

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

CONSTITUTIONALIZATION OF COMMERCIAL LAW

César Landa Arroyo*

Pontificia Universidad Católica del Perú
y Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Miembro Honorario de THĒMIS
Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS

The Constitution, being the Supreme Law of the Peruvian legal system, irradiates its normative force towards all the legal fields. For its part, Commercial Law is an area based on private autonomy; however, in our legal system a zone free of constitutional control does not exist.

In this article, the author conducts a remarkable analysis about the constitutionalization of Commercial Law, making reference to the Constitutional Court's jurisprudence which, applying fundamental principles and rights, has had an effect on the application of the commercial laws in our country.

KEY WORDS: *Constitutional Law; Constitutional Court; Commercial Law; Economic Constitution; freedom of enterprise; free competition; social market economy; consumer protection.*

La Constitución, al ser la Norma Suprema del sistema jurídico peruano, irradia su fuerza normativa a todos los ámbitos del Derecho. Por su parte, el Derecho Mercantil es una rama que se basa en la autonomía privada; sin embargo, en nuestro ordenamiento no existe zona que esté exenta de control constitucional.

En este artículo, el autor realiza un notable análisis acerca de la constitucionalización del Derecho Mercantil, haciendo un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, aplicando principios y derechos fundamentales, ha influido en la aplicación de las normas mercantiles en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; Tribunal Constitucional; Derecho Mercantil; Constitución Económica; libertad de empresa; libre competencia; economía social de mercado; protección del consumidor.*

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares, España. Postdoctorado en la Universidad de Bayreuth y en el Instituto Max-Planck de Heidelberg, Alemania. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Contacto: clanda@pucp.edu.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 03 de junio de 2015 y aceptado por el mismo el 02 de julio de 2015.

Al profesor Jorge Avendaño, en reconocimiento de sus 55 años como docente.

I. PALABRAS LIMINARES

Deseo expresar un saludo especial a THEMIS-Revista de Derecho en su cincuenta aniversario; por la contribución al estudio y análisis del Derecho con que ha aportado en estas cinco décadas. Así como, en especial, a este número dedicado a la Constitución; porque, pone en evidencia que, contemporáneamente, no hay Derecho sin Constitución; pero, tampoco hay Constitución sin Derecho.

II. PRESENTACIÓN

Desde la aparición del Tribunal Constitucional, con potestades tanto para interpretar los derechos fundamentales como para declarar inconstitucionales las leyes conforme a la Constitución o llenar sus vacíos normativos, se ha iniciado un proceso de constitucionalización del Derecho, incluido el Derecho Mercantil. Simultáneamente, el Poder Judicial ha quedado rezagado debido a las limitaciones del modelo tradicional del Derecho con que opera, basado exclusivamente en el principio de legalidad y su sistema de resolución de conflictos, la mayoría de las veces formalista, sin necesariamente tutelar los derechos fundamentales económicos consagrados en la Constitución. Ello ha permitido que la justicia constitucional haya asumido una cuota cualitativa de resolver los conflictos de derechos mercantiles entre los particulares, en el marco de los principios y derechos constitucionales.

Este proceso de transformación jurídico mercantil se ha producido con mayor claridad desde la última década a partir del crecimiento de la economía en el país, que ha dado lugar al desarrollo jurídico de una serie de actos comerciales, como la creación, transformación y disolución de sociedades, suscripción de actos y contratos mercantiles, aumentos y reducciones de capital, con incidencia en los derechos de preferencia y en los accionistas minoritarios, así como, también, con incidencia en los títulos valores, la publicidad mercantil y la privacidad empresarial, entre otros. Ellos han merecido pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no *ex officio*, sino a pedido de parte.

Pero lo significativo de dicho proceso de constitucionalización del Derecho Mercantil es que ello ha supuesto que el Tribunal Constitucional no solo desarrolle principios constitucionales económicos, sino también los derechos fundamentales económicos, desde donde ha realizado su tarea jurisprudencial. Por eso, a continuación, se presentan los principios constitucionales que rigen al Derecho Mercantil y los derechos fundamentales mercantiles que la jurisprudencia constitucional ha concebido; así como, por último, se realiza una reflexión final sobre la materia.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL DERECHO MERCANTIL

Los principios son normas aplicables en algunos casos directamente y en otros indirectamente, al vincularse con artículos concretos. En ambos casos, los principios limitan la discrecionalidad del legislador, pero abren la posibilidad para una discrecionalidad judicial¹. No obstante, con una fundamental diferencia entre estos, los jueces deberán emplear un argumento racional, mientras que los legisladores solamente las decisiones oportunas.

Los principios constitucionales económicos con eficacia directa o indirecta afirman el Estado Constitucional, por cuanto cumplen con las siguientes funciones jurídicas²:

- a) Establecer un conjunto de lineamientos y objetivos económicos y sociales que dan sentido de unidad política al pueblo, a través de la Constitución.
- b) Otorgar fuerza normativa al texto económico constitucional, aplicándose tanto como cláusulas interpretativas que como normas jurídicas directamente vinculantes.
- c) Operar como límites insuperables—cláusulas pétreas— del ordenamiento jurídico nacional y de la propia reforma constitucional.
- d) Integrar el sistema de fuentes del Derecho ante los vacíos de la norma jurídica.

Analícemos algunos de los principios de la Constitución económica, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹ ALEXY, Robert. "Theorie der Grundrechte". Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 1985. pp. 90 y siguientes; ESSER, Josef. "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts". Tubinga: Mohr Siebeck Verlag. 1956. pp. 87 y siguientes; PRIETO SANCHÍS, Luis. "Constitucionalismo y positivismo". México: Fontamara. 1997. pp. 11 y siguientes.

² DEL VECCHIO, Giorgio. "Studi sul diritto". Volumen I. Milán: Giuffrè. 1958. pp. 205-270; MENDOZA ESCALANTE, Mijail. "Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano". Lima: Gráfica Bellido. 2000. p. 200; HAKKANSON, Carlos. "La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993". En: Revista de Derecho 1. Universidad de Piura. 2000. pp. 75-98.

