello que este Colegiado ha advertido que incluso, en determinadas circunstancias, cabe incorporar en el bloque de constitucionalidad leyes distintas de las orgánicas (*Vid.* STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI –acumulados–; Fundamentos 69 a 71).

33. En consecuencia, atendiendo a la singular articulación en el ejercicio de las competencias del BCR y la SBS, este Tribunal, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 de la Constitución y 1 de la LOTC), considera razonable y necesario entender que en el presente caso, el bloque de constitucionalidad está integrado por la Constitución, la LOBCR y la LOSBS. En particular, los artículos 84 y 87 de la Constitución; 24, i), de la LOBCR, y los artículos 12 y 21 de la LOSBS.

34. Definida la posibilidad de ventilar la materia controvertida en un proceso competencial, así como las normas que integran el bloque de constitucionalidad, este Tribunal procederá a revisar el fondo del asunto.

VI. ANÁLISIS SOBRE LAS CUESTIONES DE FONDO

§5. Relevancia constitucional de la litis

35. Cuando el artículo 58 de la Constitución dispone que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado, sienta las bases de principios axiológicos que fundamentan el orden público económico de la Constitución y que garantizan que éste se desenvuelva en forma integrada y racional. El Estado y cada uno de los poderes que lo conforman tienen el deber constitucional de actuar en consonancia con tales principios, de forma tal que, en ningún caso, se pierda de vista que el propósito último de los principios de la Constitución económica es el bienestar general (artículo 2, 1), en dignidad (artículo 1) y en igualdad (artículo 2, 2)^[15].
36. Desde luego, la libre iniciativa privada presupone una libertad de movimiento de capitales que se encuentre constitucionalmente garantizada. La soberanía monetaria del Estado y la estabilidad del sistema monetario son resguardados por el BCR, a partir del ejercicio de diversas competencias, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito en el sistema financiero (artículo 83 y 84 de la Constitución)
37. Por su parte, el artículo 87 de la Carta Fundamental dispone que la SBS tiene por función ejercer el control de las empresas bancarias y de seguros y de todas aquellas otras empresas que reciben ahorro y/o depósitos del público. Así pues, la finalidad de la SBS, tal como viene configurada por el artículo 345 de su Ley Orgánica, consiste en proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros.
38. De este modo, vistos los distintos alcances de las competencias que constitucionalmente vienen asignadas a los órganos constitucionales en conflicto, resulta también evidente la "natural" relación que existe entre sus respectivas funciones. Es manifiesto que para efectos de una debida protección del ahorrista, resulta fundamental la estabilidad del sistema bancario o financiero, dependiente, a su vez, de la estabilidad de la moneda. Y analizadas las cosas desde la perspectiva inversa, es también claro que es poco lo que se podría hacer para garantizar la estabilidad monetaria con un sistema bancario y financiero indebidamente supervisado.
39. A la luz de lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, la función reguladora en materia financiera es ejercida por el BCR. No obstante, es importante resaltar

que, en dicha tarea, debe contar con la cooperación y coordinación de la SBS, al constituir órganos constitucionales con funciones relacionadas con la moneda y la Banca, que, como ya lo señalamos de manera precedente, se relacionan de manera intrínseca. Es a través de la participación de ambas entidades que se garantiza la estabilidad económica financiera y el orden público económico, por lo que nuestro modelo financiero supone –bajo criterios de cooperación entre poderes y órganos públicos– una labor racional e integrada de ambos entes, siendo que sus competencias requieren articularse permanentemente con un importante grado de coordinación, sin perjuicio de la autonomía que constitucionalmente les ha sido reconocida (artículos 84 y 87).

40. Por ello, sin perjuicio de las exclusivas competencias previstas en la regulación orgánica del BCR y de la SBS, se proyecta desde la propia Constitución la obligación de que se respete un *núcleo funcional de coordinación* entre ambas entidades. Ello queda evidenciado, por ejemplo, en la repetida exigencia prevista en diversas normas de la LOSBS, de requerir la opinión previa del BCR antes de autorizar o denegar determinadas solicitudes formuladas por entidades del sistema bancario y financiero a la SBS.

41. Sobre el particular, la demandada, refiere:

Consideremos la hipótesis negada de que existe una norma, sea en la Constitución o en la Ley Orgánica del BCR, que reconoce expresamente la competencia de esta institución para emitir dictámenes previos a la transformación de una Sucursal de un Banco del Exterior en empresa bancaria nacional. Si así fuera, el BCR tendría una atribución de carácter consultivo (un dictamen sólo es una opinión consultiva) y este tipo de competencias –como está reconocido por gran parte de la doctrina– no puede ser objeto de un Proceso Competencial.

42. De este modo, la demandada considera que la competencia del BCR para emitir opiniones previas a la toma de determinadas decisiones de la SBS carece de relevancia constitucional, por el sencillo motivo de que tales opiniones no resultan vinculantes.

43. El Tribunal Constitucional no comparte tal postura, puesto que el deber previsto en la LOSBS, de recabar opiniones del BCR en determinadas oportunidades, tiene sustento directo en el *núcleo funcional de coordinación* entre ambas entidades derivado de la incidencia mutua entre las funciones que la Constitución ha

conferido a cada una de ellas, es decir, de la incidencia mutua entre la estabilidad del sistema financiero y bancario, y la estabilidad del sistema monetario.

Ello cobra sentido en tanto de la adecuada toma de decisiones de la SBS depende en buen grado la posibilidad del BCR de asegurar el equilibrio monetario. De manera que resulta constitucionalmente obligatorio (y no una mera formalidad) que éste coadyuve en el estudio técnico de las consecuencias que tales decisiones puedan representar, siempre que así lo exija la LOSBS. En efecto, si el adecuado ejercicio de las competencias que constitucionalmente han sido asignadas al BCR y a la SBS, no sólo depende de la adopción de medidas correctoras (*ex post*), sino, fundamentalmente, de medidas preventivas (*ex ante*), es deber, y no simple facultad de la SBS, recabar toda la información del BCR que resulte pertinente, toda vez que las decisiones que adopte pueden incidir, siquiera mínimamente, en la estabilidad monetaria.

44. En consecuencia, este Tribunal considera que las opiniones previas del BCR, allí donde las leyes orgánicas las exigen, configuran una competencia de dicha entidad con sustento constitucional directo, motivo por el cual corresponde evaluar si en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera del extranjero en una empresa constituida en el Perú, dicha exigencia existe, pues, de ser así, la demanda deberá estimarse.

§6. ¿Corresponde al BCR emitir una opinión previa en los procedimientos de transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú?

45. Conforme se ha señalado, la pretensión principal del demandante consiste en que la emplazada reconozca su competencia para emitir una opinión previa en los procedimientos seguidos ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.
46. La posibilidad de que dicha transformación se materialice se encuentra prevista en el artículo 395° de la Ley N.º 26887 –Ley General de Sociedades (LGS)–:

La sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero puede reorganizarse; así como ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro.

Con relación a dicho artículo, el demandante sostiene que

El cambio de situación de sucursal de una empresa extranjera a una empresa constituida en el país, no comparte la naturaleza jurídica propia de una 'transformación' o 'reorganización societaria', *sino más bien la creación de una nueva persona jurídica*. (...). [L]o que en realidad se produce es la escisión o división de un bloque patrimonial, que se encontraba asignado a la *sucursal* (como 'capital asignado') y que integraba el patrimonio de una persona jurídica constituida en el exterior (sociedad *principal*), para que a partir de dicho momento, se destine a la constitución de una nueva persona jurídica, con su propio patrimonio y que en adelante, responderá por el cumplimiento de sus obligaciones. (...). [L]a *transformación de la sucursal de una empresa financiera del exterior, en una empresa constituida en el Perú, implica la creación de una nueva empresa financiera*, lo que constituye un cambio relevante en el sistema bancario y financiero, que por tal motivo, requiere la opinión del BCR antes de ser autorizado por la SBS.

47. Por su parte, la demandada considera que el supuesto del artículo 395 de la LGS, hace alusión

solamente a la autorización que se otorga a una EMPRESA QUE YA ESTÁ OPERANDO EN EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL (...), para que se transforme en OTRA MODALIDAD EMPRESARIAL PERMITIDA POR EL MISMO SISTEMA FINANCIERO NACIONAL. (...). Como no se trató de un procedimiento de organización de una nueva empresa del Sistema Financiero, sino de la transformación de una ya existente, NO CORRESPONDÍA que el BCR expidiera un dictamen con anterioridad (...).

48. Asimismo, la SBS alega que no solicitó la opinión previa del BCR en el procedimiento seguido por el Citibank porque en una ocasión anterior en la que el Banco de Comercio realizó un procedimiento sustancialmente análogo, sí lo hizo, y el BCR manifestó que en dicho supuesto no le correspondía emitir opinión alguna. De este modo, aduce que ha sido el propio criterio utilizado en el pasado por el BCR el que la llevó a no solicitar su opinión en esta oportunidad.
49. A ese respecto, el Tribunal Constitucional considera que lo determinante en este momento a fin de delimitar el marco competencial del caso, no es la conducta de los órganos constitucionales sino, antes bien, lo dispuesto en la Constitución y las respectivas leyes orgánicas.

En todo caso, siendo evidente que el BCR no ha sido consecuente con los criterios previos relacionados con el asunto que es materia de controversia, aun cuando este Tribunal llegara a concluir que la SBS ha afectado las competencias del BCR al no solicitar su opinión previa, ello no implicaría en modo alguno atribuirle una conducta negligente o dolosa, pues ha actuado correctamente atendiendo al propio criterio adoptado en el pasado por el BCR.

50. Por su parte, CITIBANK DEL PERÚ S.A., refiere que la opinión previa del BCR

única y exclusivamente, está prevista y es requerida para el caso de entidades que inician operaciones o que, habiéndolas iniciado, van a tener un nuevo tipo de actividad (transformación regulatoria), pero no cuando se trata de una transformación societaria. (...) Y es que lo que está en juego en este caso no es un nuevo actor que pueda incidir en la estabilidad de nuestra moneda, sino el régimen o status corporativo o societario de una persona jurídica que forma parte del Sistema Financiero Peruano (...). [L]a transformación de la sucursal de sociedades establecidas en el exterior, a que se refiere el artículo 395 de la LGS, sí constituye una de las formas de reorganización societaria reguladas por la LGS; y, adicionalmente a ello, su adopción no determina, en rigor, y desde una perspectiva jurídica, la constitución de una nueva sociedad.

En efecto, se trata más bien de un cambio en la forma de la organización jurídica de un patrimonio integral (el asignado a la sucursal), la que deja de ser una sucursal para transformarse en una sociedad constituida en el Perú. (...).

El supuesto de hecho al que se refieren los artículos 12 y 21 de la Ley de Bancos, es claramente distinto al que corresponde a un acuerdo de transformación de una sucursal en un banco del Exterior que ha venido operando (con autorización) en forma previa en el Perú. (...) Resulta claro y se desprende de su simple lectura que regulan el supuesto en que una nueva empresa bancaria (...) recién desee iniciar sus operaciones como parte del Sistema Financiero Peruano.

51. En el escrito de demanda se afirma que la transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera en una empresa constituida en el Perú "con personería jurídica propia" —según reza el tercer párrafo del artículo 16 de la Resolución SBS N.º 600-98, que aprobó el Reglamento para la constitución y establecimiento de empresas y representantes de los Sistemas Financiero y de Seguros— *da lugar a la constitución de una "nueva" empresa en el sistema financiero*, motivo por el cual resulta de aplicación el artículo 21 de la LOSBS, que establece la necesidad de que en dichos supuestos se le solicite una opinión previa.

Por su parte, tanto la demandada como el Citibank del Perú S.A. alegan, en los recursos presentados en este proceso, que el supuesto *descrito no da lugar a la constitución de una nueva persona jurídica*, sino, simplemente, a la transformación societaria de una empresa que previamente ya se encontraba operando en el sistema, razón por la cual la opinión del BCR no resultaba necesaria.

Incluso parte del debate se ha centrado en tratar de determinar la naturaleza jurídica del fenómeno societario que dio lugar a la constitución de Citibank del Perú S.A. Así, por un lado, se ha dicho que se trató de una escisión; mientras que, por otro, se ha sostenido que se trató de un simple cambio en la forma de la organización jurídica de un patrimonio integral, o, en todo caso, de una reorganización.

52. En realidad, el debate en torno a la forma societaria adoptada por el Citibank del Perú y si esta dio lugar a una nueva empresa, o fue una mera transformación, no resulta ser lo sustancial para resolver el presente conflicto, el cual deberá determinarse desde una perspectiva constitucional y no meramente societaria.

En ese sentido, este Tribunal deberá determinar, en concreto, si, en atención a la finalidad que el constituyente ha conferido al BCR (preservar la estabilidad monetaria –artículo 84 de la Constitución–), el procedimiento de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera en una empresa constituida en el Perú, requiere su opinión previa. Dicho de otro modo, *la discusión de orden societario con relevancia constitucional se circunscribe a determinar si el procedimiento de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, puede incidir en la estabilidad de la moneda*. Si la repuesta es afirmativa, será preciso interpretar que el artículo 21 de la LOSBS, al regular el procedimiento “para la organización de las empresas del sistema financiero”, hace alusión también a dicho supuesto, en cuyo caso, tal como lo exige el referido artículo, este Tribunal concluirá que es deber constitucional, y no simple facultad de la SBS, solicitar una opinión previa al BCR.

53. Todos los argumentos esgrimidos por la demandada y el Citibank del Perú S.A. podrían quedar resumidos en el siguiente alegato: Toda vez que la referida transformación no da lugar a la llegada de un “nuevo” patrimonio, ni tampoco da lugar a una variación en las operaciones de la empresa en transformación, la

incidencia sobre la estabilidad monetaria es nula. Y si ello es así, se preguntan *¿por qué sería necesaria la opinión del BCR?*

54. Ocurre, sin embargo, que –probablemente sin caer en la cuenta–, al razonar en ese sentido, tanto la demandada como el Citibank del Perú S.A. se están ocupando de una materia que, justamente, por imperio del artículo 84 de la Constitución, no les corresponde determinar a ellos, sino al BCR.

En efecto, la razón por la que este Tribunal considera imprescindible solicitar previamente la opinión previa del BCR en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, no reside en lo que teóricamente esta transformación pueda representar, sino en lo que en la práctica pueda generar. Y es que una cosa es lo que una empresa del sistema financiero anuncie que pretende hacer y otra lo que en los hechos su solicitud concreta implique.

