

# Aspectos societarios de la denominada Operación Acordeón, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 00228-2009-PA/TC)

por  
OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO<sup>1</sup>

## *SUMARIO*

- I. ANTECEDENTES DEL CASO.
- II. SUPUESTOS BÁSICOS A TENER EN CUENTA.
- III. LA JUNTA DE ACREDITADORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO.
- IV. EL NECESARIO PASO POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO VÍA PREVIA AL AMPARO.
- V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL COMO HECHO OBJETIVO EN UNA SOCIEDAD EN ESTADO DE CONCURSO.
- VI. MEDIDAS CORRECTIVAS GENÉRICAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR EN UNA SITUACIÓN DE DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL:

---

<sup>1</sup> Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Ha seguido cursos de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca de España y el curso anual de Gestión y Promoción de Exportaciones en ESAN con Certificado de Experto en Comercio Exterior. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de la Facultad de Derecho y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor de la Maestría y Doctorado de Derecho Empresarial de dicha Universidad y profesor de la Academia Peruana de la Magistratura.

1. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL POR NUEVOS APORTES DINERARIOS.
  2. AUMENTO DE CAPITAL POR APORTES NO DINERARIOS.
  3. OTRAS MODALIDADES DE AUMENTO DE CAPITAL.
  4. CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD.
  5. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL.
  6. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL A 0 (CERO) E INMEDIATO AUMENTO DE CAPITAL, QUE ES LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN.
  7. RENEGOCIACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD.
  8. NEGOCIACIÓN DE LOS ACTIVOS TANGIBLES O INTANGIBLES.
- VII. LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN COMO UNA OPCIÓN LEGAL, Y REQUISITOS DE VALIDEZ.
- VIII. POLÉMICA SUSCITADA A RAÍZ DE SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.
- IX. VIABILIDAD DE SU INCORPORACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL SOCIETARIO.
- X. CONCLUSIONES.

ANEXO.

## I. ANTECEDENTES DEL CASO

La Junta de Acreedores de la Empresa Agraria Chiquitoy, S. A., en adelante simplemente CHIQUITOY, en sesión de fecha 6 de diciembre de 2006, acordó la aprobación de la Adenda número 1 por medio de la cual se aprobaron las condiciones para la reducción a 0 (cero) del capital social de dicha sociedad que se encontraba en estado de concurso, y dentro de un régimen de reestructuración patrimonial, el acuerdo mismo de reducción de capital a 0 (cero), la aprobación del aumento de capital social por capitalización de créditos, con invitación únicamente a los acreedores de la Clase C, la aprobación de la capitalización de créditos del Complejo Industrial Cartavio, S. A., en adelante simplemente CARTAVIO, y del Fondo de Inversiones Diversificadas, S. A., en adelante FODINSA, y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación, entre ellos, la modificación estatutaria correspondiente.

La accionista Flor de María Ibáñez Salvador impugnó en sede administrativa los mencionados acuerdos, dando lugar a la expedición de la Resolución de primera instancia número 0031-2007 INDECOPI/LAL expedida por la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, el 22 de enero de 2007, por la cual se declaró infundada dicha impugnación, sosteniendo que si bien la impugnante manifestó su voluntad de beneficiarse con la suscripción preferente de acciones en el aumento de capital acordado, lo hizo después de haber concluido el debate y la votación sobre dicho tema, motivo por el cual no pudo hacer efectivo el citado derecho.

Contra la indicada resolución expedida en primera instancia, la impugnante, con fecha 12 de febrero del 2007, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, el mismo que resolvió, mediante Resolución número 1569-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 29 de agosto de 2007, confirmar en todos sus extremos la resolución impugnada.

Pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, conforme es de verse de la cédula de notificación de fecha 11 de septiembre de 2007, que obra en autos, habiendo quedado de esta forma agotada la vía administrativa, no recurrió contra la mencionada Resolución número 1569-2007/TDC-INDECOPI, a través del proceso contencioso-administrativo, conforme lo dispone el artículo 132.2 de la Ley General del Sistema Concursal, número 27809, en adelante simplemente LGSC, sino por el contrario, procedió a interponer una acción de amparo contra los acuerdos de la junta de acreedores del 6 de diciembre de 2006, alegando vulneración constitucional de diversos derechos fundamentales, prescindiendo del hecho que a la fecha de interposición de la demanda, ya habrían prescrito los plazos para la presentación de la demanda de amparo, conforme a lo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, en adelante C.P.Const., siendo aún posible en ese momento presentar la demanda contencioso-administrativa.

A efectos de centrar el análisis jurídico, véase entonces que el origen de la controversia dimana de un procedimiento concursal ordinario, el cual se tramita en dos supuestos: *a)* A solicitud del deudor cuando más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagadas por un periodo mayor a treinta días calendario y además cuando tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 24 de la LGSC; *b)* Asimismo, el concurso también puede ser solicitado por uno o varios acreedores cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos y no hayan sido pagados dentro de los treinta días calendario siguientes a su vencimiento y que en conjunto superen el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias conforme a lo prescrito en el artículo 26 de la Ley número 27809, Ley General del Sistema Concursal. En el caso de autos, lo cierto era que CHIQUITOY por cualquiera de los supuestos, se encontraba en estado de concurso.

Respecto a la demanda de amparo, ésta fue interpuesta el 7 de diciembre de 2007, contra la sociedad concursada y contra CARTAVIO, FODINSA, el INDECOPI de La Libertad, y contra 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 anteriormente detallados, fundamentando su pedido en el hecho que, en la Junta de Acreedores de 6 de diciembre de 2006, de modo arbitrario y a través de un procedimiento irregular, se aprobó la Adenda número 1 por medio de la cual se aprobaron las condiciones para la

reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada, y si bien en la misma adenda se reconoció el derecho de suscripción preferente, 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, entre los cuales estaba la demandante.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía para atender la resolución de la controversia planteada por la demandante, en razón a que en el caso sub-litis, existía una vía procesal específica igualmente satisfactoria, regulada en el artículo 132.2 de la LGSC, considerando además, 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 caso bajo comentario, pues la demandante reconoce expresamente la existencia de un proceso jurisdiccional que podría haber planteado antes de interponer el amparo, pero que no lo ha hecho por razones eminentemente personales. Asimismo la Sala consideró que el plazo para interponer la demanda habría vencido en exceso, pues desde la realización de la Junta de Acreedores, hasta la interposición de la demanda, habían transcurrido más de sesenta días y por lo tanto, el plazo estaría prescrito conforme a lo establecido en el artículo 44 de la C.P.Const.

Posteriormente, mediante Resolución de fecha 17 de septiembre de 2008, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema confirmó el auto de improcedencia de la demanda, manifestando que, dado que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra CHIQUITOY, la vía procedural específicamente es el proceso contencioso-administrativo, la cual se adecúa mejor a la causa en trámite, por cuanto las afirmaciones de la demanda requieren de una estación probatoria que el mencionado proceso aporta, contrariamente a lo que sucede con el amparo que carece de ella.

Finalmente, el TC asumió competencia por la interposición por parte de la demandante, de un recurso de Agravio Constitucional contra la mencionada resolución de la Corte Suprema, y es debido a ello, que se expidió la Resolución de 4 de abril del año en curso, la que nos ha motivado a comentarla pero tan solo parcialmente, es decir, solamente sobre sus aspectos societarios y los directamente conexos con ellos.

No consideramos necesario reproducir la argumentación que obra en detalle en la propia demanda de amparo, ni comentar cada uno de los supuestos derechos fundamentales violados a la luz del derecho procesal constitucional, tarea que se la dejamos a los especialistas. Tampoco es la idea comentar los aspectos netamente procesales esgrimidos en la resolución del TC de fecha 4 de abril de 2011, sino más bien aprovechar la oportunidad para referirnos a los aspectos societarios de la Operación Acordeón, que se concretó y ejecutó por decisión de

la Junta de Acreedores del 6 de diciembre de 2006, llamada de esta forma por la doctrina, por la legislación comparada y por el propio TC, así como sobre los temas que le son conexos, para lo cual, previamente nos debemos ubicar en el contexto dentro del cual, dicha resolución fue expedida.

## II. SUPUESTOS BÁSICOS A TENER EN CUENTA

En el caso bajo comentario, estamos dentro del análisis de la problemática de una sociedad anónima abierta, es decir CHIQUITOY, inmersa dentro de un procedimiento concursal ordinario, razón por la cual, le son de aplicación los principios jurídicos contenidos en el Título Preliminar de la LGSC y que representan el auxilio al cual debe acudir el juez llamado a aplicar el derecho, bajo la óptica del Derecho Concursal, que es una moderna disciplina jurídica, con indiscutibles implicancias económicas.

Dentro de la situación de una sociedad en estado de concurso y bajo un régimen de reestructuración patrimonial, son los acreedores involucrados, y no los accionistas, los llamados a decidir acerca de la viabilidad de ésta dentro del mercado, y son ellos quienes reunidos en Junta, asumen la responsabilidad y las consecuencias de las decisiones que adopten. Debemos dejar de lado en consecuencia, el esquema convencional aplicable a una sociedad no concursada, que se encuentra en plena actividad y desarrollo y en la que es la Junta General conformada por los accionistas la que se convierte en el órgano supremo de decisión, y por lo tanto la que debe adoptar las decisiones, ya sea trascendentales o no, relativas al normal desenvolvimiento de sus actividades económicas. Pero, una vez que la sociedad ingresa a estado de concurso, bajo el marco legal de la LGSC, la figura cambia sustancialmente, pues serán los acreedores reunidos en Junta de Acreedores y no los accionistas, los llamados a tomar tales decisiones, aplicándose preferentemente dicho cuerpo legal y supletoriamente otras normas entre las cuales está la Ley General de Sociedades, en adelante LGS, y el estatuto de la sociedad, el cual mantiene su vigencia siempre que no se oponga a los acuerdos de la Junta de Acreedores o a la LGSC, conforme lo dispone su artículo 63.3, norma legal, que en su párrafo final establece que la Junta de Acreedores sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía.