A. Iniciativa privada libre se ejerce en una economía social de mercado

En julio de 2003, el señor Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, el cual permitía, de manera excepcional y por razones de interés nacional o necesidad pública, la fijación de tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga³.

Los demandantes alegaron que la norma en cuestión contravenía los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad. En lo referido a la libre iniciativa privada, el Tribunal Constitucional señaló que se trata del derecho de toda persona natural o jurídica 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”⁴.

Sin embargo, indicó que la iniciativa privada puede desplegarse en tanto no contravenga los intereses generales de la comunidad, considerando que toda actividad económica debe ejercerse en el marco del principio de una economía social de mercado⁵. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que la economía social de mercado se caracteriza por tres elementos fundamentales: (i) el bienestar social; (ii) el mercado libre; y, (iii) el rol subsidiario y solidario del Estado⁶.

En su relación con la economía social de mercado, la iniciativa privada implica el ejercicio de una actividad empresarial con pleno respeto a los derechos fundamentales de terceros y bajo la normativa que regula la participación de los agentes económicos en el mercado, con el objeto de corregir las distorsiones que puedan afectar la libre competencia, proteger la salud y la seguridad ciudadanas.

Aplicados dichos fundamentos al caso concreto, el Tribunal Constitucional determinó que la fijación de tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre constituía una medida innecesaria para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, así como para garantizar el desenvolvimiento de los agentes económicos en un escenario de libre competencia.

La razón de dicha posición estribó en que, a juicio del Tribunal Constitucional, existen medidas menos restrictivas a los derechos fundamentales de contenido económico para alcanzar el mismo fin, en el marco del respeto al principio de una economía social de mercado; es decir, el Tribunal Constitucional realizó un test de razonabilidad y proporcionalidad, como forma de resolución de los conflictos entre los derechos y las normas legales.

B. Libertad de empresa y orden público constitucional

En virtud de la sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA, del 11 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional desarrolló el contenido del dere-

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003.

⁴ Ibid. Fundamento Jurídico 17.

⁵ Artículo 58.- “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 13: “García Pelayo asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales.

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”.

cho a la libertad de empresa, así como los límites impuestos a su ejercicio en aras de garantizar la protección de otros principios y bienes constitucionalmente legítimos. La controversia giró en torno a la solicitud de licencia de funcionamiento de la discoteca “Calle Ocho”, la cual fue otorgada provisionalmente y, posteriormente, declarada improcedente, disponiéndose la clausura total del local, en tanto el titular del mismo no cumplió con acreditar el certificado de compatibilidad de uso.

A propósito de dicha controversia, el Tribunal Constitucional señaló que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 59 de la Constitución⁷, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no debía ser contrario a los principios de la moral, las buenas costumbres, o a los derechos a la salud ni a la seguridad de las personas; es decir, normas de orden público constitucional. Sin embargo, refirió que la lista mencionada era meramente enunciativa, en tanto podían imponerse otras limitaciones fundadas en la protección del principio de la dignidad de la persona humana.

Con relación al caso en concreto, el Tribunal Constitucional señaló que tras una inspección efectuada en la discoteca Calle Ocho se verificó que se admitía el acceso a menores de edad en horarios no permitidos, lo cual contravendría el principio de la moral pública y el libre desarrollo de los mismos. Así, el Tribunal Constitucional estableció que “no puede alegarse, legal ni legítimamente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, cuando de dicho ejercicio se derive la exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios e injustificados que pudieran afectar su salud, integridad, libre desarrollo y su bienestar en general”⁸.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señaló que otro aspecto que debía considerarse a efectos de aprobar la licencia de funcionamiento de una discoteca son los ruidos molestos que podrían contravenir la paz y tranquilidad de los vecinos. Asimismo, señaló que la aprobación de la licencia de funcionamiento de una discoteca debía sujetarse a la protección a la salud pública, a través del cumplimiento de las normas de higiene y salubridad correspondientes, y a la seguridad pública, a través del adecuado acondicionamiento del local que permita la seguridad de quienes concurren a él.

C. Libre competencia y derechos de los usuarios y consumidores

A propósito de un recurso de agravio constitucional interpuesto por las empresas Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. [en adelante, DINO], el Tribunal Constitucional evaluó si la orden de cese de las actividades que constituyen abuso de posición de dominio impuesta por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [en adelante, Indecopi] vulnera los derechos a la libertad de contratación, a la iniciativa privada y libertad de empresa, y, en última instancia, al principio de la libre competencia en el mercado.

En efecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, mediante Resolución 256-2005/TDC-Indecopi, determinó que la empresa DINO incurrió en prácticas de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas, en tanto estableció la obligación de compra exclusiva como condición para obtener descuentos e impuso como condición de afiliación a la red de empresas sub-distribuidoras de DINO la compra exclusiva de todos los materiales de construcción, respectivamente. Como consecuencia de dicha determinación, el Indecopi ordenó a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas señaladas, lo cual implicaba que incumplía sus compromisos contractuales contraídos con Ferretería Salvador.

En relación a las presuntas vulneraciones alegadas por los demandantes, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con el orden público y el bien común. Precisamente, el Indecopi se encuentra facultado, entre otros aspectos, a identificar y sancionar las conductas contrarias al principio de la libre competencia y que afecten los derechos de los consumidores y usuarios. Así, la orden provisional de cese de las conductas contrarias al principio de la libre competencia constituyó una medida razonable y proporcional a fin de asegurar el cumplimiento de la decisión adoptada por el Indecopi, para proteger el derecho de los usuarios y consumidores.

D. Responsabilidad social de las empresas

En la sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, del 1 de abril de 2005, al Tribunal Cons-

⁷ Artículo 59.- “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3330-2004-AA, de fecha 11 de julio de 2005. Fundamento Jurídico 37.

titucional le correspondió evaluar si la Ley 28258, Ley de Regalía Minera⁹, transgredía las normas constitucionales vinculadas al derecho de propiedad, derecho a la libertad contractual y a la igualdad de trato.