Cierto es que desde un punto de vista teórico, en principio, una simple transformación societaria no da lugar a una variación en las operaciones que pueda incidir sobre la estabilidad monetaria, pero es preciso que ello sea corroborado por un estudio y una posterior opinión técnica de todas las entidades constitucionalmente competentes; en este caso, no sólo la SBS, sino también el BCR.

Es por ello que de conformidad con el artículo 16, a) de la Resolución N.º 600-98, emitida por la propia SBS, el exigir que incluso las empresas del sistema financiero del exterior que soliciten la transformación de sus oficinas en el país ya autorizadas y en operación, en empresas con personería jurídica propia, presenten un estudio de factibilidad, que, de conformidad con lo establecido por el artículo 6 del mismo Reglamento, tiene como objetivo “determinar la viabilidad y la *permanencia operativa de la empresa en el tiempo.*” (énfasis agregado).

55. Así, entonces, si ambas partes están de acuerdo en que de dicha permanencia operativa depende que se mantengan incólumes tanto la estabilidad del sistema financiero como la del monetario *¿por qué su análisis técnico debe corresponder exclusivamente a la SBS, sin participación del BCR?*

De la necesidad de descartar que dicha estabilidad se encuentre comprometida emana la obligación constitucional consistente en que ambas entidades participen en el análisis de la solicitud y la documentación en que se sustenta. Dicho de otro

modo, en dicho supuesto resulta imperativo que se solicite previamente al BCR su opinión.

56. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, en interpretación conforme a la Constitución del artículo 21 de la LOSBS, es competencia del BCR emitir opinión previa, en los supuestos en que empresas del sistema financiero del exterior soliciten la transformación de sus oficinas en el país ya autorizadas y en operación, en empresas con personería jurídica propia.

§7. Sobre los efectos de la presente sentencia

57. El artículo 113 del CPConst. establece lo siguiente con relación a las sentencias emitidas en los procesos competenciales:

Las sentencias del Tribunal vinculan a los poderes públicos y tienen plenos efectos frente a todos. Determinan los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anulan las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelven, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. (...).

58. Así pues, aun cuando el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de declarar la nulidad de los actos viciados de incompetencia o de aquellos en cuyo *iter* de gestación no se hayan respetado los alcances de las competencias de algún órgano constitucional, el CPConst. autoriza a este Tribunal para que, “en su caso”, resuelva “lo que procediere” sobre las situaciones jurídicas producidas a consecuencia de la afectación de las mencionadas competencias. Dicho de otro modo, como manifestación del principio de previsión de consecuencias –derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos a actuar con las responsabilidades que ella exige–, el artículo 113 del CPConst. ha establecido la posibilidad de que este Tribunal module los efectos de sus resoluciones con la intención de que de ellas no derive una inconstitucionalidad mayor que aquella que pretende solucionarse.
59. La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que

resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda.

60. Por lo expuesto, este Tribunal ha decidido:

- a) Declarar que la Resolución N.º SBS N.º 655-2004 mantiene plenos efectos.
- b) Ordenar a la SBS que –a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*– recabe la opinión previa del BCR en todo procedimiento en el que se solicite la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.

V. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en el que se solicita que se declare la nulidad de la Resolución N.º SBS N.º 655-2004, de 30 de abril de 2004, la cual fue expedida en dicha fecha por la SBS, con sujeción al propio criterio adoptado por el BCR. En consecuencia, de conformidad con los fundamentos 57 a 60 *supra*, dicha Resolución mantiene plenos efectos.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de conflicto competencial en la parte en la que se solicita a la SBS recibir opinión previa BCR en los procedimientos de autorización de transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior, disposición que, en concordancia con la conclusión precedente, debe entenderse que la medida a que se hace referencia será exigida a futuro, en todos los casos.
3. **RECOMENDAR** al BCR el establecimiento de políticas uniformes de acción institucional en el tiempo, a efectos de coadyuvar al funcionamiento óptimo del sistema constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

ANEXO IV - 002

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 045-2004-PI/TC

SUMARIO

- I. ASUNTO
- II. DATOS GENERALES
- III. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD
- IV. ANTECEDENTES
 - A. DEMANDA
 - B. CONTESTACIÓN
- V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
- VI. FUNDAMENTOS
 - A. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE
 - B. VIGENCIA DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
 - §1. LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
 - §2. LA CESACIÓN DE VIGENCIA DE LAS NORMAS Y LEYES TEMPORALES
 - §3. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICIÓN NO VIGENTE
 - §4. LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
 - C. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
 - §1. EL PRINCIPIO DERECHO DE IGUALDAD
 - §2. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD
 - §3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
 - §4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DE LA IGUALDAD
 - §5. EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
 - §5.1 LA INTERVENCIÓN EN EL PRINCIPIO-DERECHO IGUALDAD
 - §5.2 EL FIN DEL TRATAMIENTO DIFERENTE
 - §5.3 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS
 - §5.4 EXAMEN DE LA *NECESIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS
 - §5.5 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A POSTULANTES CON PROFA

§5.6 EXAMEN DE LA NECESIDAD DEL TRATAMIENTO
DIFERENTE A POSTULANTES CON PROFA

**D. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS
NORMAS INFRALEGALES**

FALLO

EXP. N.º 045-2004-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DEL
CONO NORTE DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3º de la Ley N.º 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

II. DATOS GENERALES

Demandante: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Norma impugnada: Artículo 3º de la Ley N.º 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

Vicio de inconstitucionalidad

alegado: Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del principio-derecho igualdad enunciado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada.

III. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

**Artículo 3° de la Ley N.º 27466
Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la
Magistratura y complementa el proceso de ratificación de
magistrados**

Artículo 3.- Deroga y modifica Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368

Deróganse la Segunda y Tercera Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368, y modifícase la Cuarta en los términos siguientes:

“Cuarta.- Bonificación para los magistrados titulares que aspiren a cargo superior

Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”.

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

La demanda de inconstitucionalidad solicita se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada porque considera que la bonificación de hasta el 10% sobre la calificación total obtenida que se otorga a magistrados titulares (del Poder Judicial y el Ministerio Público) que postulan al ascenso, contraviene lo establecido por el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución, que reconoce la igualdad ante la ley.

Considera que la disposición impugnada contraviene el principio de igualdad por “establecer un trato desigual al conceder privilegios a los magistrados titulares”, atentándose así los “derechos del grupo de abogados” “e inclusive magistrados suplentes y provisionales” que aspiran al cargo de magistrado titular.

Afirma que el derecho a la igualdad, en cuanto derecho fundamental, implica una prohibición de “discriminación jurídica”, conforme a la cual la persona no debe ser objeto de un tratamiento “dispar” respecto a quienes se encuentran en la misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, tal excepción no existiría y se configuraría un tratamiento diferenciador arbitrario, “no razonable y excepcional a favor de magistrados titulares”; lo cual, además, ocasionaría el desaliento de la incorporación de abogados en ejercicio libre de buen nivel académico pues la disposición cuestionada establece una “asimetría en el establecimiento de oportunidades en los postulantes”, contraria al derecho a la igualdad.

Refiere que se infringe el principio de igualdad porque se contempla una “evaluación diferenciada en situaciones idénticas (postulación ante el CNM)” que deviene discriminatoria respecto al resto de postulantes.

Estima que la finalidad de la disposición impugnada es establecer diferencias arbitrarias injustificadas para “favorecer a magistrados titulares”, ocasionando la “restricción de los derechos expectaticios” de postulantes actuales y futuros a la magistratura.

Afirma que la disposición impugnada ha sido recogida por el artículo 40° del Reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura, precisando que la mencionada bonificación equivale al puntaje de 3 que se asigna a estudios de Maestría o de Doctorado. De esta forma se genera una ventaja que redundará en la obtención de un puntaje favorable para su cómputo final, en detrimento del resto de postulantes.

Las diferencias ocasionadas por la norma ocasionan la concesión de beneficios injustificados a quienes ya son magistrados, “generadoras de diferencias de arraigo medieval, inconcebibles en un Sistema Democrático”.

B. Contestación

El Congreso deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. Afirma que el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima no habría sido creado por ley, por lo que se trataría de una simple asociación de abogados instituida para la defensa gremial de sus afiliados. Precisa que, de conformidad con el artículo 20° de la Constitución, los colegios profesionales detentan personalidad de derecho público y que, según el artículo 76° del Código Civil, deben ser creados por ley; no obstante, el

Colegio demandante no lo habría sido, de modo que carecería de legitimidad procesal activa. Se trataría de una asociación, una persona jurídica de derecho privado que carecería de la legitimidad procesal activa establecida por el Código Procesal Constitucional.

Afirma que la disposición impugnada establece un trato diferenciado que se sustenta en lo establecido por el artículo 103° de la Constitución, conforme al cual, se puede expedir leyes especiales por la naturaleza de las cosas, mas no por la diferencia de las personas.

Alega que el principio de igualdad de trato no prohíbe dispensar un tratamiento diverso a situaciones distintas, dado que la esencia de la igualdad no consiste en impedir diferenciaciones, sino evitar que éstas carezcan de “justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. La disposición impugnada realiza precisamente un trato diferenciado a favor de magistrados y personas que han cursado el programa de formación académica, el cual obedece a causas objetivas y razonables, y que, además, no infringe el principio de igualdad debido a que supera el test de razonabilidad:

- a) *Desigualdad de los supuestos de hecho.* La desigualdad de los supuestos de hecho implica la constatación de situaciones distintas que, por lo tanto, exigen también un tratamiento diferente. La bonificación cuestionada se otorga a magistrados que tienen experiencia en la función jurisdiccional y a postulantes que han llevado a cabo el programa de formación académica. Con respecto a los magistrados, considera que en la Constitución (artículo 147°, inciso 4) subyace el criterio de otorgar “mayor importancia a la permanencia en la función jurisdiccional”. Para ser magistrado de la Corte Suprema, tal disposición constitucional establece como requisito para magistrados el haberlo sido durante diez años, mientras que al resto de aspirantes que no son magistrados, se exige el ejercicio de la abogacía o de la cátedra universitaria durante quince años. Sostiene que la ratio de la distinción “viene dada por los años de experiencia en la magistratura frente al número de años en el ejercicio profesional o la docencia”. “No puede calificarse la experiencia profesional de un juez que lleva años en la judicatura, o la de un fiscal en el Ministerio Público, con un abogado que nunca ha sido juez o que jamás ha litigado. La experiencia ganada por su cercanía con los procesos supone –quiérase o no- una ventaja frente a los abogados que no han sido jueces, lo que hace necesario contar con jueces y fiscales con experiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”. Los postulantes que han recibido el programa de formación académica cuentan con una formación especializada para el ejercicio de la función jurisdiccional. En consecuencia, el grupo al que se concede la bonificación y él excluido de ésta, constituyen dos supuestos de hecho que requieren tratamiento diferenciado.

Aquellos que tienen experiencia o estudios para la magistratura y quienes no se encuentran en tal situación.

- b) *Finalidad.* La finalidad de la norma sería “garantizar la excelencia en el ejercicio de la carrera de los jueces y fiscales” y el acceso a tales cargos por profesionales debidamente preparados para, de ese modo, cumplir idóneamente con la garantía del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. “[S]e busca abogados que tengan los méritos y la experiencia profesional suficiente para el ejercicio del cargo de juez”. La importancia que la Constitución otorga al nombramiento de magistrados se infiere de que haya instituido el Consejo Nacional de la Magistratura como órgano competente para tal efecto así como la Academia de la Magistratura como órgano encargado de brindar estudios para postular al cargo de magistrado.
- c) *Razonabilidad.* El fin buscado por el legislador se ajusta a los valores enunciados en la Constitución “como es la elección de jueces y fiscales idóneos”. Alega que los jueces y fiscales, que “administran justicia en nombre de la nación” (artículo 143º, Constitución), deben ser personas “idóneas, capaces, técnicas, especialistas en la resolución de conflictos”. Que, siendo una parte del problema de administración de justicia la “falta de idoneidad de algunos magistrados”, resulta necesario “profesionalizar la magistratura”. Afirma que la capacitación de quienes postulen a la magistratura, encargada a la Academia de la Magistratura, prevista constitucionalmente, resulta “reforzada” mediante la mencionada bonificación. Que las diversas variables que se consideran para la ratificación del cargo de magistrado —conducta e idoneidad, producción, méritos, informes— y su constante capacitación tornan razonable la asignación de una bonificación a quienes ya se han desempeñado en la magistratura. Que serían los criterios de “mérito y capacidad, así como de idoneidad y especialización” los que debe cumplir toda persona que ha de ejercer funciones jurisdiccionales. Los fines del trato diferenciado concernientes a la “capacitación de los magistrados en la carrera judicial” y de la tutela jurisdiccional efectiva no se podrían lograr “si es que no se cuenta con la experiencia de los jueces y fiscales y con el adiestramiento proporcionado por la Academia de la Magistratura”. Hay en el trato diferenciado una “exigencia de especialización de los magistrados y aspirantes”. Por último, afirma que la bonificación establecida reconoce sólo un rango entre 0.1% hasta 10% que el Consejo Nacional de la Magistratura ha de examinar. Asimismo, la disposición cuestionada constituiría un estímulo para que las personas que deseen ingresar a la magistratura, realicen los estudios necesarios para el efecto del desarrollo de la función jurisdiccional.

- d) *Racionalidad.* Afirma que resulta “justificado” que se conceda la bonificación cuestionada por cuanto es un medio para “asegurar idoneidad en el cargo de los jueces y fiscales titulares y postulantes”.
- e) *Proporcionalidad.* El trato diferenciado será admisible si existe proporción entre las diferencias que se establecen y la finalidad perseguida. Esto es, que el tratamiento diferenciado no produzca otra desigualdad no querida. El propósito del trato diferenciado del legislador es que al Poder Judicial accedan profesionales verdaderamente competentes.

La norma impugnada ya no se halla en vigencia. El artículo 1º de la disposición impugnada dejaba en suspenso por el plazo de tres años el requisito concerniente al Programa de Formación Académica para postular a la magistratura. Sin embargo, habiendo culminado tal periodo de suspensión el 31 de mayo de 2004 y, por lo tanto, siendo nuevamente exigible tal requisito, pueden postular a la magistratura únicamente las personas que han aprobado dicho programa de formación. Debido a ello, la bonificación cuestionada ya no sería aplicable.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La controversia constitucional planteada en el presente se centra sobre los siguientes problemas:

- ¿Detenta legitimidad para obrar el Colegio de Abogados demandante?
- ¿Es posible examinar la constitucionalidad de una disposición que ya no está vigente?
- ¿Es contraria al principio-derecho igualdad la bonificación otorgada por la disposición legal impugnada a magistrados y a postulantes que han cursado el Programa de Formación Académica?
- ¿Puede el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal a través del proceso de inconstitucionalidad?