Como bien se sabe, en nuestro país, a partir del año 1992 se ha desarrollado notablemente la legislación relativa al sistema concursal, el cual ha sustituido al viejo esquema del Código de Comercio de 1902 y posteriormente de la Ley Procesal de Quiebras, número 7566, esquema que conducía inexorablemente a la extinción de las sociedades en crisis económica, con las lamentables consecuencias que ello significaba en materia fabril, laboral, y tributaria, entre otras implicancias.

En el nuevo sistema, y dentro del marco de un procedimiento administrativo, las decisiones sobre el destino de una sociedad cuya situación patrimonial es crítica, es exclusiva responsabilidad de quienes son acreedores titulares de los créditos reconocidos bajo un procedimiento regulado en la LGSC, a los cuales el legislador les ha entregado, la adopción de tales decisiones, para cuyo efecto deberán reunirse en Junta de Acreedores con los requisitos y formalidades correspondientes, dentro de un marco de libertad, pero con responsabilidad plena sobre el éxito o el fracaso de los acuerdos que se adopten.

Uno de los principales principios jurídicos a que hemos hecho referencia, es el contenido en el artículo V del Título Preliminar de la LGSC, en el cual se establece que los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis de la sociedad deudora, pues, el interés colectivo de la masa de acreedores, se superpone al interés individual de cada acreedor por separado. En ese orden de ideas, vemos pues, que la colectividad es la esencia del Derecho Concursal, y por ello se debe entender que cuando se habla de masa concursal, se está haciendo referencia al conjunto de acreedores reconocidos y que por lo tanto, se encuentran hábiles para reunirse en junta y adoptar las decisiones relacionadas con el destino que tendrá el patrimonio de la sociedad concursada, pudiendo intentar su salvataje a través de una restructuración patrimonial o saneamiento, y cuando ello no sea posible, a pesar de los esfuerzos que se hagan, lamentablemente conducir a la sociedad hacia su disolución, liquidación y extinción.

A diferencia de los accionistas, que en un escenario normal de una sociedad en plena actividad y desarrollo, es decir, no encontrándose en estado de concurso, gozan de un conjunto de derechos esenciales o fundamentales de carácter patrimonial y/o político, reconocidos en los artículos 95 y 96 de la LGS, dependiendo si son titulares de acciones con derecho a voto o sin voto, los acreedores debidamente reconocidos, dentro de un procedimiento concursal normado por la LGSC, se convierten en inversionistas circunstanciales y/o forzados, y sustituyendo a los accionistas, deberán participar en las juntas de acreedores que se convoquen, con sus porcentajes de participación respecto de la denominada masa concursal, asumiendo no solo la responsabilidad, sino las consecuencias de las decisiones que se adopten, subsumiendo en su actuación todos los derechos de los accionistas, y ejerciendo el derecho de voto en defensa de sus créditos. En una situación así, y haciendo un paralelo, las acreencias existentes y reconocidas, recibirán el tratamiento que reciben las inversiones expresadas en acciones, y ello, nos lleva a contrastar, para diferenciarlas, y a su vez aproximar, a las Juntas de Acreedores de la LGSC, con las Juntas de Accionistas de la LGS.

Asimismo, consideramos pertinente traer a colación el principio recogido en el artículo X del Título Preliminar de la LGSC por el cual, si bien, el Estado a través del INDECOPÍ debe facilitar y promover la negociación entre acreedo-

res y deudores, debe respetar la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales. En opinión de ROJAS LEO<sup>2</sup>, la presencia del Estado en el sistema concursal es imprescindible, pero su participación debe definirse adecuadamente, pues, podría existir el peligro de una intromisión excesiva.

Es claro que en una colectividad de acreedores inmersos dentro de un concurso, respecto de un patrimonio social determinado, y en el que cada uno de ellos tiene un porcentaje de participación según la cuantía de su crédito, se presenten desigualdades que deben ser atendidas y solucionadas adecuadamente, no solo para el beneficio de todos, sino también en beneficio de la propia sociedad, la que gracias a los acuerdos que se adopten, puede salir de la situación de crisis y reestructurarse plenamente, lo que significa alcanzar un saneamiento económico financiero que haga que la sociedad esté dentro de una situación de equilibrio patrimonial. Al Estado le corresponde facilitar y promover las condiciones de negociación, pero prohibiendo que su actuación vulnere la autonomía privada en la toma de decisiones, aún cuando estas sean trascendentales y significativas, y por ello, en ningún caso, le corresponde sustituirse en la voluntad de los privados, pues, son únicamente estos quienes deben adoptar las decisiones.

### III. LA JUNTA DE ACREDITORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO

Primeramente, debemos tener en cuenta que si la junta de acreedores se siona y hace uso de las atribuciones referidas en el artículo 50.4 de la LGSC, es obvio que previamente se ha instalado como órgano social con agenda única. Al efecto, conforme al artículo 43 de la LGSC, una vez que se han hecho públicos los reconocimientos de crédito por la Secretaría Técnica de la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI y que por lo tanto, se han dado a conocer los titulares de los créditos debidamente reconocidos, debe convocarse por primera vez a la Junta de Acreedores con los requisitos legales correspondientes, debiendo ser la instalación de la misma, el único tema de la agenda, para que en adelante, actúe como el máximo órgano de la sociedad concursada.

Como bien señala ROJAS LEO<sup>3</sup>, las Juntas de Acreedores son reuniones privadas que deciden sobre intereses particulares, y si en ellas interviene la autoridad administrativa, es decir, la Comisión del INDECOPI, es únicamente para los

---

<sup>2</sup> ROJAS LEO, Juan Francisco, *Comentario a la Ley General del Sistema Concursal*, Ara Editores EIRL, Lima-Perú, primera edición octubre de 2002, pág. 35.

<sup>3</sup> ROJAS LEO, *op. cit.*, pág. 155.

efectos de garantizar el cumplimiento de las formalidades requeridas por la ley para la adopción de los acuerdos que se requieren, según las circunstancias de la sociedad en estado de concurso.

Asimismo, es importante citar el artículo 44 de la LGSC, pues en dicha norma se ratifica la naturaleza privada de la Junta de Acreedores e identifica cuáles son los acuerdos con relevancia para el concurso, es decir, en primer lugar, la decisión sobre el destino del deudor, la aprobación del Plan de Reestructuración y/o del Convenio de Liquidación, y el Acuerdo Global de Refinanciación, así como sus modificaciones, siendo obligatoria la participación de un representante de la Comisión, debiendo realizarse las sesiones respectivas de la Junta con los *quórum*s de instalación y las mayorías exigidas para la adopción de acuerdos. En estas Juntas puede participar también un representante acreditado de la sociedad concursada, pues también tiene el derecho de manifestar su posición y expresar sus impresiones con respecto a cada una de las propuestas en debate, no teniendo en ningún caso, derecho a voto o algún otro privilegio.

Asimismo, conforme al artículo 50.6, de la LGSC, la Junta no podrá acordar la modificación del destino del deudor o de su patrimonio, salvo que efectúe las acciones necesarias para dejar el estado de insuficiencia patrimonial o de cesación de pagos previstos en la ley como causales de liquidación directa. En otras palabras, la Junta no puede cambiar la decisión de disolución y liquidación, salvo que como Junta adopte las decisiones necesarias para superar o corregir el estado de pérdida patrimonial con el que fue sometido el deudor al concurso, para lo cual se requerirán, entre otras medidas correctivas, los aportes de capital y/o las capitalizaciones que sean necesarias para alcanzar una situación de equilibrio patrimonial.

Respecto a las capitalizaciones de las acreencias, esta es una posibilidad que se deriva del mencionado artículo 50.6, pues prácticamente se convierten en los aportes necesarios para revertir el estado de pérdida patrimonial y para evitar la disolución y liquidación y su necesidad deberá demostrarse ante la autoridad concursal, como condición previa a su discusión y debate y eventual aprobación en la Junta de Acreedores, y si la sociedad concursada cuenta con Directorio, aplicándose supletoriamente el artículo 214 de la LGS, se requerirá de un informe de éste, que sustente la conveniencia de recibir tales aportes y además reconocer el derecho de los accionistas a realizar aportes dinerarios por los montos que les permitan a los demás accionistas, mantener sus porcentajes accionarios.

Otra norma importante a tener en cuenta es que conforme al artículo 52.1 de la LGSC, únicamente podrán tratarse en la Junta, bajo sanción de nulidad, los temas consignados en la agenda de la convocatoria, con excepción de las que se consideran juntas universales, pues en ellas se cuenta con la asistencia del 100 por 100 de los créditos y con el voto a favor de la totalidad de los representantes que concurran.

También es importante tener en cuenta la norma del artículo 53.1 de la LGSC, por la cual, aquellos acuerdos para los que la LGS exija mayorías calificadas, y que son aquellos a los que se refiere su artículo 126, que a su vez se remite al 115, se adopten en primera convocatoria, necesariamente con el voto favorable de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66,66 por 100, y en segunda convocatoria, con el voto favorable del 66,66 por 100 de los asistentes.

Finalmente, es importante tomar en cuenta las normas del artículo 55 de la LGSC sobre formalidades, contenido, aprobación y validez de las actas en las que consten los acuerdos de las Juntas de Acreedores, las cuales se deben acatar rigurosamente.