En dicha oportunidad, más de cinco mil ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra la referida Ley, la cual obligó a los titulares de concesiones mineras a pagar al Estado una regalía minera como contraprestación económica por la explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos. Además, dispuso que el cálculo de la regalía minera se establezca sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional.

A decir de los demandantes, y en lo referido a la presunta vulneración al derecho a la propiedad, la obligación de pagar una regalía minera impuso un pago que no se originaba en una prestación recíproca del Estado; por el contrario, significaba una detracción patrimonial injustificada del valor obtenido por la transformación del mineral bruto a concentrado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional refirió que la regalía minera se justifica en el uso o aprovechamiento de un bien de propiedad de la Nación, de modo que constituye una compensación por el traslado del dominio de dicho bien al titular de la explotación minera.

Asimismo, señaló que ni la propiedad ni la autonomía privada constituyen derechos irrestrictos y que, en cambio, en el marco de una economía social de mercado, la participación de los agentes económicos debe desarrollarse de conformidad con los principios del bien común y del interés general. Máxime, considerando que la controversia gira en torno al aprovechamiento de recursos naturales que constituyen patrimonio de la nación, el Tribunal Constitucional precisó que la actividad empresarial en este ámbito debe sujetarse a las condiciones y modalidades de otorgamiento a particulares, cuyo objetivo primordial es la preservación del medio ambiente a través de un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

En base a dicha línea de argumentación, el Tribunal Constitucional destacó la importancia de la responsabilidad social de la empresa, entendida como “[...] el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras”¹⁰.

De modo que se impone a los titulares de concesiones mineras la obligación de hacer una explotación y uso racional y sostenible de los recursos naturales, tendientes a garantizar el mantenimiento de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Así, el Tribunal Constitucional señaló que el aprovechamiento socialmente responsable de los recursos naturales debe regirse por los principios de desarrollo sostenible, principio de conservación, principio de prevención, principio de restauración, principio de mejora, principio precautorio y principio de compensación.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES MERCANTILES

Los derechos fundamentales son propios de las personas naturales, pero no excluyen que también sean exigibles en lo concerniente por las personas jurídicas privadas. Ciertamente, la Constitución de 1979 previó expresamente en su artículo 3 que: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”; mientras que la Constitución de 1993 no mantuvo dicho artículo.

Pero el Tribunal Constitucional se ha encargado de interpretar ese vacío normativo, y ha señalado que toda persona –incluidas las personas jurídicas peruanas y las extranjeras, con límites– goza enunciativamente de derechos fundamentales como: (i) la igualdad ante la ley; (ii) la inviolabilidad del domicilio; (iii) el derecho de propiedad; (iv) el secreto bancario; (v) la reserva tributaria; (vi) la libertad de asociación; (vii) la libertad de contratación; (viii) la libre competencia; (ix) el buen nombre; así como, (x) el derecho al debido proceso¹¹.

De modo que la titularidad de los derechos fundamentales ha trascendido a la persona humana; no

⁹ La Ley 28258 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.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI, de fecha 1 de abril de 2005. Fundamento Jurídico 26.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04972-2006-PA, de fecha 4 de agosto de 2006.

es que por su titularidad pasiva solo se interpongan contra el Estado, sino que, contemporáneamente, se concibe accionarlos también contra particulares. Motivo por el cual, ya sean personas naturales o jurídicas, han planteado fundamentalmente demandas de amparo para buscar protección no solo de principios constitucionales económicos, sino también de algunos derechos fundamentales económicos de carácter mercantil, como los siguientes.

A. Libre acceso al mercado

El 25 de octubre de 2007, el señor Rafael Bernardo López Aliaga Cazorla, en representación de la empresa Peruval Corp S.A., interpuso una demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que se declare la inaplicación para su caso del Decreto Supremo 031-2007-MTC, el cual, a juicio del demandante, reducía los requisitos para obtener el Permiso de Operación para prestar servicios de transporte ferroviario en los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente del Perú.

Hasta antes de la entrada en vigencia del mencionado Decreto Supremo, el demandante había gozado de la concesión para la explotación económica de la vía férrea y del transporte ferroviario de Cuzco a Quillabamba –parando en Aguas Calientes, es decir, Machu Picchu– en calidad de concesionario monopolístico legal, por un período de cinco años que, al momento de interponer la demanda, ya había vencido.

En ese entendido, el demandante alegó que la reducción de requisitos permitiría el ingreso al mercado de empresas diminutas, en detrimento de la calidad del servicio. Asimismo, indicó que el ingreso de dichas empresas al mercado convertiría a Ferrocarril Transandino S.A., empresa sobre la cual es titular del cincuenta por ciento de acciones, en responsable solidario por el incumplimiento de las normas de seguridad efectuado por los nuevos operadores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente 00051-2011-PA, indicó que el Decreto Supremo en cuestión únicamente fijaba condiciones bajo las cuales los operadores pueden prestar el servicio de transporte ferroviario, algunas de cuales incluso imponían nuevas exigencias. Por otro lado, constató que la Resolución Ministerial que establecía responsabilidad solidaria del concesionario respecto de las causas atribuibles a otros operadores había sido dejada sin efecto.

De modo que, a juicio del Tribunal Constitucional, lo que el demandante pretendía con la demanda era dedicarse a la actividad ferroviaria sin competidores, desconociendo así que uno de los elementos esenciales de una economía social de mercado es la libre competencia. En relación a dicho principio constitucional, se deriva el derecho al libre acceso al mercado, motivo por el cual el Tribunal Constitucional indicó que se trata de “[...] garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopolísticas [...]”¹².

Por otro lado, a propósito de la Sentencia recaída en el Expediente 1209-2006-PA, el 14 de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional se refirió específicamente al derecho a la libertad de empresa desde la perspectiva del acceso y permanencia en el mercado. En efecto, mediante Resolución 1 del 9 de diciembre de 2004, el Vigésimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima concedió la medida cautelar solicitada por la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnson S.A.A. [en adelante, Backus], ordenando que la empresa Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. [en adelante, Ambev] se abstenga de: (i) tomar posesión de los envases de vidrio de propiedad de Backus; (ii) introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a las de Backus; y, (iii) intercambiar botellas iguales a las de Backus. Dicha decisión fue confirmada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 8 de fecha 18 de mayo de 2005.