VI. FUNDAMENTOS

A. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

1. El Congreso ha deducido la excepción de legitimidad para obrar del demandante. Sostiene que de conformidad con el artículo 20° de la Constitución, los colegios profesionales detentan personalidad de derecho público y, según el artículo 76° del Código Civil, deben ser creados por ley. Afirma que el Colegio Profesional demandante carece de la condición de persona jurídica de derecho público al no haber acreditado su creación por ley. En consecuencia, se trataría de una simple asociación para la defensa gremial de sus afiliados.

Respecto a la exigencia de la acreditación de la Ley de creación del colegio demandante, este Colegiado ha afirmado en su resolución de fecha 31 de marzo de 2005, dictada en el presente proceso, que: “(...) si bien este Tribunal también exigió que se cumpliera con precisar la ley de creación del Colegio de Abogados demandante, tal extremo no se configura como un imperativo de admisibilidad nacido de la voluntad expresa del Código [Procesal Constitucional]. En tales circunstancias, y aun reconociendo que dicho extremo se encuentra todavía pendiente por definir, este Colegiado considera que la duda sobre la legitimidad de ejercicio de la parte demandante no puede ser interpretada en sentido adverso a sus intereses y la tutela procesal a la que tiene derecho. En dicho contexto, y estando al principio *pro actione*, establecido en el párrafo 4 del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima pertinente presumir en favor de la continuidad del proceso constitucional interpuesto y, en tal sentido, dar por cumplidas las condiciones para admitir la presente demanda.” (Fundamento N.º 3, subrayado del Tribunal en la presente sentencia).

El Tribunal reafirma el criterio ya establecido en la citada resolución, poniendo énfasis sobre todo en cuanto a que la exigencia de “precisar la ley de creación del Colegio de Abogados demandante”, “no se configura como un impedimento de admisibilidad *nacido de la voluntad expresa del Código*” Procesal Constitucional.

B. VIGENCIA DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

§1. LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

2. La disposición impugnada es el artículo 3° de la Ley N.º 27466, publicada el 30 de mayo de 2001, en el extremo que modifica la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27368, en los términos siguientes:
“Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”.

3. Esta disposición concede una bonificación sobre el puntaje total obtenido a magistrados y postulantes –esto es, personas que no son parte aún del cuerpo de magistrados- por haber cursado el programa de formación académica. La bonificación constituye la asignación de un porcentaje de puntuación sobre la calificación total obtenida.

§2. LA CESACIÓN DE VIGENCIA DE LAS NORMAS Y LEYES TEMPORALES

4. La cesación de vigencia de una norma en el ordenamiento jurídico puede deberse a la derogación o a su declaración de inconstitucionalidad. Es en este sentido que la Constitución establece que “(...). La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (...)” (artículo 103°).

La cesación de la vigencia de una norma puede deberse, sin embargo, no sólo a estos dos supuestos. Dicha cesación puede también deberse al plazo previsto por la propia norma como también a la desaparición de las circunstancias que la motivaron e, incluso, a la producción de cierto hecho. A este respecto, se ha afirmado que: “[e]ntre las circunstancias a las que el ordenamiento atribuye la virtualidad de determinar el fin de la vigencia de las leyes se encuentran, como es notorio, la derogación y la declaración de inconstitucionalidad; pero no son éstas las únicas existentes. Hay otras dos circunstancias que, en ordenamientos de base legalista, suelen implicar la cesación de la vigencia de las leyes, a saber: la fijación de un plazo de vigencia y la operatividad de la máxima *cessante legis ratiōne, cetera lex ipsa*. En cuanto ambos supuestos, si bien diferentes, representan una excepción a la regla general de la vigencia indefinida de la ley, pueden ser agrupados bajo la rúbrica de leyes con vigencia temporal limitada o leyes *ad tempus*”¹¹.

Las leyes temporales son definidas también como aquéllas “(...) cuya eficacia no es proyectada ilimitadamente en el futuro, sino fijada a una caducidad. También en este caso el *dies ad quem* puede estar constituido por un dato fijo o por un verdadero y propio término que detenta decurso vario (pero de cualquier *modocierto*) o puede ser reconducido al suceso de una condición (...)”¹². En este sentido, cobra sentido que en doctrina se haya afirmado que en estos supuestos se produce la “caducidad” de la norma, caracterizada por la “(...) pérdida de eficacia que obtiene una ley sujeta a plazo final o a una condición resolutoria por el acaecimiento de la fecha o por producirse la condición”¹³.

5. La cesación de la vigencia de la norma en ambos supuestos (delimitación temporal definida o sujeción al acaecimiento de un hecho) no se debe en absoluto a una derogación, sino más bien a la conclusión de su ámbito de validez temporal y de las circunstancias materiales —el supuesto— a las que está condicionada. En ambos supuestos es el propio legislador el que ha delimitado la vigencia de la norma. Puede afirmarse de ese modo que este tipo de normas llevan consigo una disposición que podría denominarse de “autoderogación”.

En consecuencia, la cesación de vigencia de estas normas no se produce como consecuencia de una derogación, sino debido a: a) la sola superación de su límite temporal o, b), el acaecimiento del suceso o hecho establecido por ella misma. La particularidad de estas normas es que dejan de pertenecer al ordenamiento al producirse alguno de tales supuestos. Por ello, no cabe hablar de derogación, pero sí de que la disposición ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico. Se trata de normas que ya no están vigentes.

6. Una norma de vigencia temporal limitada es justamente la enunciada en el artículo 1º de la Ley N.º 27466. El texto de esta disposición es el siguiente:
“Déjase en suspenso por el plazo de tres años el inciso c) del Artículo 22 (...) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (...)”.

El inciso c) del artículo 22 de la aludida Ley Orgánica, modificado por Ley N.º 27368, publicada el 7 de noviembre de 2000, establece lo siguiente:

“Artículo 22.- El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas:

(...)

“d) Para ser considerado candidato y someterse al respectivo concurso, los postulantes deberán acreditar haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura”.

Esta disposición establece un requisito para la postulación al cargo de magistrado consistente en la aprobación satisfactoria del programa de formación académica. Se trata, entonces, de un requisito cuya exigibilidad fue suspendida para el lapso de tres años. El requisito consistente en la aprobación satisfactoria de los programas de formación académica impartidos por la Academia de la Magistratura fue suspendido, así, por el periodo de tres años (Artículo 22, inciso c, Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura). El ámbito temporal de la

suspensión habría sido desde la fecha de vigencia de la citada disposición, es decir, desde el 31 de mayo de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004. Sería éste el periodo durante el cual el citado requisito habría estado suspendido. Expirado tal periodo, dicho requisito vuelve a ser exigible. Se trata, entonces, de un requisito general que habría sido suspendido excepcionalmente para los tres años mencionados. Cumplido tal lapso, dicho requisito continuaría siendo exigible. Se está aquí ante un claro supuesto de ley temporal. La consecuencia relevante reside, aquí, en que la ley temporal ya no se halla vigente, que ya no forma parte de ordenamiento jurídico.

7. El interrogante que ha de resolverse, ahora, es determinar si la disposición cuestionada —el artículo 3° de la Ley N.º 27466, modificatoria de la Cuartadisposición transitoria y final de la Ley N.º 27368— es también una norma de tal naturaleza. Tal disposición establece una bonificación para personas que han cursado el correspondiente programa de formación académica sobre el total del puntaje obtenido. La disposición está presuponiendo la existencia de dos supuestos: personas que han cursado el programa y personas que no lo han realizado. La bonificación recaería sobre las primeras. Sin embargo, esta disposición está circunscrita al supuesto de que, por el periodo mencionado, el requisito de aprobación del programa de formación académica está suspendido. La bonificación está, así, condicionada a esta circunstancia. Ella es inherente a la temporal circunstancia donde se admitiría la postulación de personas que no han aprobado el programa de formación académica. Expirado este supuesto, la bonificación también habría dejado de operar. En conclusión, la disposición impugnada detenta también carácter temporal. Se trata de una ley temporal. La disposición impugnada, a diferencia del artículo 1°, no establece un plazo específico que determine su ámbito de vigencia temporal, sin embargo, está condicionada a una circunstancia — la postulación a la magistratura de personas sin el curso de formación académica— de suceso cierto y que sí está delimitado temporalmente.

8. Desde esta perspectiva, en puridad, la disposición impugnada no es una ley temporal determinada por un plazo, sino que está condicionada a la producción de un suceso o una circunstancia. Tal circunstancia viene a ser la suspensión por término específico (31 de mayo de 2001 a 30 de mayo de 2004) del requisito de aprobación del programa de formación.

A esta interpretación conduce el carácter provisional de la disposición expedida. La *ocassio legis* dentro de la cual ha de entenderse tal disposición es la situación de provisionalidad de la administración de justicia de entonces. El *ratio* de la misma parece insertarse en el propósito de afrontar dicho problema a través de la

suspensión de un requisito general –la formación a través de la Academia de la Magistratura- para, 1), la *postulación* al cargo de magistrado y para, 2), el *ascenso* de magistrados titulares.

Así las cosas, el artículo 3° de la Ley N.º 27466 impugnado, constituye una ley temporal, cuyo ámbito de vigencia ya concluyó; es decir se trata de una norma que ya no conforma el ordenamiento jurídico.

§3. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICIÓN NO VIGENTE

9. La disposición impugnada ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico. ¿Puede el Tribunal Constitucional examinar la constitucionalidad de una norma que ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico (norma no vigente)?
10. La circunstancia que una disposición no esté vigente no es óbice para que no se examine su constitucionalidad. Si bien el objeto del proceso de inconstitucionalidad es el examen de normas vigentes, las normas que carecen de vigencia o que ya no forman parte del ordenamiento jurídico pueden también serlo. Tres son los supuestos en los que una disposición que carece de vigencia puede ser sometida al examen de su constitucionalidad.
11. Respecto al primer supuesto, clásica y autorizada doctrina lo ha planteado en los siguientes términos: “Parece obvio que el tribunal constitucional sólo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que *es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas*. En efecto, si una norma general (...) abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aún en vigor. *Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada (...), es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba.*”^[4]

En este sentido, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente está condicionado a que ella sea susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvo vigente. Tal puede ser, por ejemplo, el típico caso de las disposiciones que hallamos en el Código Civil, el Código del Niño y el Adolescente, la Ley General de Sociedades, que fueran derogadas por leyes posteriores y, luego, sometidas al examen de

constitucionalidad. La justificación del examen de validez constitucional reside en que, una vez derogadas, los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridos durante la vigencia de tales normas, son regidos por dichas disposiciones. Para evitar la aplicación de dichas normas, en el supuesto de que fueran eventualmente inconstitucionales, se requiere su declaración de invalidez (inconstitucionalidad). Por esta razón, aun cuando una disposición esté derogada, ha menester un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. Es en tal sentido que este Colegiado ha afirmado que "(...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad"^[5] Como se advierte, la razón de ello reside en que, a diferencia de la derogación, a través de la declaración de inconstitucionalidad, se "‘aniquila’ todo efecto que la norma [derogada] pueda cumplir"^[6].

12. El segundo supuesto surge de la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal o tributaria habilite la reapertura de procesos en que aquella fue aplicada, conforme establece el artículo 83 CPConst. Este supuesto ya ha sido incorporado por la jurisprudencia de este Tribunal al haber afirmado que el examen de constitucionalidad de una disposición derogada se da: "cuando, (...), la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria"^[7].

De conformidad con el artículo 83° CPConst, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no habilita la reapertura de procesos concluidos donde ella haya sido aplicada, con excepción de los supuestos de materia penal y tributaria. *A contrario sensu*, los procesos concluidos relativos a materias distintas de las anteriores no pueden ser reabiertos. Precisamente, la posibilidad de reapertura de procesos donde se haya aplicado una norma penal o tributaria ya derogada, pero cuya inconstitucionalidad sea advertida posteriormente, impone que el Tribunal examine su constitucionalidad.

En consecuencia, si una norma penal o tributaria fuera derogada y hubiera sido aplicada en la resolución de procesos, corresponderá el examen de su constitucionalidad.

13. Finalmente, el tercer supuesto se da cuando una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente. Es decir, cuando es aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas posteriores a la cesación de su vigencia. En consecuencia, si una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente, ha menester el examen de su constitucionalidad.

Ciertamente, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente en este supuesto presupone que la aplicación ultraactiva de la disposición, a través de una concreta norma o acto, haya sido detectada.

La justificación del examen de constitucionalidad en este supuesto radica en evitar, al igual que en el primer supuesto, que una disposición inconstitucional continúe siendo aplicada. Se trata aquí de evitar el efecto o aplicación ultraactiva de una disposición inconstitucional como consecuencia imperativa del principio de supremacía constitucional.

§4. LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

14. El problema que se plantea en este extremo es determinar si la disposición impugnada, en cuanto norma ya no vigente, está incluida en algunos de los tres supuestos antes descritos para, así, ameritar un pronunciamiento sobre su validez constitucional.

15. El Tribunal Constitucional ha advertido que el Consejo Nacional de la Magistratura ha expedido un “Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario”, publicado el 5 de junio de 2005.

Este Reglamento establece, en su artículo 48º, primer párrafo, que:

“Aprobados los promedios de las entrevistas personales por el Pleno del Consejo, se remiten a la Comisión para que elabore el correspondiente cuadro de calificaciones. El cuadro de calificaciones comprende: los promedios parciales de cada una de las etapas, del que resulta el promedio final, *al que se adiciona si corresponde el porcentaje de las bonificaciones dispuestas por las Leyes 27466 y 27050, ésta última modificada por la Ley N° 28164.*” (cursiva del Tribunal Constitucional).

Asimismo, la Primera Disposición Final del citado Reglamento, establece:

“De conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 27368, modificada por el artículo 3 de la Ley N° 27466 los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediato superior y acrediten haber aprobado el curso para el ascenso seguido ante la Academia de la Magistratura, así como aquellos postulantes que hayan aprobado el programa de formación de aspirantes ante la citada Academia, tienen una bonificación de hasta el 10% (diez por ciento) sobre el total del promedio final a que se refiere el primer párrafo del artículo 48 del presente Reglamento. El porcentaje se acuerda por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en cada concurso”.