#### IV. EL NECESARIO PASO POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO VÍA PREVIA AL AMPARO

Consideramos necesario hacer un deslinde previo inicial, y en ese sentido, desde ya afirmamos que no podemos estar de acuerdo con la sentencia del TC de fecha 4 de abril de 2011, a la que se llega gracias al voto decisivo o dirimente del Presidente del TC, por haberse producido un empate entre la posición apoyada por tres votos, por la cual se declara fundada la demanda, lamentando que no se haya inclinado la Presidencia a favor de la posición que declara improcedente la misma, que también fue apoyada por tres votos, y con cuyo sentido, estamos plenamente de acuerdo.

En consecuencia, al haberse declarado fundada la demanda, supuestamente por haberse vulnerado los derechos de la recurrente, a la propiedad, a la libre iniciativa privada, a la asociación, al debido proceso corporativo privado y a la interdicción a la arbitrariedad, como consecuencia de ello, se ordena a las «empresas emplazadas» que cumplan con restituir a la demandante, la titularidad de todas las acciones que poseía, entendemos que en CHIQUITOY, antes de los acuerdos anulados en la sentencia, y por ende, que se le restituya en su calidad de accionista, con todos los derechos que de dicha condición se derivan.

Por no coincidir en ninguna forma con lo resuelto por el TC, en lugar de pasar a criticar o cuestionar la motivación y la fundamentación de la resolución, preferimos mostrar las razones por las cuales estamos de acuerdo con la posición que propugnó la improcedencia de la demanda, que es en nuestra opinión, la forma en que debió concluir este proceso, en razón a que consideramos como necesario e insoslayable, el paso por el proceso contencioso administrativo, como vía previa al proceso de amparo constitucional, y llamar la atención sobre la deficiente redacción de su parte resolutiva, pues, antes de ordenar la restitución de los derechos de un accionista, se debían anular expresamente los acuerdos impugnados, y no al revés.

El sustento de nuestra posición es que consideramos que se encuentra plenamente vigente desde octubre del año 2002 la norma del artículo 132.2, de la LGSC en la cual, expresamente se señala que las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, como es el caso de las impugnaciones contra los acuerdos de la Junta de Acreedores de CHIQUITOY, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso-administrativo, y por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas, como es el caso del recurso de amparo constitucional, para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la LGSC, y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos. Dicha norma es concordante con lo señalado en el mismo sentido por el artículo 218 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y con el artículo 18 de la Ley 27584, que es la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo.

A mayor abundamiento, el criterio fijado en las normas concordadas anteriormente mencionadas, ha sido ratificado incluso por acuerdo adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República en sesión del 22 de diciembre de 2005, por lo cual, se regula la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procedimientos concursales el cual a la letra dice: (...) «Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento concursal tiene como objetivo la permanencia de la unidad productiva, protección del crédito y patrimonio de la empresa, regulando el trámite de procedimientos administrativos a cargo de la autoridad concursal y relacionándolo con la actividad del Poder Judicial, en ese contexto, a las Salas Civiles de las diversas Cortes Superiores de Justicia del país les corresponde conocer, conforme al numeral ciento treinta y dos de la ley de la materia, de las resoluciones emanadas en última instancia por el Tribunal del INDECOPI, en la vía del proceso contencioso-administrativo; (...)».

Aplicando este criterio, hizo bien la Sala Civil de la Corte Superior y la Sala Suprema en segunda y última instancia, en declarar improcedente liminarmente la acción de amparo interpuesta con el objetivo de invalidar los acuerdos de la Junta de Acreedores adoptados dentro del marco legal de la LGSC.

Como bien acota ESPINOZA y ATOCHE<sup>4</sup>, «podemos señalar que, luego de agotarse la vía administrativa en un procedimiento concursal, el administrativo no tiene la alternativa de acudir a la vía del amparo, en lugar de recurrir a la vía contencioso-administrativa. La opción natural y propia para la tramitación de cuestionamientos relativos a acuerdos y resoluciones derivadas de la aplicación de la LGSC, es la segunda de aquéllas, es decir, la vía contencioso-

---

<sup>4</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, y ATOCHE FERNÁNDEZ, Prado en la *Ley General del Sistema Concursal, Análisis exegético*, Editorial Rodhas, Lima-Perú, primera edición abril de 2011, pág. 901.

administrativa, no solo por así disponerlo expresamente el artículo 132 de la LGSC, sino además por la naturaleza residual y excepcional que caracterizan a los procesos constitucionales como el amparo.

Conforme a lo expuesto, vemos pues, que hay una instancia competente específica, es decir, el proceso contencioso-administrativo, que justamente existe para cuestionar las decisiones de los entes administrativos (Comisión y Tribunal del INDECOP, en este caso), antes de recurrir a los procesos constitucionales.

Coinciendo, como ya lo hemos adelantado, con la posición de la improcedencia asumida por tres votos, es pertinente traer a colación lo expuesto por Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS en el punto noveno de su voto singular, en el sentido que hay reiterada jurisprudencia del TC desde hace varios años, en la que se ha dicho y repetido hasta el cansancio, que el amparo no es alternativo sino residual y que no proceden los procesos constitucionales, citando al efecto, el artículo 5.2 del CPCConst., cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *habeas corpus*, que no es el caso.

En cuanto al voto singular de los magistrados URBIOLA y CALLE coinciden en lo fundamental con Ricardo BEAUMONT, invocan igualmente el artículo 5, inciso 2 del CPCConst, anteriormente comentado, y concluyen que en el caso de autos, tratándose de una resolución emitida por la administración, en este caso el Tribunal de INDECOP, en segunda y última instancia, la vía correspondiente es la contencioso-administrativa, por ser igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, es decir, que si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria, que también tienen la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, previamente debe acudir a ellos, debido al carácter residual del proceso de amparo, en cumplimiento del precedente vinculante recaído en el expediente número 00206-2005-PA/TC.

De nuestra parte, consideramos que cabe también invocar el artículo 5, inciso 1 del CPCConst., el cual dispone la improcedencia cuando «los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado». El análisis de ambos incisos del artículo 5.<sup>o</sup> del Código Procesal Constitucional nos lleva a lo siguiente: *a)* Respecto al numeral 1, que la reducción del capital a 0 «operación acordeón» y la subsiguiente capitalización de acreencias supuestamente vulneró el derecho de suscripción preferente, y que éste es un derecho fundamental directo; *b)* Respecto al numeral 2, que será improcedente si existen vías procedimentales igualmente satisfactorias.

Sin embargo, en la sentencia del TC que se comenta, puede apreciarse en el segundo párrafo del fundamento 13 respecto a la causal de improcedencia por

la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, que el Tribunal Constitucional indica: «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». Véase entonces que el Tribunal Constitucional admite la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, pero a la vez señala que lo considera procedente no por la causa *per se*, sino en interés de la sociedad, entiéndase comunidad para no confundir el vocablo con sociedad en sentido de la LGS.

Hay una segunda razón de peso para coincidir en la posición que propugnó la improcedencia de la acción de amparo y es la que se funda en el hecho que a la fecha de la interposición de la demanda, es decir, al 7 de diciembre de 2007, habían transcurrido más de sesenta días hábiles de producida la afectación, la que supuestamente se consumó con la resolución del Tribunal de INDECOPÍ de fecha 29 de agosto de 2007, la que quedó firme con su notificación, por ello, conforme al artículo 44 del C.P.Const., el plazo para interponer dicha acción se encontraba prescrito. Hizo bien, pues, la Sala Superior y la Sala Suprema en también rechazar liminarmente la acción de amparo por esta causal específica.

## V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL COMO HECHO OBJETIVO EN UNA SOCIEDAD EN ESTADO DE CONCURSO

Partimos del supuesto que CHIQUITOY, a la fecha de realización de la Junta de Acreedores, es decir, al 6 de diciembre de 2006, se encontraba en una seria o grave situación económico-financiera, por no denominarla «insolvencia», que es el término que usa el TC, consideramos que se encontraba en una situación de desequilibrio patrimonial, que la llevó a hacer uso de la denominada Operación Acordeón, que consiste primero, en reducir el capital a cero, e inmediatamente en la misma sesión aumentar el capital social con la modificación estatutaria correspondiente. Previamente, es pertinente definir el concepto de desequilibrio patrimonial, para lo cual debemos abordar dos temas: la situación de equilibrio patrimonial de una sociedad y el llamado hecho contable. Se dice que la sociedad cualesquiera que sea, se encuentra en una situación de equilibrio patrimonial cuando los elementos que conforman su patrimonio, en un momento

dado o específico, se encuentran en estabilidad, debido a que existen activos suficientes para cubrir los pasivos, y su patrimonio neto está por encima del capital social. En caso contrario, cuando carece de estabilidad por no tener los activos necesarios y tener un patrimonio neto inferior al capital social, decimos que la situación es de desequilibrio. Así, tenemos que en la estabilidad máxima solo existen obligaciones con los propietarios y no con terceros o acreedores; y en la estabilidad normal, las obligaciones son razonables y basadas en la prudencia, en función de los flujos futuros de ingresos, para su amortización y pago.

En una situación de desequilibrio patrimonial existen deudas que no se pueden solventar con los ingresos propios del negocio y, por tanto, pérdidas muy elevadas que se acumulan año a año, careciéndose de recursos para salir de situaciones complejas o críticas, acudiendo al crédito bancario o de terceros para financiar las inversiones, y, lo que es más grave aún, para financiar los gastos y costos directos e indirectos. En el desequilibrio máximo, o quiebra total, el patrimonio neto es negativo, se ha perdido la totalidad del capital social, y por lo tanto las acciones no tienen ya valor, los activos son ficticios o inexistentes, y la sociedad no tiene forma de enfrentar sus deudas.