Por tal motivo, Ambev interpuso demanda de amparo contra los Vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el juez del Vigésimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, a fin de que se declare la nulidad de las resoluciones mencionadas, en tanto habrían afectado sus derechos a la libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

A propósito de dicha controversia, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la libertad de empresa incluye dentro de su ámbito de protección el acceso al mercado en condiciones de igualdad. Bajo tal óptica, el Tribunal indicó que la imposibilidad de intercambio de botellas dispuesta por la medida cautelar discutida de ningún modo restringía el acceso o permanencia en el mercado de Ambev, toda vez que en el mercado cervecero peruano existían en circulación suficiente cantidad de botellas que no eran de propiedad de Backus, sino de los usuarios e incluso de Ambev, las cua-

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00051-2011-PA, de fecha 31 de mayo de 2011. Fundamento Jurídico 20.

les podían ser utilizadas por la demandante en sus transacciones comerciales. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no consideró que el mayor número de botellas del mercado –alrededor de 80 millones de botellas– pertenecían a Backus.

B. Transformación de sociedades

En agosto de 2005, el Banco Central de Reserva de Perú [en adelante, BCR] interpuso una demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones [en adelante, SBS], solicitando que se declare su competencia para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS para autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú, y que, en consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución SBS 655-2004, a través de la cual se autorizó la transformación del Citibank N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A.¹³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que, dada la incidencia mutua entre las funciones que la Constitución les ha conferido a la SBS y al BCR, corresponde que ambas entidades estrechen lazos de coordinación en materia de estabilidad económica-financiera y orden público económico. Por tal motivo, estableció que, en caso la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior solicite su transformación en una empresa con personería jurídica propia, se requiere la opinión previa del BCR, a fin de garantizar la estabilidad monetaria.

Si bien no en todos los casos la simple transformación societaria da necesariamente lugar a una variación en las operaciones que pueda afectar la estabilidad monetaria, ello requiere ser corroborado mediante un estudio de factibilidad y opinión técnica del órgano competente para tal efecto, esto es, el BCR. No obstante lo resuelto, esta sentencia interpretativa no tuvo efectos anulatorios de la resolución de la SBS que facultó a operar a Citibank del Perú S.A., a pesar que la SBS omitió pedir información al BCR, sino para casos a futuro.

C. Pacto comisorio

En marzo de 2007, la empresa Unión Tours S.A. interpuso demanda de amparo contra Lan Perú S.A. [en adelante, Lan Perú], a fin de que se deje sin efecto su decisión de rebajar el pago de la comisión mercantil por venta de boletos de avión al 1%

y que cumpla con cancelar el 10%, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución Directoral 21-80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980¹⁴.

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional destacó que los actos de comercio deben ser ejecutados y cumplidos de buena fe, en virtud de los términos en los que fueron redactados los contratos, sin que se dé lugar a interpretaciones arbitrarias. Sin embargo, la mayoría de magistrados declaró que la vía judicial ordinaria y no la constitucional era la competente. No obstante, en voto singular del suscrito, se consideró inadmisibles que Lan Perú haya desconocido el pago de la contraprestación pactada, calificándolo como una infracción a la buena fe contractual y a las prestaciones recíprocas contractualmente establecidas:

“De ahí que el monto del pago de la comisión por venta de pasajes aéreos debe ser un monto razonable y proporcional (evidentemente no podría ser el 1%) a la actividad que realizan las agencias de viaje, dado que quiebra la relación positiva que debe existir entre los costos y el beneficio que la libertad de empresa protege. Más aún si así se establece en los acuerdos suscritos entre la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) y las agencias de viajes, al prever que: «Por la venta del servicio de transporte aéreo y de servicios auxiliares por parte del agente, en virtud del presente Acuerdo, el transportista deberá remunerar al agente en la forma y en la cantidad que se establezcan periódicamente, y comunicarlo a la agente de la Aerolínea. Esa remuneración deberá constituir una compensación total por los servicios prestados a la Aerolínea»¹⁵.

El sentido del fallo en mayoría se reiteró en otros casos similares que plantearon algunas agencias de viajes con diferentes líneas aéreas, sobre la base que, desde la aprobación de la Constitución de 1993 y la Ley Marco de la Inversión Privada –Decreto Legislativo 757–, la mencionada Resolución Directoral 21-80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980, había quedado abrogada; es decir, que el monto de la comisión mercantil no podía ser fijado por una norma legal, sino por las leyes de la oferta y la demanda del mercado.

D. Contrato mercantil y representación legal

Con motivo de la resolución de la controversia contenida en el Expediente 328-2001-AA, el Tribunal Constitucional descartó la naturaleza constitucional del derecho de preferencia en la adquisición

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00005-2005-CC, de fecha 18 de noviembre de 2005.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04941-2008-PA, de fecha 1 de febrero de 2010.

¹⁵ Ibid. Fundamento Jurídico 17 del voto singular del Magistrado Landa Arroyo.

de acciones de una sociedad. La controversia tomó lugar en tanto el señor Víctor Montori Alfaro interpuso una acción de amparo contra la Compañía Minera Milpo S.A., Compañía Minera Cuyuma S.A., los señores Ulrich Ekkehard Rath y Alfonso Bustamante Bustamante, y la empresa Wickeburg Corp., a fin de que se declare la nulidad de la transferencia de dos millones ochocientos seis mil trescientos cuarenta y nueve (2 806 349) acciones de la Compañía Minera Milpo S.A., efectuada por su subsidiaria, la Compañía Minera Cuyuma, a la empresa Wickeburg Corp.