16. Tanto el artículo 48° como la Primera Disposición Final del Reglamento, proyectan en el tiempo los efectos de la disposición impugnada –ya no vigente-, al considerar aplicable la mencionada bonificación en cuanto parámetro para la determinación del “Promedio Final y el Cuadro de Calificaciones”.
- ¿Puede considerarse, así, este Reglamento, en las citadas disposiciones, como un “acto de aplicación ultraactiva” de la disposición impugnada, es decir, la aplicación ultraactiva de una norma ya no vigente a un suceso posterior a la cesación de su vigencia? La respuesta es afirmativa.
17. El Consejo Nacional de la Magistratura parece haber interpretado el impugnado artículo 3° de la Ley N.° 27466 de modo no concordado con el artículo 1° de la misma. Al margen de ello, cierto es que su Reglamento está considerando vigente aún dicha norma y, por ello, la adopta como parámetro a aplicarse en la determinación del “Promedio Final y el Cuadro de Calificaciones” (artículo 48). Es decir, aun cuando la disposición impugnada ya ha caducado en sus efectos temporales, el efecto de la misma es prolongado (*ultraactividad*) como consecuencia de una norma reglamentaria. Este efecto subsistente en el ordenamiento jurídico de una norma legal no vigente amerita el pronunciamiento sobre su validez constitucional.
18. En este contexto, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma impugnada se debe a que, aun cuando ella ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha advertido que ella está siendo aun aplicada y, desde esa perspectiva, continúa aún desplegando sus efectos. Dicho acto de aplicación está representado por la mencionada norma reglamentaria expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura. Esto es, como una forma de desarrollo reglamentario de la disposición impugnada, ya carente de vigencia. Se trata, entonces, de un supuesto donde una norma legal ya no vigente despliega efectos por mérito del citado Reglamento. Esta circunstancia motiva que el Tribunal Constitucional proceda a examinar la constitucionalidad de la disposición impugnada.
19. ¿Cuál es la consecuencia práctica del Reglamento? La bonificación ya no beneficiará a los postulantes que hayan aprobado el Programa de formación académica (en adelante PROFA) porque, habiendo expirado la suspensión del requisito del PROFA, ya no se admitirá postulantes sin PROFA, no presentándose la posibilidad de que estos sean discriminados. Sólo podrán presentarse postulantes con PROFA. La bonificación, empero, sí beneficiaría a los magistrados que han de ascender con respecto a los postulantes a Vocal o Fiscal, Superior o Supremo

debido a que la disposición impugnada les concede esa bonificación. En cambio, el resto de postulantes carecería de tal bonificación, porque todos ellos tendrían por definición el PROFA, por tratarse de un requisito para la postulación. No obstante ello, este Tribunal se pronunciará respecto a la bonificación concedida tanto a magistrados como a postulantes con PROFA.

C. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

§1. EL PRINCIPIO DERECHO DE IGUALDAD

20. La Constitución reconoce el derecho principio igualdad en el artículo 2º, inciso 2, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

Como este Tribunal ha afirmado, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental^[8]. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de *underecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad.

§2. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

21. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio^[9]. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

22. La forma de operar de este par conceptual –razonabilidad y proporcionalidad– implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”^[10].
23. En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”^[11].
24. De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.
25. La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.
26. De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.

27. Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad conjunta a la de razonabilidad, resulta ciertamente restringida en comparación con el denominado “principio de proporcionalidad”. En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermaßverbot*), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto^[12]. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Así lo ha adoptado también la jurisprudencia de este Colegiado^[13].
28. En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.
29. En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.
30. En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

§3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

31. En atención a la anterior, este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que “(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad.”^[14] En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de

proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC (Fundamento N.º 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad^[15].

32. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad.

§4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DE LA IGUALDAD

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

34. *La intervención en la igualdad.* La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.

35. “*Intensidad*” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles^[16]:

- Intensidad grave.

- Intensidad media.
- Intensidad leve.

- a) Una intervención es de *intensidad grave* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.
- b) Una intervención es de *intensidad media* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- c) Una intervención es de *intensidad leve* cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.

37. *La finalidad del tratamiento diferente.* El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

38. *Examen de idoneidad.* La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*^[17]. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad -*medio*- y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención.

39. *Examen de necesidad.* Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*^[18], esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios *idóneos*. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

40. *Proporcionalidad en sentido estricto.* La proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación (Abwägung)*, proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en la igualdad*. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación*^[19]. Conforme a ésta:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad”- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una *colisión* entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado.

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la *ley de ponderación* sería enunciada en los siguientes términos:

“Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional.

41. *Forma de aplicación.* Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

§5. EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§5.1 LA INTERVENCIÓN EN EL PRINCIPIO IGUALDAD

42. El problema, aquí, consiste en determinar si el tratamiento distinto establecido por la disposición legislativa impugnada puede considerarse como una “intervención” en el derecho a la igualdad, esto es, como una intervención en la prohibición de discriminación.

La disposición impugnada establece:

“Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquellos postulantes que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”.

43. La disposición impugnada reconoce el otorgamiento de una bonificación de hasta un 10% del total del puntaje obtenido. Se trata de una bonificación otorgada para abogados que han cursado el programa de formación académica y magistrados titulares. La norma comprende dos grupos de destinatarios: por un lado, magistrados titulares que ya son miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público que pretenden *ascender* en la carrera; por otro, abogados (en ejercicio liberal de la profesión e, incluso, magistrados suplentes y provisionales) que *postulan* a la magistratura y han seguido el programa de formación académica. A este grupo, conformado por personas que pretenden ascender y que postulan a la magistratura, se le asigna la mencionada bonificación. Será designado como *Grupo A*.

El segundo grupo, al que no se concede la bonificación, está conformado por abogados (en ejercicio liberal de la profesión e, incluso, magistrados suplentes y provisionales) que también *postulan* a la magistratura, pero que no han recibido el programa de formación académica (PROFA). Sin embargo, este segundo grupo de “postulantes” comprende varios subgrupos: a) quienes postulan a la carrera de la magistratura desde el nivel inicial de Juez o Fiscal y b) quienes postulan al cargo de Vocal o Fiscal Superior, o, de Vocal o Fiscal Supremo. A este segundo conjunto de personas denominaremos *Grupo B*.

44. En consecuencia, tendríamos, por un lado: a) postulantes a la carrera de la magistratura con PROFA y, b), postulantes a la carrera de la magistratura sin PROFA; por otro: aspirantes al cargo de Vocal o Fiscal Supremo, o de Vocal o Fiscal Superior. Este grupo está conformado por: a) magistrados titulares que

pretenden *ascender*, b), postulantes a estos cargos con PROFA y, c), postulantes a estos cargos sin PROFA.

La relevancia de esta disección radica en que permite identificar los concretos grupos de destinatarios de la disposición diferenciadora para, así, precisar en qué consiste la diferencia en cada uno de ellos. De esta forma se tiene dos problemas concretos: (1) ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación a postulantes, con PROFA, a la carrera judicial, respecto a aquellos sin PROFA?, (2), ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación a magistrados titulares y postulantes con PROFA, para el cargo de Vocal o Fiscal, Superior o Supremo, con respecto a postulantes sin PROFA? Adviértase que este último problema exige tratar de modo separado el trato diferente entre (1) magistrados titulares frente a postulantes sin PROFA y, (2), postulantes con PROFA frente a postulantes sin PROFA. De modo diferente, el primer problema inquiriere únicamente acerca del trato diferente entre postulantes con PROFA frente a postulantes sin PROFA. No obstante, este supuesto es parecido al segundo antes mencionado, por ello, puede reconducirse a él. Por lo tanto, se tendría dos pares de grupos cuyo trato diferente habría de examinarse: (1) magistrados titulares frente a postulantes sin PROFA, (2), postulantes con PROFA frente a postulantes sin PROFA. Los primeros miembros de cada par forman parte del *Grupo A* y los segundos del *Grupo B*.

45. ¿En qué consiste aquí la intervención en el principio derecho de igualdad? En el caso la intervención consiste en la introducción de un trato diferenciado en los destinatarios de la norma. Dicho trato diferenciado no concierne a los *requisitos* de los postulantes, sino a su *calificación*. Se trata de la introducción de una condición relacionada a la calificación del postulante: la bonificación de hasta un 10% sobre la calificación total obtenida a personas del *Grupo A*. ¿Cuál es la consecuencia de este trato diferenciado? El efecto de ello es la ventaja de las personas del *Grupo A* con respecto a las del *Grupo B*. Debido a la bonificación, las personas del *Grupo A* tienen mayor posibilidad de éxito de acceder al ejercicio del cargo de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, con respecto a las personas del *Grupo B*. Supóngase que dos personas, una del *Grupo A* y otra del *Grupo B*, luego de la calificación total, han alcanzado ambos 70 puntos sobre 100. Representétese el caso extremo donde, en base a la bonificación, la asignación de un 1% ó 0.5 %, ocasionaría concretamente un incremento en 0.7 ó 0.35 punto, respectivamente. La persona del *Grupo A* obtendría 70.7 ó 70.35 puntos a causa de la bonificación mientras que la persona del *Grupo B* permanecería con los 70 puntos. En este contexto, el aventajamiento en 0.7 o de 0.35 punto de la persona del *Grupo A* respecto a la otra, conduce a que aquella tenga mayor posibilidad de acceder a la magistratura. Este aventajamiento se incrementa si la bonificación concedida es

mayor, por ejemplo, 10%; en cuyo caso -para volver al ejemplo citado-, la persona del *Grupo A* alcanzaría un total de 77 puntos; es decir, 7 puntos de aventajamiento respecto a la persona del *Grupo B*.

Ahora bien, el resultado de este aventajamiento es simplemente que las personas del *Grupo A* podrán acceder al cargo de magistrado o ascender, mientras que las del *Grupo B*, quedarán postergadas. Lo que *prima facie* constituye sólo una bonificación, termina siendo una condición que deja al margen a las personas del *Grupo B*, para acceder a la magistratura. Se trata, así, de una intervención de *intensidad gravísima* en el derecho de estas personas.

En síntesis, la intervención en el principio-igualdad consiste en una bonificación que otorga una mayor calificación de las personas del *Grupo A* respecto a las *Grupo B*. Por consiguiente, una mayor posibilidad de acceder al cargo de magistrado. Tal intervención favorece al *Grupo A*. La intervención representa aquí el "medio" adoptado por el legislador y que será objeto de análisis conforme al principio de proporcionalidad.

46. El rasgo común entre los componentes del *Grupo A* y del *Grupo B* reside en que se trata de *abogados* postulantes al cargo de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. En este contexto, ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación al *Grupo A*, en detrimento del *Grupo B*?

§5.2 EL FIN DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

47. Determinada la intervención en la igualdad que concretamente se produce en el caso, corresponde ahora determinar la finalidad del tratamiento diferenciado. El problema consiste aquí en determinar si el tratamiento diferente que la ley ha configurado respecto a dos grupos de destinatarios tiene o promueve un objetivo y un fin constitucional.
48. Para determinar la finalidad del trato diferente de la disposición impugnada ha menester inquirir acerca de la *ratio* de la Ley en la que está inspirada. La Ley N.º 27466, publicada el 30 de mayo de 2001, deja en suspenso y modifica determinados artículos de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (suspensión del requisito del PROFA para postulación a magistrado, modificación relativa a la ratificación -artículo 1º-), deroga y modifica Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N.º 27368 -modificatoria también de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura- (artículo 3º), establece diversos aspectos concernientes al proceso de ratificación (artículo 2º, 1ª y 2ª Disposición Final y Transitoria), deroga una disposición de la Ley

Orgánica de la Academia de la Magistratura (artículo 5º) y regula otros aspectos concernientes a formación, como la regulación del Convenio entre Academia de la Magistratura y Universidades (artículo 4º).

49. Como se aprecia, el conjunto de materias abordadas están orientadas a posibilitar el nombramiento y ratificación de magistrados. La *ocassio legis* es el de una presencia importante de magistrados provisionales. La provisionalidad de la judicatura es el problema que pretende ser enfrentado por el legislador a través de la modificación de aspectos que posibiliten un procedimiento más expeditivo para la incorporación de magistrados así como para su ratificación. El medio adoptado por el legislador es la flexibilización de requisitos.

La finalidad no es necesariamente la misma. La incorporación de magistrados está orientada a la satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional (desde el punto de vista subjetivo) y la potestad de administrar justicia (desde el punto de vista objetivo). Estos fines constitucionales no podrían ser cumplidos o realizados si no se incrementara el número de magistrados. La provisión de magistrados es, así, un medio para la optimización del derecho a la tutela jurisdiccional y de la potestad de administrar justicia.

La ratificación de magistrados es, en cambio, un medio a través del cual se pretende la realización del principio de independencia (artículo 139º, inciso 2 Constitución). Sin embargo, en cuanto el asunto objeto de examen no concierne a la ratificación, esta finalidad debe ser excluida del análisis.

Lo anterior permite advertir la finalidad de la Ley de la que forma parte la disposición impugnada. Es dentro de este contexto finalístico donde ella debe entenderse. Se trata de la incorporación de magistrados en una situación de provisionalidad que urgía una atención inmediata.

Esta interpretación se corrobora si se observa el Expediente Público de la Ley N.º 27466 donde, en el Dictamen de la Comisión de Justicia, se advierte que “es necesario y urgente acabar con la provisionalidad de Jueces y Fiscales en el Poder Judicial y en el Ministerio Público”^[20], concluyéndose seguidamente en la conveniencia de excluir la acreditación del PROFA, en cuanto requisito para la postulación al cargo de magistrado.

El Congreso, en la contestación de la demanda, ha afirmado que “La Ley N.º 27466 es una norma de naturaleza temporal, dada para solucionar el exceso de provisionalidad en el Poder Judicial y el Ministerio Público. (...)” (fojas 78).

50. El artículo 3º de la Ley N.º 27466, que modifica la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 27368, carece de una justificación específica que se halle consignada en el Expediente Público de dicha Ley. En el citado Dictamen se afirma

que la propuesta de la bonificación se da “de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27368.”^[21] Esta mención en el Dictamen permite advertir que la finalidad de la asignación de la bonificación cuestionada no tuvo una consideración específica, sino que se remitió a la que ya había inspirado a la disposición a la que modifica (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 27368). De acuerdo a esto queda sin precisar cuál fue la finalidad o la razón por la cual se asignó la bonificación a postulantes con PROFA. Por otra parte, tomando en cuenta la remisión antes señalada, la *ratio* de la disposición a la que modifica podría dar alguna explicación al respecto.