Otro aspecto previo a tratar es el llamado hecho contable, que es un hecho descriptivo de las variaciones del patrimonio o riqueza de la sociedad y, por lo tanto, debe ser captado, medido, valorado y expresado a través de la contabilidad y los estados financieros. Estas variaciones pueden ser: *a)* cualitativas, si ocasionan variaciones en la composición de las inversiones o medios de financiación, pero no alteran la cuantía total de dichas inversiones o fuentes de financiación; *b)* cuantitativas, cuando ocasionan variaciones en el patrimonio neto, bien aumentándolo, bien disminuyéndolo; y *c)* cuantitativas-cualitativas, en las que, además de modificar el patrimonio neto, hay permuta entre los distintos elementos patrimoniales.

Con los elementos que anteceden se podría definir el desequilibrio patrimonial en las sociedades, describiéndolo como el hecho contable que refleja variaciones cuantitativas en el patrimonio neto de la empresa y genera que a ésta le sea imposible cumplir con sus deudas u obligaciones frente a terceros.

Este desequilibrio patrimonial de la empresa plantea como hechos contables dos posibilidades, que se engloban en: *a)* situaciones de déficit patrimonial, en las que el pasivo es superior al activo —las más frecuentes—; y *b)* situaciones de superávit patrimonial, en las que, por el contrario, el activo es superior al pasivo, pero la situación financiera es crítica por falta de liquidez. Ambas situaciones pueden conducir a la sociedad a un estado de concurso bajo el marco legal de la LGSC, pues no puede cumplir con pagar regularmente sus deudas comerciales, peligmando su estabilidad o supervivencia dentro de la dinámica del mercado. En el caso de CHIQUITOY el hecho de estar en estado de concurso, tener una difícil situación económico-financiera, probablemente estar con patri-

monio neto negativo y tener importantes acreedores clase C como CARTAVIO y FODINSA, que están dispuestos a capitalizar sus créditos con cargo a recibir acciones, todo ello hace que estén en una situación *ad hoc* para aprobar una Operación Acordeón.

## **VI. MEDIDAS CORRECTIVAS GENÉRICAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR EN UNA SITUACIÓN DE DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL**

En una sociedad anónima que no se encuentre en estado de concurso, pero en una delicada situación económica o financiera, le corresponde a la Junta de Accionistas tomar las decisiones para intentar evitar la disolución y su posterior liquidación, más aún, cuando las pérdidas acumuladas hayan reducido el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital social pagado, o en una situación extrema, cuando su patrimonio neto sea negativo, y que todo el capital se haya perdido por efecto de las pérdidas acumuladas.

En el caso de CHIQUITOY, como se encuentra en estado de concurso bajo un régimen de reestructuración patrimonial, su situación es diferente, pues ya está bajo el marco legal de la LGSC y no de la LGS, y en lugar de Junta de Accionistas, su órgano máximo llamado a tomar las medidas correctivas es la Junta de Acreedores. Ahora bien, siendo al fin y al cabo el propósito u objetivo, corregir una situación de desequilibrio patrimonial, las medidas correctivas genéricas que se pueden adoptar en ambos regímenes son las siguientes:

### **1. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL POR NUEVOS APORTES DINERARIOS**

La medida más utilizada para revertir el desequilibrio patrimonial que afrontan las sociedades y así mejorar la relación entre el patrimonio neto y el capital social es aumentar este último, ya sea por aportes de los accionistas o invitando a participar a nuevos inversionistas. Este aumento se ejecuta a través de la creación, emisión y suscripción de nuevas acciones del mismo valor nominal, para, a través de un procedimiento de colocación, recibir nuevos recursos, los que se incorporan al activo de la sociedad y, por ende, al patrimonio social.

### **2. AUMENTO DE CAPITAL POR APORTES NO DINERARIOS**

A este tipo de aumento les son aplicables las disposiciones generales establecidas en el libro primero de la LGS, como las referidas a exigir constancias de valorización, asunción de riesgos, etc. Asimismo, se debe reconocer el derecho

de realizar aportes dinerarios por un monto que permita a todos los accionistas ejercer su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capital. Con esta modalidad también se mejorará el patrimonio neto y su relación con el capital social.

### **3. OTRAS MODALIDADES DE AUMENTO DE CAPITAL**

Si existiera una reserva legal y reservas estatutarias o voluntarias, es posible capitalizarlas, medida que implicará la creación y emisión de nuevas acciones, las que serán entregadas como acciones liberadas de aporte, a los accionistas. Sin embargo, este tipo de decisión no significará la mejora del patrimonio neto, dado que esos recursos ya existían como parte integrante de éste, pero sí implicará una mejor presentación de la sociedad en sus relaciones con los terceros que contraten con ella.

### **4. CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD**

Si se capitalizan créditos de terceros por deudas que tenga la sociedad con ellos, o por bonos, sin duda se mejorará el patrimonio neto, al reducirse en el pasivo las obligaciones frente a terceros. Dichas capitalizaciones se deben sujetar a las normas establecidas en los artículos 213 y 214 de la LGS.

### **5. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL**

Una opción a la que se puede recurrir también para compensar la pérdida acumulada contra el capital social es que la Junta General de Accionistas —ya sea por decisión voluntaria o por encontrarse obligada a tomar dicha decisión al entrar en la hipótesis regulada por el art. 220 de la LGS— acuerde su reducción, afectando proporcionalmente las acciones representativas del capital social que pertenecen a los accionistas. Esta reducción se puede ejecutar, o bien anulando acciones en forma proporcional, o bien reduciendo el valor nominal de las acciones existentes, y en cualquiera de las dos modalidades, los accionistas habrán sacrificado una parte significativa de su inversión, pero con la contrapartida beneficiosa de anular o reducir sustancialmente la pérdida acumulada y, por ende, mejorar la relación entre el capital social y el patrimonio neto. Es preferible, para los inversionistas, tener menor número de acciones en una sociedad sólida o solvente, que un número mayor de acciones en una sociedad en crisis patrimonial por efecto de las pérdidas. Ahora bien, si la pérdida es cuantiosa y supera el capital social los accionistas habrán perdido toda su inversión, y si

no se toman las medidas correctivas necesarias, indefectiblemente la sociedad tendrá que liquidarse.

## 6. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL A 0 (CERO) E INMEDIATO AUMENTO DE CAPITAL, QUE ES LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN

Si la gravedad de la situación económica y financiera lo amerita, por ejemplo, cuando se ha perdido la totalidad del capital por efectos de las pérdidas, lo cual se comprueba con un estado financiero que se denomina Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, el cual se basa en la contrastación del capital social con el patrimonio neto y el resultado es negativo, pues las pérdidas acumuladas reflejadas en el patrimonio neto superen la cifra del capital social, una estrategia corporativa que se puede seguir con el propósito de corregir la situación de desequilibrio patrimonial grave, es sincerar el capital social, y en ese sentido reducir el capital a cero, con lo cual las acciones no tendrían ya ningún valor y por lo tanto todas ellas se anularían, y acto seguido, en la misma junta acordar el aumento del capital social, ya sea con nuevos aportes de los accionistas o de terceros, el cual es difícil de lograr, o a través de la capitalización de las deudas de la sociedad frente a terceros, o lo que es lo mismo, la capitalización de los créditos de los terceros contra la sociedad. Cuando todo ello se hace en una misma y única junta, se le conoce en el argot societario como Operación Acordeón, la que en el caso de nuestro ordenamiento legal, no está regulada en la LGS, pero tampoco está prohibida, y debido a ello se utiliza con relativa frecuencia.

## 7. RENEGOCIACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD

Esta es una opción, más que todo, de administración y gerencia, a través de la cual se renegocian básicamente los pasivos exigibles de corto plazo, es decir, los que deben ser pagados en un periodo menor a un año, incluyendo salarios, impuestos, préstamos a corto plazo y las sumas adeudadas a los proveedores de bienes y servicios, para de esa manera recuperar capacidad de crédito. Evidentemente, esta estrategia de renegociación podrá incluso incluir la condonación o reducción de los intereses acumulados y la eliminación de penalidades que puedan comprometer seriamente la marcha de la sociedad. De lograr estos ajustes en el pasivo del balance, ello evidentemente también hará que mejore el patrimonio neto y su relación frente al capital social.

## 8. NEGOCIACIÓN DE LOS ACTIVOS TANGIBLES O INTANGIBLES

Otra forma de revertir un desequilibrio patrimonial es negociar en los mejores precios posibles los activos de la sociedad que puedan hacerse líquidos con relativa rapidez, llámense activos fijos, inversiones en valores mobiliarios y bienes intangibles como los signos distintivos que le pertenecen a la sociedad (marcas, lemas, modelos, diseños, etc.). Con la liquidez obtenida se podrán hacer prepagos de sus obligaciones en las mejores condiciones que se puedan obtener, por su amortización y pago al contado, lo cual también mejorará el patrimonio neto de la sociedad al reducirse el pasivo del balance, en la medida en que se obtengan ventajas especiales por dicha amortización y pago.

## VII. LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN COMO UNA OPCIÓN LEGAL, Y REQUISITOS DE VALIDEZ

En primer lugar comenzaremos por realizar una breve definición de la «Operación Acordeón» que es entendida como la reducción y aumento de capital social de manera simultánea, conocida también por algunos sectores de la doctrina como reintegración del capital, con el fin de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto.