El demandante señaló que dicha operación del representante legal de la empresa no fue consultada al directorio ni a los accionistas, violándose sus derechos para la suscripción preferente de acciones, consagrados en el artículo 95 de la Ley General de Sociedades y el artículo 2.07 (d.1) del estatuto, los cuales disponían que, en los casos de colocación de acciones, éstas debían ser primeramente ofrecidas a los accionistas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional refirió que el derecho de preferencia invocado por el demandante no se encuentra consagrado en la Constitución, sino que deriva de su especial condición de accionista de la sociedad, siendo que el origen de dicho derecho puede derivar únicamente de una ley o del estatuto de la sociedad. Sin embargo, bajo la consideración de que en el presente caso no se había vulnerado un derecho constitucional que pudiera ser objeto de un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por falta de legitimidad para obrar y representación defectuosa del demandado.

De otro lado, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda amparo de la empresa minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contra una resolución del Poder Judicial también en materia de amparo, promovido por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y la Compañía Minera Algamarca S.A. contra la Oficina Registral Nor Oriental y otros, donde se resolvió la eficacia del contrato civil de transferencia de concesiones mineras celebrado entre la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y las compañías mineras Algamarca, bajo el argumento central de que el gerente general de Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. no podía celebrar el contrato de transferencia de concesiones mineras por el cual transfirió dichos derechos mineros a Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.¹⁶.

El Tribunal Constitucional se pronunció declarando que se admita a trámite el amparo de la empresa Sulliden Shahuindo, dado que existía una materia no solo de carácter civil-mercantil sobre la representación legal de las empresas mineras y los poderes suficientes del gerente general para disponer la transferencia de las concesiones mineras, sino un asunto con contenido constitucional, dado que dicha cuestión controvertida se encontraba bajo jurisdicción arbitral por parte de la Minera Sulliden Shahuindo, quien había demandado a las empresas mineras Algamarca la ejecución del contrato.

E. Aumentos y reducción de capital y derechos de suscripción preferente

En diciembre de 2007, la señora Flor de María Ibáñez Salvador interpuso demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. [en adelante, Chiquitoy], el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A., 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, a fin de que se declaren nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de Chiquitoy de fecha 6 de diciembre del 2006, los cuales vulneraron sus derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso corporativo particular y a la interdicción a la arbitrariedad¹⁷.

La demandante precisó que, mediante Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, se acordó, entre otros aspectos, la reducción a cero (0) del capital social de Chiquitoy y, simultánea e inmediatamente, llamaron a la suscripción de las acciones solo con los créditos efectivos de Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. y Cartavio S.A.C., que se capitalizaron con el aumento de capital. Esta práctica societaria, conocida como “operación acordeón”, facilitó la incorporación de los acreedores de la empresa mediante la capitalización de sus créditos, pero los accionistas minoritarios, como la demandante, fueron “licuados” por la operación societaria mencionada.

La demandante, si bien señaló que dicho acuerdo recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, resaltó que se estableció una cláusula irrazonable que impedía el ejercicio de dicho derecho¹⁸. Por otro lado, indicó que en ningún momen-

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00094-2007-PA, de fecha 20 de agosto de 2008.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00228-2009-PA, de fecha 4 de abril de 2011.

¹⁸ Según lo informado por la demandante, en dicha Junta de Accionistas se acordó que el pago de las acciones suscritas debía hacerse en efectivo al mismo momento de la Junta.

to se realizó el cálculo de los montos dinerarios requeridos para el pago de la suscripción accionaria, ni se reguló el momento del ejercicio de la suscripción preferente.

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló que, si bien el impedimento del ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones no se encuadra dentro de la gama de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, debe considerarse que, dada la reducción del capital a cero, el impedimento alegado guarda vinculación con los derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación. Ello en la medida que la reducción a cero del capital social, impuesta por una mayoría accionaria a los socios minoritarios, incide en la posibilidad de estos últimos de pertenecer a la sociedad (derecho de asociación) y de desarrollar a través de ésta una actividad económica (derecho a la iniciativa privada).

A razón de ello, el Tribunal Constitucional determinó que la omisión de la Junta de fijar la cantidad de acciones a suscribir y el monto dinerario requerido para ello, impidieron arbitrariamente el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la demandante, comprometiéndose, incluso, su condición de accionista de la sociedad, motivo por el cual declaró fundada la demanda.

Con oportunidad de otra demanda de amparo, interpuesta por el señor Josué Javier Tejada Mejía contra la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo S.A.C., el Tribunal Constitucional rechazó la aplicación de cláusulas estatutarias inconstitucionales¹⁹.

El demandante solicitó que se declare sin efecto el acuerdo de la Junta General de Accionistas de fecha 6 de abril de 2009, mediante el cual se aprobó su exclusión como socio de la entidad denunciada, y se ordene su reincorporación. Al respecto, el demandante precisó que, a raíz del inicio de procesos judiciales con el objeto de cuestionar los acuerdos adoptados en diversas sesiones de la Junta General, se adoptó una modificación al Estatuto Social, cuya aplicación generó su exclusión como socio.

En relación a ello, el Tribunal Constitucional indicó que, aun cuando el Estatuto sujetaba la exclusión a que la acción judicial fuera declarada improcedente, inadmisibles o infundada, el solo temor a que la demandada fuera desestimada generaba una restricción al derecho al libre acceso a la jurisdicción.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la cláusula estatutaria en cuestión y declaró fundada la demanda.

Por otro lado, con fecha 19 de julio de 2011, el señor Gino César Solari Arias, en representación de la empresa Clarion Holding Limited Corporation, interpuso una demanda de amparo contra la empresa Talingo Corporation²⁰, solicitando, entre otros, que se abstenga de cualquier conducta tendiente a impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, administración y funciones de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. [en adelante, SIMSA], de la cual tanto el demandante como la demandada eran accionistas.

El demandante precisó que Talingo Corporation había cursado cartas altisonantes a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras, las cuales estaban destinadas a difundir temor y neutralizar las actividades financieras y negocios de dicha empresa.

En relación a ello, el Tribunal Constitucional verificó que el contenido de dichas cartas estaba orientado a cuestionar ante terceros la validez de los acuerdos societarios adoptados mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011.