En efecto, en el Expediente Público de la Ley N.º 27368 se encuentra una referencia a la disposición impugnada en su versión originaria que concede la bonificación –“no menor del 10%”- únicamente para magistrados que ascendían. De ésta alguna referencia se puede obtener. Del estudio del Expediente Público de la Ley N.º 27368 se advierte que ella tuvo como origen un Proyecto presentado por el Consejo Nacional de la Magistratura junto con otros. Es justamente el Proyecto del Consejo donde se fundamenta la adjudicación de una bonificación en los siguientes términos: “Finalmente, una manera operativa *para que no resulta inútil la formación que brinde la Academia de la Magistratura*, es que los egresados de la misma cuenten con una bonificación en el puntaje de los procesos de selección de magistrados, el cual puede ser establecido en el Reglamento respectivo.” (Apartado 3.2, numeral 6, cursiva del Tribunal Constitucional). El Proyecto del Consejo no incluye, sin embargo, esta disposición en el texto articulado; lo cual, hay que entender, se deba a la remisión que se efectúa al respectivo Reglamento. Sin embargo, es en el Proyecto presentado por Congresistas –posterior al del Consejo- donde se incluye la mencionada bonificación en los mismos términos al comprendido en la Cuarta disposición Final y Transitoria. Este Proyecto legislativo no cuenta, sin embargo, con una exposición de motivos que justifique tal Disposición. No existiendo una justificación expresa del legislador, hay que entender que la expresada en el Proyecto del Consejo de la Magistratura fue adoptada también por el legislador de entonces.

51. Así las cosas, se advierte que la finalidad de la disposición de la bonificación fue “para que no result[e] inútil la formación que brinde la Academia de la Magistratura”, de modo tal que los “egresados de la misma cuenten con una bonificación en el puntaje de los procesos de selección de magistrados”. La finalidad sería, así, evitar que el curso del PROFA carezca de consecuencia alguna en el puntaje del proceso de selección debido a que durante ese periodo el requisito del PROFA se hallaba suspendido. Sería así la búsqueda de un criterio de justicia el que justificaría la asignación de la bonificación. La finalidad, así concebida, sería

sin embargo, muy genérica y no aportaría, por ello, al esclarecimiento del examen de proporcionalidad. De modo diferente, el Congreso ha sostenido una tesis distinta.

52. **El objetivo del trato diferenciado a postulantes con PROFA.** Para el Congreso, la “finalidad” que justifica la “desigualdad” reside en “garantizar la *excelencia en el ejercicio de la carrera* de los jueces y fiscales y el acceso a dichos cargos por quienes se encuentran *debidamente preparados* para iniciar la carrera judicial (...)” (fojas 73, cursiva del Tribunal Constitucional). En concepto del Congreso, “si los jueces no están *instruidos* y no son *especialistas* en temas de función jurisdiccional, no la ejercerían en forma idónea” (fojas 74, cursiva del Tribunal Constitucional). La idea es entonces la conformación de una judicatura “instruida” y “especializada”, la misma que conduciría a la idoneidad judicial. Instrucción o formación, por un lado, y especialización, por otro, son dos conceptos diferentes. Por esta razón tienen que ser considerados como dos fines mediatos distintos. Esta misma idea ha sido expresada por el Procurador del Congreso en la Audiencia Pública, cuando, en relación a la formación, manifiesta que “no se puede entender un Estado de derecho si el Poder Judicial no funciona bien, con abogados aspirantes *con formación* (...)” (énfasis del Tribunal Constitucional); luego, que la “finalidad de la norma” es “asegurar que los magistrados tengan una *formación adecuada*” (énfasis del Tribunal Constitucional). En la contestación de la demanda se afirma, en relación a la profesionalización de los aspirantes, que “la *especialización* viene dada por la Academia de la Magistratura”; a continuación afirma que “resulta necesario *profesionalizar* la magistratura” (fojas 74 a 75, cursiva del Tribunal Constitucional). En resumen, el tratamiento diferenciado tendría como finalidad la conformación de una *judicatura con formación adecuada y especializada*. La conformación de una judicatura con tales características constituye, así, el estado de cosas pretendido a través del tratamiento diferenciado. He aquí el *objetivo* de dicho tratamiento.

53. **El fin o finalidad del tratamiento diferenciado a postulantes con PROFA.** El Congreso estima que en la medida que la finalidad de la disposición cuestionada es garantizar la idoneidad de magistrados y que, si de conformidad con el artículo 151° de la Constitución, la Academia de la Magistratura tiene como función la formación y capacitación de jueces y fiscales “para efectos de su selección”, “es razonable que esa previsión constitucional de aseguramiento de magistrados idóneos se vea reforzada mediante la bonificación de un 10% sobre el puntaje total obtenido (...)” tanto a magistrados que ascienden y postulantes con PROFA (fojas 75).

Como se aprecia, en concepto del Congreso, la *ratio* de la función de la Academia de la Magistratura sería garantizar la "idoneidad" de la magistratura. En consecuencia, la bonificación "reforzaría" esa finalidad; diríase: la bonificación cuestionada *optimiza* la idoneidad de la magistratura en cuanto fin constitucional implícito al artículo 151° de la Constitución, 1er párrafo. La idoneidad de la magistratura aparece aquí como un principio implícito al artículo 151° de la Constitución.

Indudablemente, al haber la Constitución instituido la Academia de la Magistratura, ello supone la adopción de un medio para garantizar la idoneidad de la magistratura, apareciendo así ésta como un principio implícito de la Constitución. Pero, además, el carácter implícito de este principio en el ordenamiento constitucional, se deriva de que él es inherente al derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139°, inciso 3, Const.) y a la potestad de administrar justicia encomendada al Poder Judicial (artículo 138°, 1er párrafo). En efecto, el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo significa el acceso a la protección jurisdiccional, sino además a una calidad óptima de ésta, condición que, entre otros aspectos, presupone, como elemento fundamental, la idoneidad de la magistratura.

Según lo anterior, tendríamos que el *objetivo* sería la conformación de un estado de cosas: la instauración de una *judicatura con formación adecuada y especializada*; la *finalidad* estaría constituida por la *idoneidad judicial* en cuanto fin constitucional a cuya prosecución se justifica el estado de cosas pretendido en el objetivo del trato diferenciado.

54. **El objetivo y el fin del trato diferenciado a magistrados.** Respecto a la bonificación otorgada a magistrados para el ascenso con respecto al grupo de postulantes a Vocal o Fiscal, Superior o Supremo, sin PROFA, el Congreso ha argumentado en su contestación que ello se justifica también en que la idoneidad de la magistratura se alcanza a través del ascenso de jueces con experiencia (fojas 72 y siguientes). Este mismo criterio ha sido reafirmado en la Audiencia Pública por parte del Procurador del Congreso. En efecto, refiriéndose a la bonificación a magistrados, sostuvo: "este grupo tiene experiencia en tanto que los magistrados ya han participado de la carrera en la magistratura y al igual que los fiscales tienen ya una cuota de experiencia en la resolución de conflictos".

Es decir, mientras que a los postulantes con PROFA se les reconoce la bonificación justificada en la preparación especializada que reciben (PROFA), sería la experiencia de los magistrados la que posibilitaría la idoneidad de la magistratura. En este supuesto, el *estado de cosas* pretendido, en cuanto objetivo del trato diferenciado, es la conformación de una *judicatura con experiencia*, lo cual estaría justificado en la prosecución del principio *idoneidad de la judicatura*.

§5.3 EXAMEN DE LA IDONEIDAD DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS

55. Establecidos el objetivo y la finalidad del trato diferente, corresponde inquirir ahora por su idoneidad. En cuanto a la idoneidad del medio con el objetivo, ha de preguntarse: ¿Hay una relación de causalidad entre el *favorecimiento al Grupo A*, con experiencia -magistrados titulares-, con respecto al Grupo B para la conformación de una *judicatura experimentada* (objetivo)? El análisis de causalidad medio-fin debe elaborarse aquí sobre premisas empíricas.
56. Corresponde analizar entonces: (1) si la bonificación concedida a postulantes con PROFA es un medio conducente a la conformación de una *judicatura preparada*, (2), si la bonificación concedida a magistrados (para el ascenso) es conducente a la conformación de una *judicatura experimentada*.
57. Procede examinar ahora si el favorecimiento a magistrados frente a postulantes no magistrados constituye, o no, un medio conducente a la conformación de una *judicatura con experiencia*. La promoción de magistrados para el ascenso conduce evidentemente a la conformación de una *judicatura provista de experiencia*. Es decir, magistrados adiestrados en la función jurisdiccional como consecuencia de una permanencia relativamente dilatada en el tiempo en dicha actividad. Hay desde esa perspectiva idoneidad entre el trato discriminatorio -intervención- y el objetivo.
58. Corresponde ahora dilucidar si, además, hay idoneidad entre el objetivo y el fin. Es decir, si existe una relación entre la conformación de una *judicatura con experiencia* (objetivo) y la idoneidad de la *judicatura* (fin). Evidentemente, la experiencia desempeña un rol trascendente en el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Esto se infiere de la propia Constitución cuando establece, entre los requisitos para ser Vocal de la Corte Suprema, el de haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años (artículo 147°, inciso 4). De modo diferente, a postulantes que no son magistrados se exige un periodo mayor en sus respectivas actividades (ejercicio libre de la abogacía o cátedra universitaria): quince años. La *ratio* de esta distinción parecería indicar que el propio Constituyente ha valorado la experiencia judicial como un elemento de mayor valor respecto a la experiencia en el ejercicio libre o en la cátedra universitaria para la magistratura. Esta conclusión debe empero ser relativizada. Se trata de un especial requisito para la más alta instancia del ejercicio de la magistratura

(Vocales y Fiscales Supremos) que, por tanto, no puede ser proyectada a magistrados de instancias menores. La *ratio* se circunscribe a explicar un requisito de esta específica instancia judicial, no extensiva, por tanto, al de la segunda instancia –Vocales y Fiscales Superiores–.

59. Sin embargo, el nexo no es del todo exacto. La experiencia judicial constituye un elemento que puede contribuir a la idoneidad judicial, pero se trata de un vínculo contingente. La idoneidad puede prescindir de experiencia judicial. La sola experiencia judicial no conduce necesariamente o, por definición, a la idoneidad. Por el contrario, el nexo no es contingente, sino totalmente exacto entre judicatura debidamente prepara

ANEXO IV - 003

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0048-2004-PI/TC**

SENTENCIA

DEL PLENO DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos
(demandante) contra el Congreso de la República (demandado)**

Resolución del 1 de abril de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258 — Ley de Regalía Minera—, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa.

Magistrados presentes:
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP.N.º 0048-2004-PI/TC
LIMA
JOSE MIGUEL MORALES DASSO
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera—, de fecha 23 de junio de 2004, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa, por considerar que contiene vicios de inconstitucionalidad por la forma y el fondo.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de Inconstitucionalidad.
Demandante	: José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos.
Norma sometida a control	: Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera—, publicada el 23 de junio de 2004.
Bienes demandados	: Artículo 66º que establece una reserva de ley orgánica para fijar las condiciones de la utilización y el otorgamiento a particulares de los recursos naturales; inciso 16 del artículo 2º y artículo 70º, que reconocen el derecho de propiedad; inciso 14 del artículo 2º y artículo 62º, que reconocen el derecho a la libertad contractual; inciso 2 del artículo 2º, que reconoce el derecho a la igualdad; y el artículo 103º, que recoge el principio de retroactividad de las leyes.

Petitorio

: Que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258, sus modificatorias y normas conexas.

III. NORMA CUESTIONADA

LEY N.º 28258 – *Ley que crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Se establece su cálculo sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional, debiendo ser determinada mensualmente, según los rangos establecidos en la ley.*

Su recaudación será distribuida según porcentajes establecidos por ley, a los gobiernos locales, regionales y a las universidades nacionales de la región donde está ubicada la mina.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Los demandantes alegan que la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera— vulnera la Constitución, por la forma y por el fondo. Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, señalan que no se ha respetado el procedimiento formal para la creación de la denominada regalía minera, ya que de acuerdo al artículo 66º de la Constitución, las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales se fijan mediante Ley Orgánica.

Sobre la inconstitucionalidad por el fondo, sostienen que la Ley cuestionada transgrede las normas constitucionales referidas al derecho de propiedad (inciso 16 del artículo 2º y artículo 70º de la Constitución), así como el derecho a la libertad contractual (inciso 14 del artículo 2º y artículo 62º de la Constitución) y a la igualdad de trato (inciso 2 del artículo 2º y artículo 103º de la Constitución).

Señalan que en el Perú, la Constitución Económica consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual. Así, en

materia económica el sistema legal debe procurar la plena vigencia de estas libertades patrimoniales, las cuales sólo pueden ser afectadas por valores superiores, y no para planificar resultados económicos circunstanciales.

A su juicio, la regalía minera representa una clara intromisión en las libertades patrimoniales o libertades económicas, pues no ha revestido la formalidad exigida en el artículo 66° de la Constitución, ni tampoco ha respetado la esencia del derecho, pues se la denomina contraprestación sin que exista prestación recíproca que la justifique; es decir, es una contraprestación de nada.

Indican que el artículo 70° de la Constitución establece que nadie puede ser privado de su propiedad salvo 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. Por ello, advierten que la regalía minera impone un pago que significa una detracción forzosa de un porcentaje del valor obtenido por la transformación del mineral bruto a concentrado. Esta detracción patrimonial, añaden, se impone sin que exista causa de seguridad nacional, necesidad pública y sin pago justipreciado por el valor de esa propiedad sobre el concentrado.

Señalan, además, que el Estado goza de un poder tributario que le permite extraer recursos de la propiedad de las personas; empero, la regalía minera no se ha establecido como una obligación tributaria.

Refieren, por otro lado, que la norma cuestionada infringe el artículo 62° de la Constitución, que reconoce el derecho a la libertad contractual, por cuanto irrumpe contra los contratos de concesión anteriores a su vigencia; y, respecto a concesiones futuras, constituye una condición que limita la libertad de estipular, creando una ventaja para el Estado que va más allá de lo razonable.

De este modo, aducen, mientras se haya otorgado y subsista la concesión minera, la naturaleza y contenido del derecho otorgado no puede ser cambiado unilateralmente por una de las partes de la relación jurídica; sin embargo, tal como se constata, lo que establece la regalía es un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada y, por tanto, no querida originalmente por las partes.

Alegan que la forma como se ha establecido la regalía minera es discriminatoria, por las siguientes razones: a) si fuera válido imponer regalías en una actividad donde el Estado autoriza la explotación de un bien sobre el cual la Nación goza de ciertos derechos en su origen, tendría que hacerlo en todas las actividades económicas en las

que dicha situación se presenta, como son las telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, educación, transporte, etc., lo cual no ha ocurrido; b) porque excluye del pago a los pequeños productores y a quienes ejercen actividad extractiva y de transformación a concentrados que no sean titulares de concesión; y c) porque establece que el porcentaje de contraprestación varía según el valor que resulta de la cantidad de concentrados.