La Operación Acordeón tiene una naturaleza compleja, que se compone de diversos actos condicionados entre sí y que constituye una técnica abstracta establecida en garantía del mantenimiento de la cifra mínima de capital social y usualmente, como bien señala el profesor BELTRÁN<sup>5</sup>: «(...) tiene pleno sentido como medida de saneamiento, en aquellos supuestos en que las pérdidas patrimoniales de la sociedad sean cuantiosas: mientras con la reducción (nominal) del capital se elimina o, al menos, se reduce el desequilibrio existente entre el valor del patrimonio neto y la cifra del capital social, con el aumento (efectivo) de éste se consiguen los recursos necesarios para la continuación de la actividad social». Para el mencionado jurista español, la Operación Acordeón puede acordarse cualquiera que sea la cuantía de las pérdidas sufridas, pero el supuesto más relevante es aquel en que, como consecuencia de la pérdida íntegra del capital social, éste se reduce a cero.

Esta figura también es conocida en la doctrina francesa como *coup d'accordeón* (golpe de acordeón), la cual según MERLE citado por REYES VILLAMIZAR<sup>6</sup> consiste en efectuar una drástica reducción de capital en una sociedad

---

<sup>5</sup> BELTRÁN, Emilio, «En torno a los requisitos de la Operación Acordeón», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 199-200, 1991, pág. 76.

<sup>6</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pág. 366.

insolvente, a la que sigue una emisión primaria de acciones para permitir el ingreso de un inversionista estratégico.

En este mismo sentido, el jurista argentino VERÓN<sup>7</sup> afirma que la Operación Acordeón: «(...) intenta superar la causal de disolución prevista en el artículo 94 de la Ley argentina, y tiene por finalidad el saneamiento patrimonial de un ente con pérdidas que, por su magnitud, han absorbido una fracción considerable del capital social como cifra de retención consagrada en garantía de los acreedores sociales, lo que no obsta a considerar que ha servido también para instrumentalizar reorganizaciones societarias, transmisión de sociedades, toma de control social, como fase previa a una fusión, etc., e incluso su uso desviado para desembarazarse de minorías molestas».

Finalmente, respecto a la definición cabe señalar que autores como BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ<sup>8</sup>, señalan que: «(...) fue practicada con frecuencia en el ámbito bancario para resolver situaciones de crisis, y que consistía en que la sociedad afectada, que se encontraba prácticamente en quiebra, reducía su capital hasta (...). Simultáneamente, se adoptaba el acuerdo de elevar el capital en la cifra necesaria para reflotar la sociedad mediante las aportaciones de los socios, antiguos o nuevos, recuperando así los recursos propios de la sociedad para hacer posible la continuidad de ésta y la explotación de la empresa».

Siendo así, es necesario, en primer lugar, establecer claramente el supuesto de hecho que se tiene que dar en torno a una sociedad para poder aplicar o llevar a cabo una operación acordeón. Tal supuesto es, en nuestra opinión, que la sociedad tenga pérdidas mayores o iguales al monto del capital social, para que al momento de compensar dichas pérdidas con el capital social, este se reduzca a cero, y las acciones representativas de dicho capital, que ya carecen de valor, sean canceladas, lo cual no significa que se extinga la condición de accionista, pues, si se exige la simultánea decisión de aumentar el capital, sus titulares conservan el derecho de voto y el derecho de suscripción preferente para suscribir las nuevas acciones.

Una vez reducido el capital y canceladas las respectivas acciones, se deberá de manera inmediata (simultánea) aumentar el capital social mediante nuevos aportes, entendiendo que consideramos como una modalidad de estos, a las capitalizaciones de créditos contra la sociedad. Es por ello, que doctrinariamente se reconoce que es requisito indispensable la reducción y aumento de capital de manera simultánea, en un solo acto, es decir, en una misma junta, ya sea de accionistas o de acreedores.

---

<sup>7</sup> VERÓN, Víctor Alberto, *Tratado de las Sociedades Anónimas*. Tomo V. *La Ley*. Buenos Aires, 2008, pág. 211.

<sup>8</sup> BROSETA PONT, Manuel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, 2009, pág. 465.

Respecto a los requisitos para llevar a cabo este tipo de operaciones, es importante reiterar que no tiene una regulación específica en nuestra legislación societaria, por lo que es claro que para llevar a cabo ese tipo de operaciones será necesario cumplir con los requisitos legales tanto de la reducción como del aumento de capital, es decir, cumplir con las exigencias legales de la LGS y en todo caso del estatuto social.

Respecto a la finalidad que se busca con la implementación de este tipo de operaciones, comentaremos a manera de ejemplo el caso español, el cual según MEMENTO PRÁCTICO<sup>9</sup>, existen dos supuestos en los que procede la operación acordeón y estos son: i) que como consecuencia de la compensación de las pérdidas con el capital social, éste quede por debajo del mínimo legal, y ii) que la reducción de capital lo lleve a 0.

No obstante lo anteriormente expuesto, otros supuestos prácticos en los que la operación acordeón puede ser de mucha utilidad son:

- Cuando los accionistas han decidido desligarse de la sociedad mediante la liquidación de sus acciones y la ulterior cesión de la pura estructura formal de la sociedad, lo cual también se podría conseguir por la transferencia de las acciones, pero podría ser frustrado por la negativa de algún o algunos accionistas.
- Cuando se trate de reemprender la actividad mercantil, por parte de una sociedad adormecida o de una sociedad con pérdidas, cuyos antiguos socios, por sí solos o con el concurso de nuevos accionistas, realizan mediante la Operación Acordeón una auténtica refundación de la sociedad que puede resultarles, en algunos supuestos más beneficioso que la disolución de la sociedad y la constitución de una nueva, en vista que, por ejemplo, podrían aprovechar el crédito fiscal.

Por su parte, VIGIL<sup>10</sup>, señala como otras razones válidas para que una sociedad opte por llevar a cabo una operación acordeón, las siguientes:

- «1. *Salvar el intangible: Una empresa puede haber estado bien posicionada durante muchos años, quizás haya gozado de una posición de dominio en el mercado y debido a factores exógenos o a malas prácticas corporativas, se encuentre ahora en una situación difícil; por ello, consciente de superar esta situación, decide no salir del mercado sino rediseñarse en él, a través de la Operación Acordeón.*

---

<sup>9</sup> DE CÁRDENAS SMITH, Carlos; DUTILH CARVAJAL, José María y otros, y MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre, *Sociedades Mercantiles*, Aranzadi Editorial, 2002, pág. 243.

<sup>10</sup> VIGIL OLIVEROS, Enrique, «La Operación Acordeón. Una visión desde el derecho corporativo», en *Actualidad Jurídica*, Tomo 120, febrero de 2011, publicación periódica de *Gaceta Jurídica*, Lima, Perú, pág. 356.

(...)

2. *Eliminar a las minorías: Otra razón íntimamente ligada a la anterior, es eliminar a las minorías, entendiéndose esta figura como una estrategia utilizada solamente para el beneficio de la sociedad y no con el objetivo de excluir a los socios minoritarios por intereses particulares de los socios mayoritarios, y por ello esta elección debe ser cuidadosamente realizada y sin que exista ocultamiento de información financiero-contable o se hayan generado simulaciones de créditos en cuyo caso cualquier accionista minoritario podría recurrir a la autoridad competente y solicitar la impugnación de los acuerdos adoptados y la posterior nulidad de los actos jurídicos celebrados. Pero también es cierto que cada vez son más contadas las maniobras de los accionistas minoritarios que impiden el sostenimiento y crecimiento de las sociedades a través de sus decisiones en las juntas de socios, y es allí donde la Operación Acordeón es una estrategia útil para preponderar el interés social frente a los intereses particulares de los socios.*

Sin embargo, reconocidos juristas internacionales como REYES VILLAMIZAR consideran que con la aplicación de la Operación Acordeón se puede permitir una capitalización abusiva en las sociedades, que permitiría la perpetuación de un abuso de derecho por parte de los accionistas mayoritarios en contra de los minoritarios. Es decir, la operación acordeón puede ser un instrumento para cometer abusos en contra de las minorías, situación que consideramos no debería suceder. Dicho jurista sustenta su posición de la siguiente forma: «*(...) el aumento del capital podría no tener más objetivo que el de minimizar el porcentaje de participación de un socio, del cual se sabe desde ya que no podrá suscribir; si así ocurriera, el derecho social al aumento y el proceso no sería ejercido con este fin lícito sino con el propósito perverso de provocar la dilución del aporte de algún socio, para lo cual se aparenta una necesidad de capital fresco que en la realidad es inexistente.*».

A manera de resumen, se podría afirmar válidamente que, si bien la Operación Acordeón puede ser una herramienta muy útil para los accionistas y en general beneficiosa para la sociedad, ésta debe ser hecha con precaución, puesto que su mala aplicación podría significar su transformación en un mecanismo de abuso de poder de las mayorías en las sociedades.

No menos cierto es que el análisis sería inconcluso si omitiéramos referirnos al derecho de suscripción preferente respecto de las nuevas acciones que se crean y emitan como consecuencia del acuerdo de aumentar el capital social, ello en atención a que tanto en la demanda como en la sentencia se ha señalado que la Junta de Acreedores se limitó el ejercicio de dicho derecho afectándose la calidad de accionista de la amparista, conculcando su derecho fundamental a

la propiedad, a la libertad de empresa, a la iniciativa privada, etc. Es pertinente destacar al respecto, que el derecho de suscripción preferente es una opción o potestad que incluso tiene el carácter de derecho fundamental o esencial, pero es potestativo hacer uso de este derecho, incluso se puede renunciar a él expresa o tácitamente, o negociarlo, pues, al ser un derecho con contenido económico puede incluso representarse en certificados o títulos destinados a su circulación. Si fuera un derecho constitucional, no podría ser objeto de excepciones, renuncia ni de pacto en contrario conforme ocurre con la exclusión del derecho de suscripción preferente en la sociedad anónima abierta a que se refiere el artículo 253 de la LGS, conforme al cual en el aumento de capital se podrá establecer que los accionistas no tienen derecho preferente para suscribir las acciones que se creen siempre que, entre otros requisitos, el acuerdo cuente con el voto favorable de no menos el 40 por 100 de las acciones suscritas con derecho a voto.