En dicha medida, indicó que la conducta de la demandada tenía respaldo en una medida cautelar de anotación de demanda de nulidad de acuerdos societarios que se encontraba debidamente inscrita en la Partida Registral 11369709, de SIMSA. Asimismo, el Tribunal Constitucional refirió que la remisión de las cartas cuestionadas no implicaba una amenaza a los derechos fundamentales alegados, ya que no impedían ni obstaculizaban el funcionamiento de SIMSA, motivo por el cual declaró infundada la demanda.

F. Pago de títulos valores, avales y bonos

A propósito de un proceso de ejecución seguido por el Banco de Comercio contra Andreas Kulenkampf von Bismarck y María Schwalb de Kulenkampf von Bismarck, los ejecutados interpusieron una demanda de amparo, de fecha 22 de mayo de 2002, a fin de evitar que se disponga el remate de los derechos y acciones sobre el inmueble de su propiedad, así como el embargo de los bienes muebles de su propiedad, “[...] hasta que se dicte sentencia final en el proceso judicial sobre anulabilidad parcial de acto jurídico e indemnización por

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00189-2010-PA, de fecha 7 de marzo de 2011.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02871-2012-PA, de fecha 25 de setiembre de 2013.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04087-2011-PA, de fecha 28 de mayo de 2012.

daños y perjuicios seguido por ellos en contra del Banco de Comercio”, toda vez que la escritura pública en base a la cual se promovieron los procesos de ejecución se refería a pagaré fraudulentos²¹.

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló que los títulos valores incompletos deben ser completados para su presentación a cobro de conformidad con lo pactado por las partes. Asimismo, indicó que, en caso no se haya consignado ninguna referencia a la adición de intereses moratorios y compensatorios, corresponde que el título valor sea completado por el importe original y los intereses devengados se paguen en ejecución de sentencia.

Con relación al caso concreto, el Tribunal Constitucional constató que los pagarés puestos a cobro habían sido completados por montos superiores a lo expresamente asumido como deuda, calificando dicho hecho como un **ejercicio abusivo del derecho** como acreedor. Asimismo, verificó que en los pagarés puestos a cobro se habían consignado dos fechas distintas de emisión, con lo cual declaró que se habían perjudicado y, en consecuencia, no tenían la calidad de título valor ni mérito ejecutivo. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional decidió declarar fundada la demanda de amparo.

Por otro lado, con fecha 24 de octubre de 2000, la señora Julia Soledad Chávez Zúñiga interpuso una acción de amparo contra el Banco Wiese Sudameris por considerar que se había afectado su derecho a la propiedad, toda vez que el demandado dispuso del dinero de su cuenta de ahorros para compensar la deuda incumplida por la Asociación de Comerciantes El Dorado, respecto de la cual la demandante era avalista a través de la suscripción de un pagaré.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el inciso 11 del artículo 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, “[...] prevé la posibilidad de que las empresas bancarias acreedoras compensen sus acreencias con los activos (léase cuenta de ahorros) del deudor que mantenga en su poder; claro está, siempre que la deuda se encuentre vencida y, en el caso de pagarés, siempre que se encuentren debidamente protestados [...]”²². Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoció que el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquier deudor solidario, sea éste avalista o avalado.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional concluyó que el denunciado no había incurrido en abuso de derecho ni había vulnerado el derecho constitucional al ahorro de la demandada, en tanto se encontraba facultado para hacer uso de la garantía personal convenida en virtud del pagaré suscrito por la demandada.

En otro caso, en el año 2013, el Tribunal Constitucional resolvió en vía de ejecución de la sentencia recaída en el Expediente 022-96-I/TC, del 15 de marzo de 2001, en la que se declaró la inconstitucionalidad de algunas normas legales vinculadas con el pago de los bonos de la deuda agraria, que el Estado honre dicha deuda de acuerdo a un método de actualización a precio de mercado y en efectivo, mediante la dolarización de las deudas, y en favor de algunos bancos nacionales –Banco de Crédito del Perú– y de fondos internacionales de recuperación de deudas –los llamados “fondos buitres”–, que habían comprado dichos bonos a precio vil de los originarios tenedores de bonos que habían sido expropiados por la Reforma Agraria, sin un pago indemnizatorio justipreciado.

En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció en 1996 declarando inconstitucionales los artículos 1, 2 y la Primera Disposición Final de la Ley 26597, así como la Disposición Transitoria Única de la Ley 26756, dado que dichas normas legales establecieron un pago al valor nominal de los bienes expropiados por la Reforma Agraria llevada a cabo a partir del año 1969, violando el mandato constitucional del pago del valor justipreciado de los bienes expropiados, dispuesto en la Constitución de 1933, así como también en la Constitución de 1979 y, sobretudo, el artículo 70 de la Constitución de 1993.

De modo que el Tribunal Constitucional dispuso en vía de ejecución de sentencia de una acción de control abstracto de las leyes mencionadas, una medida de ejecución concreta, que es propia de la protección judicial de una acción de amparo, no de una acción de inconstitucionalidad. Más aún, el Tribunal Constitucional estableció reglas que fijaban el factor de actualización de la deuda en dólares americanos y la tasa de interés de los bonos del tesoro americano. Asimismo, señaló que el mandato de su sentencia de ejecución era obligatorio a todos los poderes públicos y, en particular, para el Poder Judicial²³. Ello con la finalidad de que las reclamaciones por el pago de los actuales tenedores de los bonos de la deuda agraria puedan realizarse

²² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 410-2002-AA, de fecha 15 de octubre de 2002. Fundamento Jurídico 9.

²³ Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 8 de agosto de 2013, recaída en el Expediente 00022-1996-PI.

mediante procesos judiciales para el cobro de sus acreencias, pudiendo solicitar el embargo de los bienes de dominio privado del Estado.

G. Publicidad mercantil

Con fecha 9 de enero de 2004, Aesthetic International S.R.L. interpuso una demanda de amparo contra Indecopi, solicitando que se declare inaplicable la Resolución 097-2003-CCD-Indecopi, así como la Resolución 0538-2003-TDC-Indecopi, dictadas en favor de la empresa Merck Sharp & Dohme Perú S.R.L., por considerar afectados sus derechos a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento y libertad de trabajo²⁴.