Los demandantes sostienen que mediante la regalía minera se crea una obligación que pretende ser una contraprestación por bienes que no son propiedad del Estado (concentrados), ya que la propiedad de estos pertenece al titular de la actividad minera, desde el instante en que se extrae el mineral de la tierra. Agregan que la Ley Orgánica de Recursos Naturales establece, en el segundo párrafo de su artículo 23°, que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural obtenido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Cuestionan que la regalía minera se aplique sobre el valor del concentrado, el cual es distinto al de la roca en su estado natural. Precisan que los minerales concentrados son resultado de labores industriales adicionales a la extracción, que imponen al titular de la actividad minera costos económicos diversos, y que, por ello, representa un valor totalmente distinto al recurso original, por lo que debe tomarse en cuenta que, en ese estado, ya no pertenecen al Estado ni a la Nación, sino al titular respectivo.

Finalmente, afirman que desde el punto de vista económico, el concesionario minero sólo está obligado a abonar al Estado un pago anual, llamado Derecho de Vigencia, regulado por los artículos 39° y siguientes de la Ley General de Minería, así como por los artículos 20° y 21° de la Ley Orgánica de Recursos Naturales. Refieren que hay una única retribución, que alternativamente puede ser contraprestación, o derecho de otorgamiento, o derecho de vigencia; y, en el caso de las concesiones mineras, sólo se paga el derecho de vigencia, como requisito previo para el otorgamiento de la concesión minera.

2. Argumentos de la contestación de la demanda

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo contesta la demanda y la contradice en todos sus extremos, con los siguiente argumentos:

En primer lugar, sobre la inconstitucionalidad por la forma, señala que las imposiciones que se hacen sobre los frutos que generen los recursos naturales no son

materia de Ley Orgánica, pues sólo puede ser materia de dicha jerarquía normativa la determinación de condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares, mas no la parte impositiva.

De este modo, agrega, la regalía minera no es ni una condición para la utilización de los recursos naturales, ni una condición para el otorgamiento de estos, pues se establece en un momento posterior al cumplimiento de las condiciones establecidas para la utilización y otorgamiento de la concesión a los particulares.

En segundo lugar, respecto al fondo, afirma que la regalía minera es un mecanismo de compensación económica al Estado por el provecho particular del que gozan los usuarios de este recurso. En ese sentido, debe entenderse que al tratarse del uso exclusivo y excluyente de recursos naturales no renovables por parte de quien se beneficia de la concesión minera, el Estado está facultado para establecer fórmulas mediante las cuales pueda conseguirse que la Nación participe de este beneficio económico, en su calidad de beneficiaria original del recurso. Esta fórmula es la regalía minera.

Al igual que los demandantes, refiere que la regalía minera no es un tributo, pues se trata de un mecanismo de obtención de recursos originarios, es decir, de fuentes propias, como es el patrimonio de la nación. Así, siendo el Estado el titular, a nombre de la Nación, de los recursos naturales no renovables, es plenamente justificado que exija este pago amparado en su dominio soberano.

Asimismo, advierte que el derecho de vigencia y la regalía minera, son conceptos distintos. El primero representa el pago por el derecho real de la concesión, mientras que el segundo consiste en el pago por la explotación del recurso natural; por lo tanto, no puede admitirse lo que sostienen los demandantes, respecto a que el único pago exigido a los beneficiarios de la concesión minera es el derecho de vigencia.

En cuanto al cálculo de la regalía sobre el valor de concentrado o su equivalente, y no de este en estado puro, indica que se debe a la imposibilidad de poder calcular el valor real de los minerales valiosos, esto es, susceptibles de valoración económica (oro, plata, cobre o zinc, entre otros), que se extraerán de un agregado de minerales, debido a que estos en estado natural no se encuentran aislados sino que están acompañados de otros minerales que muchas veces no tienen valuación económica.

Afirma que constitucionalmente se ha establecido que el derecho de propiedad se ejercita en armonía con el bien común, teniendo como prioridad el interés general frente al particular.

De igual modo, alega que la Ley en cuestión no transgrede el derecho a la libertad contractual, por cuanto, si bien debe mantenerse inalterable lo pactado entre partes, en lo que se refiere al reconocimiento de derechos como el establecimiento de obligaciones o cargas, sin embargo, por aplicación inmediata de la Ley, todas las operaciones o actividades de explotación de recursos minerales valiosos que se realicen a partir de la fecha de su vigencia, estarán comprendidas dentro de sus alcances y, por ende, estarán afectas al pago de la regalía correspondiente.

Sostiene que los compromisos asumidos en los contratos no inhiben al Estado en su soberanía ni impiden que por medio de una ley pueda hacer valer el reconocimiento de un derecho que le es propio, como el derecho de propiedad sobre los recursos naturales y, por ende, a solicitar una contraprestación económica por su uso. La única excepción son aquellos casos en los cuales se haya celebrado contratos ley o convenios de estabilidad tributaria o administrativa, que acrediten una situación de protección e inalterabilidad contractual.

Sobre la alegada afectación del principio de igualdad, manifiesta que la Ley establece un tratamiento de igualdad a los iguales y de desigualdad a los desiguales. Añade que no podría generalizarse la regalía a todas las actividades económicas, ya que por su naturaleza no todas se abocan a la explotación de recursos naturales; y que incluso dentro de la misma actividad minera existen características disímiles, por lo que se ha considerado pertinente establecer el pago en base a rangos, así como el pago de 0% a los pequeños productores y mineros artesanales.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

La Constitución como concreción de la norma y de la realidad social, política y económica, es el parámetro fundamental para establecer la conformidad de la norma legal con dicha realidad constitucional. Los principios del Estado Social y Democrático de Derecho contenidos en la Constitución y que este Tribunal, como su supremo intérprete, ha venido desarrollando a través de su jurisprudencia, resultan también de vital importancia para evaluar la constitucionalidad de las leyes.

Dado el impacto social de la presente sentencia, que versará sobre el aprovechamiento de recursos naturales de vital importancia como son los minerales, este Colegiado considera indispensable referirse de manera previa a los siguientes temas:

1. La función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho.
2. El contenido de lo "social" en la actividad del Estado y de los particulares.
3. La responsabilidad social de la empresa.
4. La Constitución, el medio ambiente y la política nacional del ambiente.
 - a) El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.
 - b) El medio ambiente y los recursos naturales.
 - c) La política nacional del ambiente.
 - d) Los conceptos de sostenibilidad y solidaridad.
 - e) Medio ambiente y empresa.

Posteriormente, este Colegiado procederá a analizar las cuestiones jurídicas controvertidas, es decir:

5. Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, corresponderá determinar si la creación de la regalía minera está sujeta a la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 66° de la Constitución

Y respecto a la inconstitucionalidad por el fondo corresponderá evaluar:

6. La naturaleza jurídica de la regalía minera.
7. El principio de igualdad y el pago por las regalías mineras.
8. La regalía minera y el derecho de propiedad.
9. La concesión minera y la alegada afectación de la libertad contractual.

VI. FUNDAMENTOS

§1. La función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y democrático de Derecho

1. La Constitución de 1993 (artículos 3° y 43°) establece que la República del Perú es Social y Democrática de Derecho, superando de este modo la concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo no es sólo una

cuestión semántica o de términos, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

En efecto, si bien es cierto que los valores básicos del Estado liberal eran, precisamente, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que «(...) el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro»

EXP. N.º 0090-2004-AA/TC
LIMA
JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 5 días de julio de 2004, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 283, su fecha 25 de julio de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 8 de agosto de 2002, interpone acción de amparo contra el Ministerio de Defensa, solicitando que se declaren inaplicables la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG, de fecha 24 de mayo de 2002, y la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP, del 3 de abril de 2002, en tanto que la última lo pasa a la Situación Militar de Retiro por la causal de Renovación, mientras que la primera desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución. Sustenta su pretensión en la presunta afectación del derecho al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El Ministerio de Defensa, por intermedio de su Procurador, contesta la demanda deduciendo la excepción de incompetencia, y sostiene que es improcedente la acción de amparo, por cuanto ella no es la vía para determinar la ineficacia de las resoluciones que se impugnan, sino el proceso contencioso administrativo; asimismo, refiere que la demanda debe declararse infundada.

El Décimo Octavo Juzgado Civil de Lima declaró infundada la excepción de incompetencia e improcedente la demanda, por considerar que la resolución cuestionada no tiene carácter ni efecto sancionador, ni afecta ningún derecho

patrimonial o incide en agravio de carácter legal, ético o moral, sino que atiende a las necesidades de la institución de reformar periódicamente sus cuadros, racionalizando y adecuando el número de sus efectivos para el cumplimiento de las metas y objetivos trazados; y que, asimismo, el accionante cobró el Fondo de Seguro de Retiro por la causal de Renovación, consintiendo el rompimiento del vínculo (sic) con la institución demandada.

La recurrida confirmó la apelada, reproduciendo parte de sus argumentos.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. De autos se advierte que la pretensión del actor es que se declaren inaplicables la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP, del 3 de abril de 2002, mediante la cual se dispuso pasar al actor de la situación de actividad a la de retiro por renovación; y la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG, de fecha 24 de mayo de 2002, por la que se declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la primera de las resoluciones citadas.

§2. Sustracción de la materia

2. Conforme se desprende de la liquidación corriente a fojas 141 de autos, el demandante ha cobrado su compensación por tiempo de servicios, hecho que ha sido aceptado por él mismo en su escrito de apelación que obra a fojas 177; por tal motivo, conforme lo ha señalado en forma reiterada este Colegiado, al haber cobrado sus beneficios sociales, el accionante ha consentido plenamente la ruptura del vínculo laboral con la emplazada, razón por la cual carece de sustento la demanda y debe ser desestimada.

§3. El tema del pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

3. No obstante lo expuesto, este Colegiado, en atención a la importancia creciente del tema en revisión, ha decidido analizar su naturaleza e implicancia, desde una perspectiva general y con vocación vinculante.

§4. Jurisprudencia constitucional y *overruling*

4. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar que el pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional es una *facultad discrecional del Presidente de la República*, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [STC N.º 1906-2002-AA/TC], y de que "(...) el ejercicio de dicha atribución (...) no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase al retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación constante de los Cuadros de Personal, conforme al artículo 168.º de la Carta Magna" [así señalado, últimamente, en la STC N.º 3426-2003-AA/TC].

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal.

5. Teniendo en cuenta el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana –canon valorativo vinculado directamente a los derechos fundamentales–, este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque –y es conveniente subrayarlo– dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.

En el derecho comparado, una técnica semejante, destinada a *anunciar* la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, “un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling* [Alberto Cadoppi, “Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano”, en Umberto Vicenti (A cura di), *Il valore del precedenti giudiziari nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998, pág. 126].

Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen.

§5. Constitución, Renovación de Cuadros en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en ejercicio de facultades discrecionales.

Alcances del artículo 167.º de la Constitución Política y del artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752

6. El artículo 167.º de la Constitución dispone que "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional". A su vez, el artículo 58.º de Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, aprobada por Decreto Legislativo N.º 752, establece que, con el fin de procurar la renovación constante de los cuadros de Oficiales, podrán pasar a la situación de retiro por la causal de renovación, los Oficiales de Armas, Comando y Servicios de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto, y que los Comandantes Generales de cada Instituto deberán necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, es decir, del Presidente de la República, en el caso de los Oficiales Generales y Almirantes, y del Ministro de Defensa, en el caso de los Oficiales Superiores.
7. La citada potestad presidencial –y, en su caso, la del Ministro de Defensa–, entendida como facultad discrecional –otorgada por el artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752, en concordancia con los artículos 167.º y 168.º de la Constitución y aplicable también al caso de la Policía Nacional del Perú–, no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues es absolutamente obvio que esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la Constitución, y el ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, al mismo tiempo, se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.

La discrecionalidad

8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

9. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

La discrecionalidad mayor es aquélla en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.

Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:

La discrecionalidad normativa

Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

La discrecionalidad planificadora

Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

La discrecionalidad política

Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.

Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

La discrecionalidad técnica

Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico.

El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión: el interés público.

10. La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.

Conviene puntualizar que uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público.

11. El interés público tiene que ver con aquéllo que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno ["Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez ("Diccionario de derecho público". Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que "El Estado no puede tener más que intereses públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), en sí misma, la noción de "interés público" se distingue, aunque no se opone, a la noción de "interés privado". Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado.

Empero, el carácter público del interés no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No existe una naturaleza "impersonal" que lo haga distinto del que anima "particularmente" a los ciudadanos. Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado. Es por eso que su preeminencia no surge de la valoración de lo distinto, sino de lo general y común.

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, "en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación". Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.

Al respecto, Juan Igartua Salaverría, citando a Eduardo García de Enterría, ["Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996], precisa que "la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta".

Por ello, para Igartua Salaverría, las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta.

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la

renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La arbitrariedad

12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Al respecto, Tomás Ramón Fernández [“De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 080, octubre - diciembre de 1993] expone lo siguiente:

“La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «*porque sí*» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.”

13. Por lo tanto, en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación –elemento inherente al debido proceso, que desarrollemos más adelante–, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas.
14. Es, pues, una conclusión absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión.
15. En buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional

se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional.

16. Estos fundamentos también han sido asumidos, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia N.º 353/1993 en la que determina que “la “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación (...), en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.” (Fundamento jurídico N.º 3).

Asimismo, son expuestos por la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia N.º C-175/93, en la cual argumenta que “La facultad que se le atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las “razones del servicio”, no puede considerarse omnímoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, éste no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue y que es este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional, de manera que tales razones no puedan ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el

incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio deficiente e irregular, etc.(...)”.

Como señala la Defensoría del Policía en su Informe N.º 002-2003-IN/DDP-ODPDH.04 de abril de 2003 –aplicable al caso de autos–, en el acto discrecional, la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas de acuerdo a los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados. Sobre la misma idea, cita a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes acotan que “(...) nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que las haga inatacables (...)”.

Por otro lado, Eduardo García de Enterría [en Trillo-Figueroa M.-Conde, Federico, “Discrecionalidad Militar y Jurisdicción Contenciosa”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 020, enero - marzo de 1979] expresa que «es evidente que no puede consagrarse a favor de la administración militar una libertad omnímoda y sin control (...) no hay para ello ninguna exigencia política ni ninguna justificación práctica, y si hubiese sido necesario ya lo hubieran dicho expresamente las normas que organizan y estructuran el Ejército configurando las correspondientes facultades discrecionales>>.

De similar opinión es Juan Carlos Cassagne [“La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 067, julio-setiembre 1990], quien precisa que “(...) la posibilidad de controlar la discrecionalidad ha sido expresamente admitida por la Corte cuando media arbitrariedad al señalar que «la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia» (Conf. C.S 13-V-1986 «in re» D'argenio, Inés, D. c/Tribunal de Cuentas de la Nación», revista «La Ley», t. 1986-D, pág. 770)”.