Tampoco existe el derecho de suscripción preferente para los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, ni en los aumentos de capital por conversión de obligaciones en acciones, y no existe tampoco en los aumentos de capital que se ejecutan cuando se hace uso de las opciones a que se refiere el artículo 103, ni en los casos de reorganización de sociedades previstos en la LGS.

Como ya hemos mencionado, los derechos fundamentales son irrenunciables y no admiten excepciones, y es más, en otras legislaciones, predominantemente del *common law*, no existe la figura del derecho de suscripción preferente, lo cual nos lleva a considerar que en la sentencia del TC no se ha hecho una reflexión correcta sobre los alcances de este derecho.

## VIII. POLÉMICA SUSCITADA A RAÍZ DE SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La estrategia corporativa de reducir y aumentar el capital de manera simultánea se reguló en una primera instancia por la Ley de Sociedades Anónimas<sup>11</sup>, en su artículo 169, que establecía lo siguiente:

«Artículo 169. Reducción y aumento del capital simultáneos.

1. *El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal solo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima. En*

---

<sup>11</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).

*todo caso habrá de respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas.*

2. *La eficacia del acuerdo de reducción quedará condicionada, en su caso, a la ejecución del acuerdo de aumento del capital.*
3. *La inscripción del acuerdo de reducción en el Registro Mercantil no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de transformación o de aumento de capital, así como, en este último caso, su ejecución».*

Con la incorporación de la norma legal antes transcrita, se puso fin a las discusiones en torno a la legalidad de este tipo de operaciones.

Como se sabe, dicha Ley está derogada y ha sido sustituida por la Ley de Sociedades de Capital<sup>12</sup>, la cual también recoge a la operación acordeón de la siguiente forma:

«Artículo 343. *Reducción y aumento del capital simultáneos.*

1. *El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal solo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima.*
2. *En todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios».*

Es evidente que, en ambos artículos resalta como requisito indispensable la simultaneidad de los acuerdos y el carácter unitario de la operación, siendo claro el condicionamiento de la existencia del aumento para la procedencia de la reducción a cero del capital social. Sin embargo, como señala el profesor BELTRÁN<sup>13</sup>, con la regulación de dicha figura no se zanjaron todas las discusiones en torno a la Operación Acordeón, quedando pendientes otras cuestiones entre las que destaca la determinación de los requisitos de validez de la operación; y al respecto señala que: *«Para esa determinación resulta obligado partir de la discusión existente con anterioridad a la Ley de reforma, entre los partidarios de exigir un acuerdo unánime de los socios, posición que llegó incluso a plasmarse en la jurisprudencia, y los que estimaban que era suficiente el acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos previstos para las modificaciones estatutarias».*

En otras palabras, la polémica se planteó en que para algunos doctrinarios era necesario, para que la Operación Acordeón prospere, además de la simultaneidad, que todos y cada uno de los accionistas presten su consentimiento

---

<sup>12</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

<sup>13</sup> BELTRÁN, *op. cit.* pág. ...

individual, y que esta figura sea un caso de excepción al principio de la voluntad social a la que se llega con el acuerdo adoptado válidamente en la junta con la mayoría de votos requerida. La posición predominante que apoya BELTRÁN es que si para el acuerdo de disolución de la sociedad, que es el caso más grave, es suficiente el acuerdo de la mayoría, válidamente adoptado con los requisitos de convocatoria y *quórum* exigidos, igual debe suceder con la Operación Acordeón, sobre todo cuando a ella se garantiza la continuidad de sus actividades empresariales.

Dentro de los fundamentos que en la doctrina española se utilizaron para defender la tesis de la unanimidad de todos los accionistas encontramos principalmente que los accionistas tienen derecho a conservar en todo momento tal condición y que solo con su consentimiento se puede reducir su condición de socio a la mera titularidad del derecho de suscripción preferente, además señala que los accionistas que quieran mantener dicho status se ven obligados a suscribir acciones en el aumento de capital, con lo cual indirectamente se le están imponiendo obligaciones sin su consentimiento.

Según BELTRÁN<sup>14</sup>: «*Ninguno de esos argumentos puede mantenerse. Partiendo del dato de que la sociedad que ha perdido todo su capital no es una sociedad extinguida y ni siquiera disuelta, la reducción de capital social a cero no constituye un supuesto de privación ilegítima de la condición de socio, sino, simplemente una manifestación de la participación del accionista en las pérdidas sociales hasta el límite de su aportación. (...) Dicho consentimiento solo podrá reputarse necesario cuando la sociedad acuerde la reducción del capital a cero (...) sin que realmente existan pérdidas».*

## IX. VIABILIDAD DE SU INCORPORACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL SOCIETARIO

En la actual LGS, en la Sección Quinta del Libro Segundo sobre Sociedades Anónimas, se regula la modificación del estatuto y específicamente el aumento y la reducción del capital social, y en dicha sección no se considera como una opción, ni se prohíbe, la Operación Acordeón, que como se ha descrito, implica una reducción de capital a cero, por haberse perdido la totalidad del capital por efectos de las pérdidas reflejadas en el patrimonio neto, con la consiguiente anulación o cancelación de las acciones y en simultáneo, como un acto único, en la misma junta, aprobar el aumento de capital por nuevos aportes, considerando como tales, inclusive la capitalización de créditos contra la sociedad, en cuyo caso lo que se aportan son los créditos.

---

<sup>14</sup> BELTRÁN, Emilio, *op. cit.*, pág. 80.

Hemos comentado que en la praxis societaria, ya sea en sociedades regulares, o en sociedades en estado de concurso, como es el caso de CHIQUITOY, se han llevado a cabo operaciones de este tipo, en algunos casos sin objeciones o impugnaciones, por no ser operaciones ilícitas, por no estar prohibidas expresamente, y por contar con la anuencia de los accionistas o de los acreedores o en su caso, expresada en las juntas correspondientes, y es por ello, que en principio no sería necesaria su regulación expresa a través de uno o mas artículos específicos que se adicionen a la Sección quinta del libro segundo de la LGS, anteriormente mencionada.

Sin embargo, y con la finalidad de establecer algunas condiciones de observancia obligatoria que impidan objeciones o cuestionamientos posteriores, se podría regular, en un solo artículo de la LGS, estableciendo lo siguiente:

1. Que se exprese en la convocatoria con claridad y precisión, que se va a proponer y debatir esta operación.
2. Que el acuerdo se adopte cumpliendo con los requisitos de *quórum* y mayoría calificada establecidos en los artículos 126 y 127 de la LGS, dejando a salvo la opción de una junta universal.
3. Que se cuente con estados financieros auditados que demuestren que el patrimonio neto es negativo, por haberse perdido la totalidad del capital pagado. De esta manera, no podría proceder esta operación, y se bloquearía la posibilidad de llevarla a cabo, cuando solamente se ha perdido una parte del capital social, impidiendo que se utilice abusivamente para licuar a los accionistas minoritarios.
4. Que el acuerdo de reducción de capital a cero, sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde el aumento de capital, quedando condicionada la eficacia de la reducción de capital, a la ejecución del acuerdo de aumento de capital.
5. Que en todo caso habrá que respetarse el derecho de los accionistas a suscribir las nuevas acciones que se creen por el aumento de capital.
6. Finalmente que la inscripción en el registro público del acuerdo de reducción de capital no podrá obtenerse, a no ser que simultáneamente se presente el acuerdo de aumento de capital y su certificación de su ejecución, debiendo presentarse a calificación, una sola escritura pública en la que se inserte una sola acta de la junta correspondiente.

Es pertinente, a propósito de la propuesta que podría introducirse en la LGS, dejar en claro que la pérdida del íntegro del capital social, no impide la continuación de la sociedad, pues tan solo es una causal de disolución de la misma (art. 407, inciso 4 de la LGS, llevada al extremo). Una vez comprobada ésta, la sociedad puede optar por disolverse definitivamente, o adoptar las medidas correctivas necesarias a través de las cuales sean resarcidas las pérdidas y que

se restablezca el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto, gracias a los aumentos de capital efectuados. Como la Junta General de Accionistas, o de Acreedores, en su caso, conserva plenamente su competencia, puede adoptar un acuerdo que elimine la causal de disolución, y que evite que la sociedad devenga en irregular, con la consiguiente responsabilidad personal y solidaria para sus administradores, y por ello, es lógico pensar que la Operación Acordeón se convierte en la mejor opción para la recuperación de la sociedad.