Las resoluciones administrativas se emitieron con infracción al principio de veracidad y denigración publicitaria, por haber difundido un anuncio publicitario en el que afirmaba la ineficacia de productos que previenen o detienen la caída del cabello, afectando los intereses legítimos de Merck Sharp & Dohme. Siguiendo la tesis del Indecopi, el Tribunal Constitucional señaló que Aesthetic Internacional S.R.L. tenía la obligación de acreditar o probar la veracidad de su anuncio publicitario sobre la ineficacia de los productos contra la caída del cabello.

Ello se funda en que el artículo 65 de la Constitución dispone que el Estado está obligado a defender el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, particularmente para velar por la salud y la seguridad de la población.

En ese entendido, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, Ley de Protección del Consumidor, resultaba aplicable a los mensajes publicitarios que los consumidores perciben como comprobables mediante un análisis integral y superficial de los anuncios, según lo establecido por el Indecopi. Por tanto, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de Aesthetic International S.R.L.

Con fecha 9 de abril de 2007, el señor Jorge Manuel Linares Bustamante interpuso demanda de amparo contra la empresa Gloria S.A. y el Indecopi, por considerar que la difusión de la publicidad referida al producto “Leche Gloria” resulta discriminatoria, en tanto reflejaría una actitud de menosprecio hacia las personas de baja estatura.

Asimismo, indicó que la publicidad referida sería engañosa, toda vez que señalaría que el solo consumo de dicho producto contribuye al crecimiento de los niños, siendo que dicho dato no está científicamente probado²⁵.

En relación a la discriminación alegada por el demandante, el Tribunal Constitucional señaló que la publicidad en cuestión no evidencia “[...] distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en la raza o la estatura, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas [...]”²⁶. Por el contrario, indicó que el demandante no había brindado un parámetro de comparación que permitiera efectuar un juicio de igualdad, incurriendo en una alegación meramente subjetiva; obviando el principio de la suplencia de queja deficiente y/o *iura novit curia*, en virtud del cual los jueces deben aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por la parte.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional decidió no analizar la publicidad engañosa invocada por el demandante, en tanto dicho extremo había sido desestimado en primera instancia y consentido por el demandante. En consecuencia, en esta sentencia se pone en evidencia una falta de motivación objetiva –principio de congruencia procesal–, dado que los magistrados constitucionales que resolvieron el caso prefirieron evadir pronunciarse sobre un tema central para tutelar o rechazar la demanda, acerca de la publicidad engañosa, so pretexto que la sentencia de primera instancia que debían revisar ya la había rechazado.

H. Privacidad empresarial

Con fecha 21 de agosto de 2001, la empresa Nuevo Mundo Holding S.A. interpuso una acción de hábeas data contra la SBS, solicitando que se le proporcione la información denegada por carta notarial de fecha 18 de julio de 2001²⁷. La demandante precisó que la SBS no le proporcionó copias de los documentos que los interventores designados por la SBS en el Banco Nuevo Mundo entregaron al Banco Interamericano de Finanzas, vulnerándose así su derecho de acceso a la información documentada.

A propósito de dicha controversia, el Tribunal Constitucional estableció que el derecho de acceso a la información puede ser objeto de limitaciones de-

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 185-2007-PA, de fecha 18 de agosto de 2009.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02342-2012-PA, de fecha 23 de octubre de 2012.

²⁶ Ibid. Fundamento Jurídico 6.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1219-2003-HD, de fecha 21 de enero de 2004.

rivadas de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos, como el derecho a la intimidad personal, o bienes constitucionalmente relevantes, como la seguridad nacional, y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley.

En esta línea, el Tribunal Constitucional señaló que el secreto bancario, entendido como la reserva de la esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado que realizan operaciones bancarias o financieras, constituye un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En concordancia con ello, indicó que el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, de modo que su conocimiento y acceso sólo pueden levantarse, según el inciso 5 del artículo 5 de la Constitución, “a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado”²⁸.

En referencia al caso en concreto, el Tribunal Constitucional estableció que la SBS es un órgano que se encuentra sujeto al principio de publicidad dispuesto en el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, de modo que debe presumirse que la información que mantiene tiene carácter público. De ello deriva la obligación de la SBS de proporcionar la información solicitada por los particulares y no exigir expresión de causa.

En ese entendido, el TC señaló que, si bien la SBS tiene la obligación de preservar el secreto bancario, la demandante había efectuado una solicitud de información genérica e imprecisa, con lo cual la SBS se hallaba en la obligación de seleccionar y entregar aquella información que no estaba protegida por el secreto bancario.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional concluyó que la negativa generalizada de la SBS a entregar la información requerida resultaba incompatible con el derecho de acceso a la información y los principios de publicidad y transparencia que informan toda la información que posea el Estado. Por los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda.

En otro caso, en la sentencia recaída en el Expediente 0072-2004-AA, del 7 de abril de 2005, el

Tribunal Constitucional declaró infundada una demanda de amparo que presentó Carabaya Inversiones y Finanzas S.A. [en adelante, CIF] contra la Corte Superior de Arequipa, debido a que la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores [en adelante CONASEV] dispuso que CIF, que no listaba en bolsa, debía presentar información financiera consolidada y auditada de la empresa Inca Tops S.A., de la cual era propietaria del 90% de acciones y que listaba en bolsa, a pesar de que CIF, al no listar en bolsa, no estaba obligada a brindar dicha información, según la Resolución 722-97-EF/95.10, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico.

No obstante, quedaron pendientes algunos temas constitucionales sobre el carácter de CIF como empresa matriz de Inca Tops S.A.; esto es, si la empresa matriz podría oponer su derecho a la privacidad empresarial para no entregar la información solicitada, y si correspondía usar el principio de razonabilidad y proporcionalidad para resolver este conflicto²⁹.