17. Así también lo entiende la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 56 elaborado por la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales de la

citada Institución, de diciembre de 2000, al señalar que “Las citadas normas –se refiere a los Decretos Legislativos N.ºs 745 y 752, así como al Decreto Supremo N.º 83-92-DE/SG, que aprueba el Reglamento del artículo 58.º del último decreto legislativo citado–, para ser conformes a la Constitución, requieren que los poderes públicos, en especial las administraciones policiales y militares, así como los órganos jurisdiccionales, las interpreten adoptando criterios objetivos y razonables. De otro modo se estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde no deben quedar zonas exentas de control. En efecto, “los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, mencionados en el artículo 3.º de la Constitución, respaldan el derecho de todo ser humano a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como proclama el artículo 45.º del texto constitucional.”.

18. Queda claro, entonces, que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros a los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho. Tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores objetivos, como por ejemplo, el número de vacantes consideradas en el proceso anual de ascenso y los resultados del mismo, que implica que las invitaciones para pase a retiro por renovación deben darse después de conocer dichos resultados; los respectivos planes anuales de asignación de personal; la relación de oficiales que indefectiblemente han de pasar a retiro por alguna de las causales contempladas en el artículo 55.º del Decreto Legislativo N.º 752 y el artículo 50.º del Decreto Legislativo N.º 745; determinación de un mínimo de años de servicios prestados a la institución y de permanencia en el grado; así como por el estudio detallado del historial de servicios del Oficial.

§6 Derechos constitucionales a los que están sujetos los miembros de la Policía Nacional del Perú

19. Este Colegiado ha dejado claramente establecido que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su

derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración, en casos como el de autos, quisiese consumir.

20. Este Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 748-99-AA/TC, del 20 de mayo de 2000 –aplicable también al caso de las Fuerzas Armadas– que si bien los miembros de la Policía Nacional del Perú se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, conforme lo establece el artículo 168.º de la Constitución Política, ello no significa que estén al margen de la protección constitucional, pues su propia Ley Orgánica, de conformidad con los principios, valores y fines establecidos en el Texto Fundamental de la República, dispone en el numeral 9) de su artículo 36.º que son derechos del personal policial “los demás reconocidos por la Constitución y las Leyes.”. Dicho postulado ha sido asimilado por la Resolución Ministerial N.º 186-2002-IN/0102, de fecha 6 de febrero de 2002, al señalar en sus considerandos que “(...) las normas internacionales sobre derechos humanos otorgan un marco para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que le corresponden también al miembro de la Policía Nacional en su condición de persona humana (...)”.
21. Por ello, corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre la violación de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en el caso de pase a la situación de retiro por renovación.

§7. Los derechos fundamentales de la persona y el pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas

El debido proceso

22. El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es “un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos. [Bustamante Alarcón, Reynaldo, “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”, Cit. por Javier Dolorier Torres en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como “el conjunto mínimo de elementos que deben estar

presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto”.

23. Al respecto, este Colegiado en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino también una "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Es así como también la Corte Interamericana sostiene –en doctrina que ha hecho suya este Colegiado en la sentencia correspondiente al Exp. N.º 2050-2002-AA/TC– que "si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."(párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]”.
24. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.
25. Como ya lo ha precisado este Tribunal en contaste jurisprudencia, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad,

interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. Es por ello que este Colegiado considera que el acto de la Administración mediante el cual se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas –y por tanto, también de Oficiales de la Policía Nacional del Perú–, debe observar las garantías que comprenden el derecho al debido proceso.

El derecho de defensa

26. El artículo 58° del Decreto Legislativo N.° 752 –Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea– prescribe la figura del pase a la situación de retiro por renovación; es decir, la cesación en la actividad funcional de algún oficial militar, en servicio, de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto. Para decidir tales efectos, la Administración castrense tendrá en cuenta aquello que considera indispensable, esencial y preciso para la correcta marcha institucional.

Entonces, es pertinente puntualizar que en la aplicación de esta modalidad de cese no existe un entroncamiento con el derecho de defensa del afectado, dado que se sustenta en criterios institucionales.

27. Como se ha sostenido en diversas causas, el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.
28. Desde luego, ese no es el caso del proceso de pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, dado que dicho proceso de “ratificación” no tiene por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el oficial y, en esa medida, la validez de la decisión final no depende del respeto del derecho de defensa. En tal sentido, la decisión de pasar a retiro a un oficial por la causal antes invocada no debería constituir una sanción disciplinaria. La sanción, por su propia naturaleza,

comprende la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico.

29. Por ello, este Tribunal considera que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al caso *sui géneris* del acto de pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, ya que éste no constituye una sanción ni, el proceso respectivo, un procedimiento administrativo sancionador.

La motivación de las resoluciones

30. El inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por en numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley.
31. Al respecto, la Defensoría del Policía, en el citado Informe N.º 002-2003-IN/DOR-ODPDH-04, precisa que con la motivación los afectados por un acto administrativo pueden saber con que sustento se emitió éste, información indispensable y a la que el administrado tiene derecho en virtud al apartado 6.1 del artículo 6.º de la Ley N.º 27444, que indica que: “La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”.

Asimismo, la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad, como lo establece el apartado 6.3 del artículo 6º de la norma invocada, que dispone que “no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”.

En el referido informe se cita a Eduardo García de Enterría y a Ramón Fernández, los cuales sostienen que "(...) La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión (...) motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto (...) la ley obliga a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y de derecho en los cuales las mismas se apoyan".

32. Es en ese sentido que la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N.º 56, señala "(...) que con la práctica de pasar a retiro por renovación sin una adecuada motivación se estaría truncando la carrera militar o policial de numerosos oficiales, lo que podría ocasionar distorsiones en la adecuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a los valores que sustentan la democracia (...)".
33. La motivación es, pues, uno de los requisitos esenciales del acto administrativo. Su omisión es sancionada con la invalidez del acto, según lo prescribe el inciso 4) del artículo 3.º de la mencionada Ley N.º 27444.

En concordancia con ello, el inciso 2) del artículo 10.º de la norma invocada preceptúa que el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez – como lo es la falta de motivación – es un vicio del acto administrativo, que causa su nulidad de pleno derecho.

34. Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

35. El numeral 1.4. de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente "creador" o "motivador" del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de

acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, *si y sólo si* guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).

36. Es por ello que este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad. Por lo tanto, es exigible, en el caso del pase a la situación de retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que las diferenciaciones para efectos del pase a retiro por renovación, estén efectivamente justificadas con las condiciones profesionales de los oficiales y los intereses y necesidades del instituto armado correspondiente.

Derecho al trabajo

37. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22.º de la Constitución Política vigente. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero, acceder a un puesto de trabajo, y el segundo, de no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política

orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; mientras que el segundo es el que resulta relevante para resolver la causa: se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa.

38. Por ello, el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200.º de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.
39. Este precepto constitucional no se ha tomado en consideración en el caso de los pases a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ya que la ausencia de motivación en el acto administrativo no permite advertir una justificación objetiva y razonable para decidirlos, atentando contra el derecho al trabajo de los oficiales afectados.

Derecho a la igualdad ante la ley

40. El principio de igualdad, mediante el cual se reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos –artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–, exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable, más aún cuando los responsables de realizarlo lo efectúen en el ejercicio de funciones públicas.
41. Este derecho fundamental, reconocido por el numeral 2) del artículo 2.º de la Constitución, resulta vulnerado con las resoluciones que disponen el pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional insuficientemente motivadas, por cuanto impiden saber si se está ante una diferenciación razonable y, por ende, admisible por el Derecho.
42. Igualmente, en la relación laboral, este principio está acogido por el numeral 1) del artículo 26.º de la Carta Magna, el cual prescribe la igualdad de oportunidades sin discriminación.
43. La discriminación es, en conclusión, el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho. Pues si bien, la

aplicación de la causal de renovación no implica una sanción administrativa, trunca el desarrollo profesional de los invitados al retiro”.

Derecho al honor y a la buena reputación

44. Otro de los derechos fundamentales protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y reconocido por nuestra Norma Suprema, es el derecho al honor y a la buena reputación que tiene todo ser humano, derecho que también se ve afectado con el mal uso de la facultad discrecional de la Administración de pasar al retiro por renovación a oficiales de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas mediante resoluciones no motivadas y arbitrarias, exponiéndose el honor del administrado, pues las causas de su cese quedarán sujetas a la *interpretación* individual y subjetiva de cada individuo.
45. Al respecto, la falta de motivación en las resoluciones de pase a retiro por renovación de cuadros implica un desconocimiento de la dignidad de los oficiales afectados, pues no tuvieron siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de un proyecto de vida en el ámbito laboral. En torno a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en el caso Loayza Tamayo [sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998: http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_42_esp.doc] que “el ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. (...) Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (...) no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable (...) dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”.

Publicidad de las normas

46. Otro principio vulnerado por la administración militar en el proceso de pase a retiro de sus oficiales por la casual de renovación es el de publicidad de las

normas. Al respecto, el artículo 51.º de la Constitución prescribe que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En ese sentido, los institutos armados violan dicho precepto al no haber publicado el Reglamento del artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea –que reglamenta el pase a retiro por causal de renovación– aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 83-92-DE/SG, pues, como bien lo señala el Informe Defensorial N.º 56 de la Defensoría del Pueblo, “(...) aún cuando pudiera admitirse que pueden emitirse normas secretas por razones de seguridad nacional, estas deberían regular exclusivamente aspectos cuyo conocimiento público pueda poner en riesgo la integridad territorial o la soberanía popular, pero de ninguna manera normas ordinarias sobre el pase a retiro del personal militar, más aún en ausencia de hipótesis de guerra como en la actualidad. Por lo que las mencionadas normas también estarían formalmente afectadas de un vicio de nulidad, que no se convalida con su puesta en conocimiento por el personal militar (...)”.

47. Este Colegiado subraya que los criterios precedentemente vertidos deberán ser observados por las futuras resoluciones mediante las cuales la administración pase a la situación de retiro por la causal de renovación a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; los cuales deberán ser retomados por este Supremo Tribunal cuando requiera cambiar su actual criterio, en concordancia con lo expresado en el Fundamento N.º 5., *supra*.
48. En el caso de autos, habiéndose producido la sustracción de la materia, referida en el Fundamento 2., *supra*, y, tomando asimismo en consideración el principio de *prospective overruling* invocado por este Supremo Tribunal, la presente demanda deviene en improcedente.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de amparo.
2. Poner en conocimiento esta sentencia al Ministerio de Defensa y al Ministerio del Interior.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANEXO IV - 004

EXP. N.º 0090-2004-AA/TC
LIMA
JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 5 días de julio de 2004, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 283, su fecha 25 de julio de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 8 de agosto de 2002, interpone acción de amparo contra el Ministerio de Defensa, solicitando que se declaren inaplicables la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG, de fecha 24 de mayo de 2002, y la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP, del 3 de abril de 2002, en tanto que la última lo pasa a la Situación Militar de Retiro por la causal de Renovación, mientras que la primera desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución. Sustenta su pretensión en la presunta afectación del derecho al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El Ministerio de Defensa, por intermedio de su Procurador, contesta la demanda deduciendo la excepción de incompetencia, y sostiene que es improcedente la acción de amparo, por cuanto ella no es la vía para determinar la ineficacia de las resoluciones que se impugnan, sino el proceso contencioso administrativo; asimismo, refiere que la demanda debe declararse infundada.

El Décimo Octavo Juzgado Civil de Lima declaró infundada la excepción de incompetencia e improcedente la demanda, por considerar que la resolución cuestionada no tiene carácter ni efecto sancionador, ni afecta ningún derecho

patrimonial o incide en agravio de carácter legal, ético o moral, sino que atiende a las necesidades de la institución de reformar periódicamente sus cuadros, racionalizando y adecuando el número de sus efectivos para el cumplimiento de las metas y objetivos trazados; y que, asimismo, el accionante cobró el Fondo de Seguro de Retiro por la causal de Renovación, consintiendo el rompimiento del vínculo (sic) con la institución demandada.

La recurrida confirmó la apelada, reproduciendo parte de sus argumentos.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. De autos se advierte que la pretensión del actor es que se declaren inaplicables la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP, del 3 de abril de 2002, mediante la cual se dispuso pasar al actor de la situación de actividad a la de retiro por renovación; y la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG, de fecha 24 de mayo de 2002, por la que se declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la primera de las resoluciones citadas.

§2. Sustracción de la materia

2. Conforme se desprende de la liquidación corriente a fojas 141 de autos, el demandante ha cobrado su compensación por tiempo de servicios, hecho que ha sido aceptado por él mismo en su escrito de apelación que obra a fojas 177; por tal motivo, conforme lo ha señalado en forma reiterada este Colegiado, al haber cobrado sus beneficios sociales, el accionante ha consentido plenamente la ruptura del vínculo laboral con la emplazada, razón por la cual carece de sustento la demanda y debe ser desestimada.

§3. El tema del pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

3. No obstante lo expuesto, este Colegiado, en atención a la importancia creciente del tema en revisión, ha decidido analizar su naturaleza e implicancia, desde una perspectiva general y con vocación vinculante.

§4. Jurisprudencia constitucional y *overruling*

4. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar que el pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional es una *facultad discrecional del Presidente de la República*, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [STC N.º 1906-2002-AA/TC], y de que “(...) el ejercicio de dicha atribución (...) no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase al retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación constante de los Cuadros de Personal, conforme al artículo 168.º de la Carta Magna” [así señalado, últimamente, en la STC N.º 3426-2003-AA/TC].

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal.

5. Teniendo en cuenta el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana –canon valorativo vinculado directamente a los derechos fundamentales–, este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque –y es conveniente subrayarlo– dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.

En el derecho comparado, una técnica semejante, destinada a *anunciar* la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, “un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling* [Alberto Cadoppi, “Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano”, en Umberto Vicenti (A cura di), *Il valore del precedenti giudiziali nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998, pág. 126].

Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen.

§5. Constitución, Renovación de Cuadros en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en ejercicio de facultades discrecionales.