## X. CONCLUSIONES

1. En razón a no haberse hecho una debida valoración y análisis de las pretensiones de la demandante en materia societaria, y por no haberse agotado la vía procedimental del contencioso-administrativo, como lo ordena la ley, es nuestra opinión, que no ha sido acertada, la sentencia del TC, de 4 de abril de 2011, la que en su parte resolutiva ordena «la restitución a la demandante de todas las acciones que poseía en CHIQUITOY antes de los acuerdos anulados en la presente sentencia, con todos los derechos que de dicha condición se derivan». Por más que razonemos al respecto, no logramos comprender cómo se va a ejecutar dicha sentencia.
2. El recurso de agravio constitucional debió declararse improcedente y para ello había razones más que suficientes, de un lado la existencia de una vía igualmente satisfactoria alternativa al amparo, como es la acción contencioso-administrativa, y de otro, la prescripción operada por el transcurso del plazo fijado en la ley para la interposición de la acción constitucional.
3. En cuanto al derecho de separación, este es un derecho exclusivo de los accionistas, regulado en el artículo 200 de la LGS, el cual solo opera en los casos taxativamente previstos en la ley, pero se entiende que sólo será viable el reembolso de las acciones, cuando la sociedad cuente con patrimonio neto positivo, y que por lo tanto existan recursos que le permitan asumir dicha obligación frente a los accionistas que ejercieron este derecho, al valor que convengan de común acuerdo, al valor de cotización en bolsa, o al valor en libros, el cual, conforme al mencionado artículo 200 de la LGS, es el que resulta de dividir el patrimonio neto entre el número de acciones. No encontrándose la reducción de capital y menos aún la Operación Acordeón, dentro de los supuestos de procedencia de este derecho, ¿qué se les puede reembolsar o restituir a los accionistas que ejercen este derecho, por haberse opuesto y votado en contra del acuerdo, cuando el capital social se ha reducido a cero, por haberse perdido íntegramente éste,

por efecto de las pérdidas, y cuando por lo tanto ya las acciones carecen de valor?

4. La sentencia del TC confunde los alcances del derecho de oposición regulado en la LGS, y lo interpreta y aplica equívocamente. En materia societaria es uniforme el criterio por el cual el derecho de oposición es propio y exclusivo de los acreedores, a diferencia del derecho de separación que es propio y exclusivo de los accionistas. En el caso de autos, los acreedores no solamente no se opusieron, sino que estuvieron de acuerdo en que sus créditos se capitalicen, para los fines de superar una situación extrema, e impedir de esta forma la disolución de la sociedad.
5. En los casos de la reducción de capital voluntaria, por devolución de aportes, o por la exención del pago de los dividendos pasivos conforme lo establece el artículo 258 de la LGS, ella sólo puede llevarse a cabo, luego de treinta días de la última publicación del aviso (tres avisos con intervalos de cinco días) que es el plazo que los acreedores tienen para oponerse. Pero, tratándose de una reducción de capital que tenga por finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto, conforme al primer párrafo del mencionado artículo, puede ejecutarse de inmediato, pues no se le reconoce a los acreedores derechos de oposición alguna, siendo precisamente este caso, el de la sociedad concursada.
6. Respecto al derecho de suscripción preferente para las nuevas acciones que se creen, conforme hemos mencionado anteriormente, este es opcional o potestativo, es además renunciable expresa o tácitamente, e inclusive puede no existir si así lo acuerda la junta de accionistas (ver art. 259 de la LGS) y por lo tanto está muy lejos de ser un derecho constitucional susceptible de ser transgredido. En el caso de autos, en la propia acta de la junta de acreedores consta que, luego de finalizada la lectura de la propuesta, y efectuadas las explicaciones señaladas, el presidente indicó que si los accionistas tenían alguna propuesta diferente que hacer para reconstituir el capital social, es decir, efectuar los aportes que les correspondían en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, o alguna otra propuesta diferente, lo hicieran en ese momento, frente a lo cual, la demandante no dijo nada, y por lo tanto, no asumió el compromiso de hacer su aporte, razón por la cual, el acuerdo quedó aprobado y consumado en el mismo acto. Posteriormente a ello, la accionista demandante ya no podía suscribir acciones, pues perdió la oportunidad de hacerlo. Al respecto, es pertinente tener presente la diferencia entre suscripción y pago de las acciones, pues da la impresión que para el TC, ambos actos se deben producir simultáneamente en un solo acto, lo cual es un imposible que haría

que se deje a la accionista en «indefensión», cuando en realidad son dos fases que pueden ser diferentes en el tiempo, pues los accionistas que decidan suscribir acciones, tienen el derecho a exigir un plazo para el pago de las mismas. En todo caso, pudieron y no lo hicieron, ejercer el derecho de aplazamiento de la deliberación y votación del acuerdo de reducción y aumento simultáneo, conforme lo permite el artículo 131 de la LGS.

7. Que el capital social se reduzca a cero y que se acuerde la anulación de la totalidad de las acciones, no implica que los accionistas, que están presentes en la junta, pierdan automáticamente su condición de socio y su derecho de voto, así como su derecho de suscripción preferente. Sostener lo contrario es asumir una posición, a nuestro entender, extremadamente formalista. Precisamente en la Operación Acordeón, el condicionamiento es recíproco, pues la reducción y el aumento se deben aprobar simultáneamente, únicamente por los propios accionistas presentes en la junta, quienes conservan su condición de tales, y sus derechos correspondientes.
8. Asimismo, la sentencia del TC, de 4 de abril del año en curso, abre la posibilidad de comentar sus aspectos constitucionales respecto a si se han transgredido o no los derechos fundamentales, y determinar cuáles son estos, sus aspectos netamente procesales, y lo que es igualmente importante, nos ha dado la oportunidad de incursionar por primera vez, en la reflexión sobre la viabilidad, legalidad y requisitos de la Operación Acordeón, desde la óptica del Derecho societario.
9. A propósito de la sentencia bajo comentario, sería de singular importancia, con mayor tiempo, claro está, investigar el tratamiento que se le ha dado a la Operación Acordeón en el Derecho Comparado, tanto europeo como latinoamericano, así como reflexionar si vale la pena o no proponer una enmienda a nuestra legislación societaria.
10. Finalmente, tenemos la percepción de que es la primera vez que el TC se pronuncia sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas o de los acreedores en su caso, expresados en acuerdos de sus respectivas juntas, y el resultado no ha sido, en nuestra opinión, el que correspondía a los hechos y a las pretensiones de la demandante, salvo mejor opinión.

Lima, 23 de mayo de 2011

## ANEXO

EXP. 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

### RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 27 de junio de 2011

VISTO

El pedido de nulidad de la resolución de fecha 18 de abril de 2011, recaída en el proceso de autos, presentada por don Walter Henry Carranza Casa, apoderado de la Empresa Agraria Chiquitoy, S. A.; y

ATENDIENDO A

1. Que el tercer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional establece que «[c]ontra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición (...). El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación».
2. Que el recurrente, con fecha 29 de abril de 2011, solicita la nulidad de la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, pedido que debe ser entendido como recurso de reposición, alegando que: i) la citada resolución contraviene lo dispuesto por los artículos 5 y 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (RNTC), los artículos 20, 43 y 120 del Código Procesal Constitucional y los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución, pues considera que dicha resolución vulnera la garantía de jurisdicción predeterminada y el derecho a la tutela procesal efectiva, sosteniendo que el expediente 00228-2009-PA/TC fue resuelto y conocido por el total de los integrantes del pleno del Tribunal Constitucional, mientras que la cuestionada resolución fue resuelta por una Sala *ad hoc* integrada por solo tres de sus miembros, correspondiendo declararse la nulidad de la referida resolución para que su pedido de aclaración sea resuelto por el Pleno del TC; ii) la resolución aclaratoria,

contraviene el artículo 43 del Código Procesal Constitucional, dado que desestima el extremo del pedido de aclaración referido a que se precise la forma como se puede dar cumplimiento la sentencia de autos, pues el régimen accionarial de la empresa ha variado sustancialmente desde la separación de la accionante de la Empresa Agraria Chiquitoy, S. A., pues las acciones de esta empresa han sido trasladadas a AGROHOLDING, persona jurídica que no ha participado del presente proceso constitucional; iii) la resolución aclaratoria contraviene el artículo 10 del RNTC y el artículo 20 del Código Procesal Constitucional por haberse aplicado retroactivamente el artículo 10-A del citado RNTC para resolver la controversia, pues sostiene que las reglas que debieron primar para resolver el caso de autos, eran las existentes en marzo de 2009, fecha de la vista de la causa.

3. Que, en primer lugar, cabe precisar que de acuerdo con el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, la adopción de acuerdos por parte del Pleno del Tribunal Constitucional, se efectúan por mayoría simple de votos (lo cual incluye además de otras decisiones, la resolución de los procesos constitucionales de la libertad). A razón de la situación de empate que se presentó en la resolución de los expedientes 04664-2007-PA/TC y 04293-2008-PA/TC, y en otros expedientes que en ese momento se encontraban en trámite, el Pleno del TC conformó una Comisión, con la finalidad de proponer una regla procesal que resuelva los casos en los que se presente empate de ponencias en los procesos constitucionales de la libertad; ello en razón a que la normativa existente no daba respuesta a este escenario procesal. La propuesta realizada por esta Comisión estuvo orientada a superar los problemas que traía la aplicación del *caso Belmont Sanguesa*, en la medida que de acuerdo a este caso el Tribunal simplemente debía inhibirse de resolver al no lograr acuerdo entre sus magistrados; situación que sin embargo no se condecía con el mandato contenido en el artículo 139, inciso 8 de la Constitución (*que establece que no se puede dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley*), ni con la disposición contenida en el artículo 10 del RNTC (*que establece que en ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver*). En dicho contexto, la propuesta hecha por la Comisión estuvo centrada, recogiendo experiencia comparada de otros Tribunales Constitucionales (art. 90 de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional de España, entre otras) en la fórmula del *voto decisorio* y fue sustentada y debatida según las reglas establecidas por el artículo 42 del RNTC en la sesión del Pleno de 15 de marzo de 2011; y finalmente aprobada por mayoría de votos —conforme a lo dispuesto por el art. 10 y 42 del citado Reglamento Normativo—, tal y como consta en

el acta de sesión de dicha fecha. Posteriormente, en la sesión de fecha 17 de marzo de 2011 se aprobó por mayoría la incorporación del voto decisivo al RNTC; decisión del Pleno que encuentra sustento, como ya se mencionó, en los artículos 139.8, 201 y 202.2 de la Constitución, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional y los incisos 11 y 14 del artículo 28 del RNTC.

Bajo este marco expositivo debe quedar absolutamente claro que la regla que otorga un voto decisivo al presidente del Tribunal Constitucional en caso que se produzca un empate de ponencias, no sólo resultaba *legítima* de cara a la normativa precitada, sino que era absolutamente *necesaria* para cumplir el mandato constitucional de *no dejar impartir justicia* en los casos extraordinarios en los cuales no exista otra manera de resolver el litigio constitucional llegado a conocimiento del Tribunal. Contrariamente a lo sostenido por la empresa demandada en su escrito de nulidad, la regulación contenida en el artículo 10-A del RNTC no es una regulación *contra legem* (contraria a la ley), sino que es *praeter legem* (regula una materia no regulada por la ley).

Por lo demás, la potestad de crear *ex novo* reglas procesales, con el objeto de suplir, completar o perfeccionar el ordenamiento procesal constitucional, es una potestad que este colegiado ha asumido como doctrina jurisprudencial en un sinnúmero de resoluciones. Así, en la RTC 0020-2005-PI/TC se ha sostenido que: «El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, *es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales*». En dicha resolución se plantearon en forma enunciativa los temas que podían ser regulados por la autonomía normativa del Tribunal Constitucional, al haberse señalado que: «El espectro es bastante amplio, por ejemplo, respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y *demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto*».

Es en esta perspectiva que la decisión de suplir el vacío normativo indicado, a través de la modificación reglamentaria (lo que le otorga un

mayor grado de seguridad jurídica), es desde todo punto de vista legítima y no puede ser cuestionada, en base a argumentos que en muchos otros casos son aceptados con toda naturalidad. Así, por ejemplo:

- El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional creado mediante la Resolución recaída en el expediente número 00168-2007-Q/TC. En aquella ocasión se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para «realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional», que significó ampliar los alcances del artículo 202 de la Constitución.
  - Otro caso fue el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Poder Judicial creado mediante la Resolución recaída en el expediente número 00201-2007-Q/TC. En esta oportunidad se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para realizar, por segunda vez, un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional. Se consideró que «de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de *sentencias estimatorias* emitidas en procesos constitucionales (...) para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial», pese a que la Constitución y la ley no lo permiten.
  - Asimismo, la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad creado mediante la RTC número 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados). Al respecto, en la RTC 0006-2009-PI/TC el Tribunal Constitucional reconoce que «*a partir del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional ha incorporado la figura del partícipe constitucional* (fundamento 23 de la STC núm. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC), el mismo que se incorpora al proceso, sin ser actor, en atención a las funciones que la Constitución les confiere y su funcionalidad en el proceso es la de aportar una tesis interpretativa que enriquezca los puntos de vista que el Tribunal deberá evaluar».
4. Que con relación a la suscripción de la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, efectuada solo por los magistrados que alcanzaron mayoría, cabe citar que en ejercicio de la facultad contenida en el inciso 11 del artículo 28 del RNTC, el Pleno del TC a través del Memorando 001-2008-SR/TC de fecha 2 de enero de 2008, dio a conocer las reglas de trabajo interno para la tramitación de las solicitudes de reposición, aclaración, nulidad o integración al personal del TC, las cuales fueron aprobadas en sesión de pleno, razón por la cual y en atención a dichas reglas, se resolvió el pedido de aclaración de fecha 12 de abril de 2010.

Teniendo en cuenta ello, y que en el caso de autos la aplicación del voto decisivo generó la mayoría para alcanzar una decisión al caso, correspondía únicamente a aquellos magistrados que la suscribieron, dar respuesta a los pedidos posteriores, razón por la cual el primer alegato resulta infundado.

5. Que con relación al segundo aspecto invocado, debe tenerse presente que este colegiado, mediante la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, se ha ratificado en la plena ejecutoriedad del fallo. En todo caso, el juez de ejecución, con las pruebas aportadas al respecto, deberá determinar, de acuerdo a la actual distribución del porcentaje accionario, la forma cómo deben retornarse las acciones a la demandante, teniendo en cuenta la responsabilidad de las empresas demandadas y las adquisiciones de buena fe que hubieran podido generarse.
6. Que asimismo, teniendo en cuenta los hechos a razón de los cuales se incorporó el voto decisivo como regla procesal para la resolución de casos en los que se produjera el empate de ponencias al interior del TC y que la misma entró en vigencia el 25 de marzo de 2011, la misma le resultaba aplicable al expediente 00228-2009-PA/TC, por aun encontrarse *en trámite*, tal y como se ha efectuado, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de las normas procesales. Y es que, conforme se precisó en la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, «*la aplicación de las normas procesales (en este caso la que incorpora el voto decisivo) se rige por el principio tempus regit actum; esto es, la norma procesal incorporada al ordenamiento jurídico, y salvo mención expresa en contrario, ingresa a regular toda situación al interior del proceso, en el estado en que éste se encuentre*» (FJ 5). Esta aseveración, por lo demás, encuentra sustento en la propia Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, la cual literalmente prescribe: «*Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite*». Finalmente, este colegiado en uniforme jurisprudencia, ha establecido la aplicación inmediata de las reglas de carácter procesal emitidas a través de un precedente vinculante: a modo de ejemplo pueden verse las sentencias 1417-2005-PA/TC, 0168-2005-PC/TC, 0004-2009-PA/TC, 3052-2009-PA/TC, entre otras. Por lo demás, no tiene asidero alguno la posición según la cual, la aplicación inmediata de la nueva disposición reglamentaria que incorpora el voto decisivo, afecta el principio de seguridad jurídica, pues este principio solo se ve vulnerado cuando se produce una «modificación legislativa» que altera de modo abrupto la situación jurídica de la que venía disfrutando un conjunto determinado de personas, hipótesis que no se presenta con la introducción del voto decisivo, por la sencilla razón que, como ya se dijo, dicha regla no supone modificación legislativa

alguna, sino la incorporación *ex novo* de una norma que reglamenta un supuesto de hecho que antes se encontraba sin regulación normativa alguna. Ninguna *expectativa* pues se ha afectado, de un justiciable que haya pensado que «el empate de ponencias» debía resolverse de determinada manera, y que luego, abruptamente, dicha solución se haya alterado en el curso del proceso.

En algún supuesto, sin embargo, como también lo ha dicho este Tribunal, puede determinarse la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal, pero sólo en el supuesto que la nueva regla suponga la restricción en el acceso a la justicia, o imponga una condición sumamente onerosa para el justiciable. Con el fin de no perjudicar a los justiciables que ingresaron con determinadas reglas de acceso al sistema de impartición de justicia, excepcionalmente la ley o el Tribunal pueden determinar la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal. Pero, ¿puede decirse acaso que dicho supuesto estaba presente en el caso de autos? De ninguna manera, estima este colegiado, podría sostenerse razonablemente dicha hipótesis. Y es que, la regla del voto decisivo no afectaba el derecho de acceso a la justicia de la actora, sino, al margen del resultado final del caso, dicha regla permitía el ejercicio de dicho derecho. Lo contrario, esto es, la renuncia a la jurisdicción (como acontecía con el caso Belmont Sanguesa), en cambio sí lo perjudicaba ostensiblemente.

Por último, tampoco puede imaginarse qué derecho fundamental de la parte demandada puede haberse visto afectado por la aplicación inmediata de la regla del voto decisivo, cuando el ejercicio del derecho de defensa en sede del Tribunal, se efectuó ante el Pleno que decidió el caso, sin restricción de ninguna clase.

Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## RESUELVE

Declarar INFUNDADA la solicitud de nulidad entendida como recurso de reposición.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

ÁLVAREZ MIRADA

ETO CRUZ

**RESUMEN**

**REDUCCIÓN DE CAPITAL**

*El autor analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 4 de abril de 2011, sobre un supuesto de operación acordeón, esto es, de reducción de capital social a cero e inmediato aumento de capital con el fin de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto. A su entender debía haberse desestimado la pretensión por existir otros recursos posibles y porque había prescrito la acción. Además entiende que no existe derecho de restitución, pues el derecho de separación sólo será viable el reembolso de las acciones, cuando la sociedad cuente con patrimonio neto positivo, lo que no ocurre cuando el capital social se ha reducido a cero, por haberse perdido íntegramente éste, por efecto de las pérdidas, y cuando por lo tanto ya las acciones carecen de valor. Entiende que la sentencia del Tribunal Constitucional confunde el derecho de oposición de acreedores con el de separación de accionistas.*

**ABSTRACT**

**CAPITAL REDUCTION**

*The author analyzes the Judgment of the Constitutional Court of Peru on April 4, 2011 on a course of "accordion" operation, that is to say a capital reduction to zero and immediate capital increase in order to restore the balance between social capital and the equity. In his claim should have been dismissed because there other possible resources and because the action had expired. You further understand that there is no right to restitution, as the right separation will only be viable redemption of shares when the society has positive equity, which does not occur when the capital was reduced to zero, and when therefore the shares are worthless. Understand that the Constitutional Court ruling confuses the creditors' right to object to the separation of shareholders.*

*(Trabajo recibido el 30-7-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)*