Sobre el particular, el fundamento de voto del suscrito desarrolló el contenido constitucional del derecho a la información pública, el carácter de la información económica, la necesidad de la información sobre los mercados financieros, la información como elemento esencial para la protección de las inversionistas, en particular, el requerimiento de la información de la empresa Carabaya de Inversiones y Financiera con carácter de matriz. Todo ello convertía en principio en una necesidad de conocimiento público la información respecto a CIF.

Junto a ello, se expuso el derecho a la privacidad financiera y se desarrolló el contenido constitucional del derecho a la privacidad empresarial, donde se planteó la diferenciación entre la intimidad personal y la privacidad empresarial, desarrollando lo que es el secreto industrial y/o comercial del que goza CIF.

Por ello, el fundamento de voto culmina con el análisis de proporcionalidad para resolver el conflicto entre los derechos constitucionales mencionados, señalando que la medida limitativa que dispuso CONASEV sobre CIF era adecuada para garantizar la transparencia del Mercado de Valores y brindar la necesaria información a los inversionistas. Asimismo, la medida era necesaria al no existir una medida menos gravosa, desde que CIF controla el 90% de las acciones de Inca Tops S.A.,

²⁸ Ibid. Fundamento Jurídico 9.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0072-2004-AA, de fecha 7 de abril de 2005. Fundamentos Jurídicos 4-24 del voto del Magistrado Landa Arroyo.

que cotiza en el mercado. Finalmente, la medida de CONASEV era estrictamente proporcional porque guardaba una relación razonable con el fin que se pretendía alcanzar, mediante el balance entre sus costos y sus beneficios.

I. Disolución de sociedades

Como consecuencia de la intervención en 1981 del Banco de la Industria de la Construcción [en adelante, BIC] por parte de la SBS, se interpuso dos procesos constitucionales. Uno lo resolvió en 1984 el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, en virtud del cual las empresas vinculadas al BIC –Grupo Vulcano– demandaron que la disolución del derecho de asociación solo podía ser realizada por resolución judicial, no por resolución administrativa, de conformidad con lo que disponía el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución de 1979.

Sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales (11-12-84), en la acción de amparo de la Compañía Industrial y Comercial Vulcano S.A. y otros contra la Superintendencia de Banca y Seguros, señaló que dicha protección constitucional estaba referida a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, más no a las asociaciones bancarias, que, como las entidades dedicadas a la banca, finanzas y seguros, se sujetaban a la Ley de Sociedades Mercantiles. De allí que la orden administrativa de la disolución del BIC no fuera inconstitucional.

Con motivo de la intervención al BIC, pocos años después, el señor Luis Alberto León Rupp, su socio principal, interpuso una demanda de indemnización contra la SBS, debido a que no pudieron cobrar unos intereses a favor del BIC por un monto ascendente a 4 millones de dólares americanos³⁰. Dicha demanda fue declarada fundada en primera instancia judicial, consecuencia de lo cual la SBS interpuso recurso de apelación argumentando que, en tanto el proceso liquidatorio aún no había finalizado, los beneficios o perjuicios derivados de la gestión de los liquidadores solo podían determinarse cuando finalizara el proceso.

Posteriormente, la Cuarta Sala Civil de Lima revocó el sentido de la demanda y la declaró infundada, lo cual fue luego confirmado por la Corte Suprema. A razón de ello, con fecha 23 de noviembre de 1999, el señor León Rupp interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la SBS y el Ministerio de Economía y Finanzas, frente a lo cual dichas entidades dedujeron excepciones de prescripción.

Dichas excepciones fueron declaradas infundadas en primera instancia; sin embargo, fueron luego declaradas fundadas por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó las resoluciones emitidas por la Sala Civil en casi todos sus extremos, pero dejó a salvo el derecho de indemnización del demandante únicamente respecto de la ganancia anual dejada de percibir durante el proceso liquidatorio.

V. CONCLUSIÓN

Como la Constitución es la norma jurídica suprema a nivel nacional, las leyes no deben ser aplicadas en contra de sus principios y derechos constitucionales; sin embargo, este principio de supremacía jurídica de la Constitución en sentido formal y material no puede llevarse al extremo de sobreconstitucionalizar las distintas áreas del Derecho, como el Derecho Mercantil. Máxime si cada rama del Derecho cuenta con principios y reglas propias de su actuación, que reposan no solamente en el principio de legalidad, sino también, muchas veces, en tratados internacionales que obligan a los Estados a respetar determinadas prácticas en base a la legalidad nacional.

La actuación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia del Derecho Mercantil, de la cual se ha dado cuenta en este trabajo, pone en evidencia que, en principio, los jueces constitucionales han procurado una protección de los derechos mercantiles mediante la aplicación de ciertos principios constitucionales como: (i) la libre iniciativa privada en una economía social de mercado; (ii) el libre acceso al mercado sin afectar el derecho de la competencia; (iii) la libertad de empresa con respeto del orden público constitucional; (iv) las prácticas comerciales conforme con los derechos de los consumidores; y, (v) la responsabilidad social de las empresas en el pago de obligaciones fiscales no tributarias.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional también ha puesto en evidencia que la tutela de los derechos mercantiles se procura a través de los derechos fundamentales económicos; tales como el libre acceso al mercado en el marco de las normas legales, la transformación de sociedades en armonía con los organismos constitucionales competentes de autorizarla, el establecimiento de las comisiones mercantiles en función de los convenios internacionales, la validez de los contratos mercantiles suscritos por mandatarios competen-

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04498-2008-PA, de fecha 19 de octubre de 2009.

tes, el incremento del capital social con respeto al derecho de preferencia y de las minorías, el pago de los títulos valores conforme a la seguridad jurídica, la publicidad comercial, la privacidad empresarial y la disolución empresarial.

Si bien las prácticas mercantiles tienen sus propias reglas legales, estas se han delimitado en su aplicación en función de la Constitución, en base a la in-

terpretación en unos casos estricta del contenido de las leyes mercantiles y, en otros, en base a una interpretación flexible de las mismas, claro está, con los riesgos de interpretaciones y falta de motivación suficiente o incompleta. Por ello, la mejor garantía del respeto de los actos comprendidos en el Derecho Mercantil, es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, razonable y proporcional. ¶