Alcances del artículo 167.º de la Constitución Política y del artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752

6. El artículo 167.º de la Constitución dispone que "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional". A su vez, el artículo 58.º de Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, aprobada por Decreto Legislativo N.º 752, establece que, con el fin de procurar la renovación constante de los cuadros de Oficiales, podrán pasar a la situación de retiro por la causal de renovación, los Oficiales de Armas, Comando y Servicios de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto, y que los Comandantes Generales de cada Instituto deberán necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, es decir, del Presidente de la República, en el caso de los Oficiales Generales y Almirantes, y del Ministro de Defensa, en el caso de los Oficiales Superiores.
7. La citada potestad presidencial –y, en su caso, la del Ministro de Defensa–, entendida como facultad discrecional –otorgada por el artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752, en concordancia con los artículos 167.º y 168.º de la Constitución y aplicable también al caso de la Policía Nacional del Perú–, no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues es absolutamente obvio que esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la Constitución, y el ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, al mismo tiempo, se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.

La discrecionalidad

8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

9. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.

Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:

La discrecionalidad normativa

Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

La discrecionalidad planificadora

Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

La discrecionalidad política

Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.

Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

La discrecionalidad técnica

Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico.

El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión: el interés público.

10. La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.

Conviene puntualizar que uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público.

11. El interés público tiene que ver con aquéllo que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno ["Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez ("Diccionario de derecho público". Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que "El Estado no puede tener más que intereses públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), en sí misma, la noción de "interés público" se distingue, aunque no se opone, a la noción de "interés privado". Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado.

Empero, el carácter público del interés no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No existe una naturaleza "impersonal" que lo haga distinto del que anima "particularmente" a los ciudadanos. Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado. Es por eso que su preeminencia no surge de la valoración de lo distinto, sino de lo general y común.

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, "en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación". Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso.

Al respecto, Juan Igartua Salaverría, citando a Eduardo García de Enterría, ["Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996], precisa que "la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta".

Por ello, para Igartua Salaverría, las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta.

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la

renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La arbitrariedad

12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Al respecto, Tomás Ramón Fernández [“De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 080, octubre - diciembre de 1993] expone lo siguiente:

“La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «*porque sí*» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.”

13. Por lo tanto, en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación —elemento inherente al debido proceso, que desarrollaremos más adelante—, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas.
14. Es, pues, una conclusión absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión.
15. En buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional

se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional.

16. Estos fundamentos también han sido asumidos, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia N.º 353/1993 en la que determina que “la “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación (...), en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.” (Fundamento jurídico N.º 3).

Asimismo, son expuestos por la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia N.º C-175/93, en la cual argumenta que “La facultad que se le atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las “razones del servicio”, no puede considerarse omnímoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, éste no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue y que es este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional, de manera que tales razones no puedan ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el

incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio deficiente e irregular, etc.(...)”.

Como señala la Defensoría del Policía en su Informe N.º 002-2003-IN/DDP-ODPDH.04 de abril de 2003 –aplicable al caso de autos–, en el acto discrecional, la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas de acuerdo a los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados. Sobre la misma idea, cita a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes acotan que “(...) nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que las haga inatacables (...)”.

Por otro lado, Eduardo García de Enterría [en Trillo-Figueroa M.-Conde, Federico, “Discrecionalidad Militar y Jurisdicción Contenciosa”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 020, enero - marzo de 1979] expresa que «es evidente que no puede consagrarse a favor de la administración militar una libertad omnímoda y sin control (...) no hay para ello ninguna exigencia política ni ninguna justificación práctica, y si hubiese sido necesario ya lo hubieran dicho expresamente las normas que organizan y estructuran el Ejército configurando las correspondientes facultades discrecionales>>.

De similar opinión es Juan Carlos Cassagne [“La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 067, julio-setiembre 1990], quien precisa que “(...) la posibilidad de controlar la discrecionalidad ha sido expresamente admitida por la Corte cuando media arbitrariedad al señalar que «la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia» (Conf. C.S 13-V-1986 «in re» D'argenio, Inés, D. c/Tribunal de Cuentas de la Nación», revista «La Ley», t. 1986-D, pág. 770)”.

17. Así también lo entiende la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 56 elaborado por la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales de la

citada Institución, de diciembre de 2000, al señalar que “Las citadas normas –se refiere a los Decretos Legislativos N.ºs 745 y 752, así como al Decreto Supremo N.º 83-92-DE/SG, que aprueba el Reglamento del artículo 58.º del último decreto legislativo citado–, para ser conformes a la Constitución, requieren que los poderes públicos, en especial las administraciones policiales y militares, así como los órganos jurisdiccionales, las interpreten adoptando criterios objetivos y razonables. De otro modo se estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde no deben quedar zonas exentas de control . En efecto, “los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, mencionados en el artículo 3.º de la Constitución, respaldan el derecho de todo ser humano a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como proclama el artículo 45.º del texto constitucional.”.

18. Queda claro, entonces, que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros a los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho. Tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores objetivos, como por ejemplo, el número de vacantes consideradas en el proceso anual de ascenso y los resultados del mismo, que implica que las invitaciones para pase a retiro por renovación deben darse después de conocer dichos resultados; los respectivos planes anuales de asignación de personal; la relación de oficiales que indefectiblemente han de pasar a retiro por alguna de las causales contempladas en el artículo 55.º del Decreto Legislativo N.º 752 y el artículo 50.º del Decreto Legislativo N.º 745; determinación de un mínimo de años de servicios prestados a la institución y de permanencia en el grado; así como por el estudio detallado del historial de servicios del Oficial.

§6 Derechos constitucionales a los que están sujetos los miembros de la Policía Nacional del Perú

19. Este Colegiado ha dejado claramente establecido que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su

derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración, en casos como el de autos, quisiese consumir.

20. Este Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 748-99-AA/TC, del 20 de mayo de 2000 –aplicable también al caso de las Fuerzas Armadas– que si bien los miembros de la Policía Nacional del Perú se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, conforme lo establece el artículo 168.º de la Constitución Política, ello no significa que estén al margen de la protección constitucional, pues su propia Ley Orgánica, de conformidad con los principios, valores y fines establecidos en el Texto Fundamental de la República, dispone en el numeral 9) de su artículo 36.º que son derechos del personal policial “los demás reconocidos por la Constitución y las Leyes.”. Dicho postulado ha sido asimilado por la Resolución Ministerial N.º 186-2002-IN/0102, de fecha 6 de febrero de 2002, al señalar en sus considerandos que “(...) las normas internacionales sobre derechos humanos otorgan un marco para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que le corresponden también al miembro de la Policía Nacional en su condición de persona humana (...)”.
21. Por ello, corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre la violación de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en el caso de pase a la situación de retiro por renovación.

§7. Los derechos fundamentales de la persona y el pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas

El debido proceso

22. El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es “un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos. [Bustamante Alarcón, Reynaldo, “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”, Cit. por Javier Dolorier Torres en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como “el conjunto mínimo de elementos que deben estar

presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto”.

23. Al respecto, este Colegiado en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino también una "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Es así como también la Corte Interamericana sostiene –en doctrina que ha hecho suya este Colegiado en la sentencia correspondiente al Exp. N.º 2050-2002-AA/TC– que "si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."(párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]”.
24. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.
25. Como ya lo ha precisado este Tribunal en contaste jurisprudencia, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad,

interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. Es por ello que este Colegiado considera que el acto de la Administración mediante el cual se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas –y por tanto, también de Oficiales de la Policía Nacional del Perú–, debe observar las garantías que comprenden el derecho al debido proceso.

El derecho de defensa

26. El artículo 58° del Decreto Legislativo N.º 752 –Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea– prescribe la figura del pase a la situación de retiro por renovación; es decir, la cesación en la actividad funcional de algún oficial militar, en servicio, de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto. Para decidir tales efectos, la Administración castrense tendrá en cuenta aquello que considera indispensable, esencial y preciso para la correcta marcha institucional.

Entonces, es pertinente puntualizar que en la aplicación de esta modalidad de cese no existe un entroncamiento con el derecho de defensa del afectado, dado que se sustenta en criterios institucionales.

27. Como se ha sostenido en diversas causas, el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.
28. Desde luego, ese no es el caso del proceso de pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, dado que dicho proceso de “ratificación” no tiene por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el oficial y, en esa medida, la validez de la decisión final no depende del respeto del derecho de defensa. En tal sentido, la decisión de pasar a retiro a un oficial por la causal antes invocada no debería constituir una sanción disciplinaria. La sanción, por su propia naturaleza,

comprende la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico.

29. Por ello, este Tribunal considera que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al caso *sui géneris* del acto de pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, ya que éste no constituye una sanción ni, el proceso respectivo, un procedimiento administrativo sancionador.

La motivación de las resoluciones

30. El inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por en numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley.
31. Al respecto, la Defensoría del Policía, en el citado Informe N.º 002-2003-IN/DOR-ODPDH-04, precisa que con la motivación los afectados por un acto administrativo pueden saber con que sustento se emitió éste, información indispensable y a la que el administrado tiene derecho en virtud al apartado 6.1 del artículo 6.º de la Ley N.º 27444, que indica que: “La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”.

Asimismo, la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad, como lo establece el apartado 6.3 del artículo 6º de la norma invocada, que dispone que “no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”.

En el referido informe se cita a Eduardo García de Enterría y a Ramón Fernández, los cuales sostienen que "(...) La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión (...) motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto (...) la ley obliga a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y de derecho en los cuales las mismas se apoyan".

32. Es en ese sentido que la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N.º 56, señala "(...) que con la práctica de pasar a retiro por renovación sin una adecuada motivación se estaría truncando la carrera militar o policial de numerosos oficiales, lo que podría ocasionar distorsiones en la adecuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a los valores que sustentan la democracia (...)".
33. La motivación es, pues, uno de los requisitos esenciales del acto administrativo. Su omisión es sancionada con la invalidez del acto, según lo prescribe el inciso 4) del artículo 3.º de la mencionada Ley N.º 27444.

En concordancia con ello, el inciso 2) del artículo 10.º de la norma invocada preceptúa que el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez – como lo es la falta de motivación– es un vicio del acto administrativo, que causa su nulidad de pleno derecho.

34. Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

35. El numeral 1.4. de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente "creador" o "motivador" del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de

acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, *si y sólo si* guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).

36. Es por ello que este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad. Por lo tanto, es exigible, en el caso del pase a la situación de retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que las diferenciaciones para efectos del pase a retiro por renovación, estén efectivamente justificadas con las condiciones profesionales de los oficiales y los intereses y necesidades del instituto armado correspondiente.

Derecho al trabajo

37. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22.º de la Constitución Política vigente. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero, acceder a un puesto de trabajo, y el segundo, de no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política

orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; mientras que el segundo es el que resulta relevante para resolver la causa: se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa.

38. Por ello, el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200.º de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.
39. Este precepto constitucional no se ha tomado en consideración en el caso de los pases a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ya que la ausencia de motivación en el acto administrativo no permite advertir una justificación objetiva y razonable para decidirlos, atentando contra el derecho al trabajo de los oficiales afectados.

Derecho a la igualdad ante la ley

40. El principio de igualdad, mediante el cual se reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos –artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derecho Humanos–, exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable, más aún cuando los responsables de realizarlo lo efectúen en el ejercicio de funciones públicas.
41. Este derecho fundamental, reconocido por el numeral 2) del artículo 2.º de la Constitución, resulta vulnerado con las resoluciones que disponen el pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional insuficientemente motivadas, por cuanto impiden saber si se está ante una diferenciación razonable y, por ende, admisible por el Derecho.
42. Igualmente, en la relación laboral, este principio está acogido por el numeral 1) del artículo 26.º de la Carta Magna, el cual prescribe la igualdad de oportunidades sin discriminación.
43. La discriminación es, en conclusión, el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho. Pues si bien, la

aplicación de la causal de renovación no implica una sanción administrativa, trunca el desarrollo profesional de los invitados al retiro”.

Derecho al honor y a la buena reputación

44. Otro de los derechos fundamentales protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y reconocido por nuestra Norma Suprema, es el derecho al honor y a la buena reputación que tiene todo ser humano, derecho que también se ve afectado con el mal uso de la facultad discrecional de la Administración de pasar al retiro por renovación a oficiales de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas mediante resoluciones no motivadas y arbitrarias, exponiéndose el honor del administrado, pues las causas de su cese quedarán sujetas a la *interpretación* individual y subjetiva de cada individuo.
45. Al respecto, la falta de motivación en las resoluciones de pase a retiro por renovación de cuadros implica un desconocimiento de la dignidad de los oficiales afectados, pues no tuvieron siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de un proyecto de vida en el ámbito laboral. En torno a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en el caso Loayza Tamayo [sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998: http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_42_esp.doc] que “el ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. (...) Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (...) no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable (...) dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”.

Publicidad de las normas

46. Otro principio vulnerado por la administración militar en el proceso de pase a retiro de sus oficiales por la casual de renovación es el de publicidad de las

normas. Al respecto, el artículo 51.º de la Constitución prescribe que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En ese sentido, los institutos armados violan dicho precepto al no haber publicado el Reglamento del artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea –que reglamenta el pase a retiro por causal de renovación– aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 83-92-DE/SG, pues, como bien lo señala el Informe Defensorial N.º 56 de la Defensoría del Pueblo, “(...) aún cuando pudiera admitirse que pueden emitirse normas secretas por razones de seguridad nacional, estas deberían regular exclusivamente aspectos cuyo conocimiento público pueda poner en riesgo la integridad territorial o la soberanía popular, pero de ninguna manera normas ordinarias sobre el pase a retiro del personal militar, más aún en ausencia de hipótesis de guerra como en la actualidad. Por los que las mencionadas normas también estarían formalmente afectadas de un vicio de nulidad, que no se convalida con su puesta en conocimiento por el personal militar (...)”.

47. Este Colegiado subraya que los criterios precedentemente vertidos deberán ser observados por las futuras resoluciones mediante las cuales la administración pase a la situación de retiro por la causal de renovación a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; los cuales deberán ser retomados por este Supremo Tribunal cuando requiera cambiar su actual criterio, en concordancia con lo expresado en el Fundamento N.º 5., *supra*.
48. En el caso de autos, habiéndose producido la sustracción de la materia, referida en el Fundamento 2., *supra*, y, tomando asimismo en consideración el principio de *prospective overruling* invocado por este Supremo Tribunal, la presente demanda deviene en improcedente.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de amparo.
2. Poner en conocimiento esta sentencia al Ministerio de Defensa y al Ministerio del Interior.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANEXO IV - 005



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 exámine*, 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 ius-fundamental 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 ius-fundamentales? ¿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-litís 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 determinación 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, si 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 [sobre] 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 examine*, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 igualdad 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 enfatice 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 alicuota* 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 expectativo 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 accionario. 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, parágrafo 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 accionario 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 *telos* 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 adopta 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 accionarial 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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.º 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.º 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, reflotando 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 perniciosa 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 posea 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 ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR