



# **INFORME DE EXPEDIENTE SOCIETARIO**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de  
Abogado

Materia: Nulidad de acuerdo societario  
Demandante: Jorge Godofredo Blacker Bendezú  
Demandado: Compañía Minera Nueva Princesa S.A.C.  
Número de expediente: DE-SOCIET001

**FELIPE SALVADOR TUDELA GUTIÉRREZ**  
**Código 20102759**

Lima – Perú  
Diciembre de 2018

**Resumen:** Se trata de un expediente en el que una persona natural interpone Demanda de Nulidad de Acuerdo Societario contra una compañía minera ante el 7°. Juzgado Civil de Sub-Especialidad Comercial de Lima, al amparo de diversas normas de la Ley General de Sociedades y el art. 219 inc. 1 del Código Civil, pidiéndose la nulidad de los acuerdos tomados en Junta General de Accionistas..

## Resumen de Expediente Societario

<b>Expediente</b>	:	DE-SOCIET0011
<b>Materia</b>	:	Nulidad de Acuerdo Societario
<b>Vía Procedimental</b>	:	Proceso de Conocimiento
<b>Demandante</b>	:	Blacker Bendezu, Jorge Godofredo
<b>Demandado</b>	:	Compañía Minera Nueva Princesa S.A.C.

---

### **I. DEMANDA**

Con fecha 28 de abril de 2005, **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** interpuso Demanda de Nulidad de Acuerdo Societario contra **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**, ante el 7° Juzgado Civil de Sub-Especialidad Comercial de Lima.

### **Pretensión Principal**

Que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 38°, 78°, 79°, 115°, numeral 2), 113°, 125°, 126°, 127°, 128° y 150° de la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887 (en adelante, "LGS"); concordados con el artículo 219°, inciso 1) del Código Civil, solicito se declare la nulidad total de todos y cada uno de los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de fecha realizada el día 02 de mayo de 2005 de la sociedad demandada, en razón de haber sido tomados incurriendo en causales de nulidad previstas en la LGS y en el Código Civil, tal como lo sanciona particularmente el antes referido artículo 150° de la LGS.

### **Fundamentos de Hecho**

1. Mediante Escritura Pública de fecha 8 de junio de 2004, se constituye, a través de una Constitución Simultanea, la **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**. Tenía por objeto principal dedicarse a la exploración, explotación, desarrollo, beneficio y comercialización de minerales metálicos y no metálicos. Tenía un capital social de S/ 1'152,180.00.
2. El señor **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** suscribió y pagó íntegramente el 40% que le correspondía del capital social, aportando las acciones de las concesiones mineras: "LAS PRINCESAS" y "REYNA". El 40% correspondiente a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** y el 20% correspondiente a Alexander Vidaurre Otayza fueron suscritos íntegramente, pero pagados sólo en un 45%, mediante aportes en efectivo, estableciendo el Pacto Social que el saldo de sus aportes – esto es el 55% restante – debía pagarse en dos armadas iguales a los 60 días y a los 120 días de la suscripción

de la correspondiente Escritura Pública de constitución. Este saldo nunca fue pagado conforme a los términos del Pacto Social.

3. **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** no tiene Directorio. La gerencia está constituida por: a) el Gerente General: el canadiense Leonard Raymond De Melt, b) el Gerente de Operaciones: Alexander Vidaurre Otayza, y c) el Gerente de Administración y Finanzas: **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU**.
4. El Pacto Social estableció para **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** determinadas obligaciones adicionales (establecidas en el Anexo N°1). Debía entregar en donación a **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.:** (i) una Planta de Tratamiento Metalúrgico, (ii) un Tractor CAT D6D, (iii) dos compresoras neumáticas de 600PSI y una compresora neumática de 250 PSI, (iv) una camioneta pick up, (v) ocho perforadoras neumáticas de 130 libras de potencia aire/agua, (vi) materiales y herramientas, y (vii) explosivos, insumos, materiales y licencias para la producción minera por un año a un ritmo de extracción no menor de 75 TM diarias. Así mismo, en la Cláusula Decimo Primera del Pacto Social, se estableció la obligación de la demandada de cubrir gastos de capital de trabajo en forma gratuita y sin derecho de devolución, hasta por un máximo de US\$ 240,000.00.
5. Ciertos plazos señalados en el Pacto Social fueron prorrogados por una minuta del 8 de junio de 2004, la cual no fue elevada a Escritura Pública. Los plazos de las obligaciones adicionales de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** fueron prorrogados hasta el 30 de agosto de 2004 (dicha prórroga no comprende el cumplimiento de las obligaciones de los socios fundadores de cancelar el 55% restante de sus aportes no pagados).
6. Los plazos de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** para pagar el saldo restante de sus acciones y de cumplir sus obligaciones establecidas en el Anexo N°1 del Pacto Social han sido totalmente incumplidos.
7. La LGS establece que, si el accionista no cumple con pagar sus acciones en la forma y plazos previstos por el Pacto Social, incurre en mora sin necesidad de intimación. El efecto legal inmediato de incurrir en mora, conforme al Art. 79° de la citada ley, es que el accionista moroso no puede ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en su totalidad y consecuentemente no puede participar en ninguna Junta de Accionistas, ni ejercer derecho alguno respecto a dichas acciones. En consecuencia, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** se encuentra en condición de socio moroso al haber incumplido con la obligación de cancelar los dividendos pasivos que le correspondían según el Pacto Social.
8. **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** ha reconocido el incumplimiento de su obligación de pagar su aporte societario, mediante carta notarial de fecha 16 de noviembre de 2004 y mediante carta notarial de fecha 29 de noviembre de 2005. Además, en la Junta General de Accionistas de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** de fecha 11 de noviembre de 2005, el numeral 2

de la agenda fue el "PAGO DE DIVIDENDOS PASIVOS", lo que constituye prueba plena.

9. A la fecha de la Junta de Accionistas impugnada – 2 de mayo de 2005 - **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** era un socio moroso y como tal no podía constituir quorum ni adoptar acuerdos societarios válidos.
10. Mediante Junta Universal de Accionistas de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** se adoptó los siguientes acuerdos: remover al Gerente General de entonces, Leonard Raymond De Melt; nombrar como nuevo Gerente General a **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU**; y excluir de la Sociedad al socio **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** por incumplir sus obligaciones establecidas en el Pacto Social y por no pagar sus dividendos pasivos en las fechas establecidas en el Pacto Social.
11. Dicho acuerdo societario ha sido impugnado por **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en proceso judicial que se encuentra en trámite, lo que no invalida el mismo hasta la expedición de resolución judicial final que así lo determine. Y si se estimara que la Junta del 2 de noviembre del 2004, que dispuso la exclusión de la Sociedad del socio moroso, no puede surtir efectos por estar cuestionada judicialmente, hay que tener en cuenta que el socio excluido se encontraba en dicho momento en morosidad, por lo que no puede haber constituido quórum para la instalación de la Junta ni haber ejercido su derecho de voto, como lo establece los Art. 79°, 125°, 126° y 127° de la LGS.
12. En todos los casos la LGS requiere de manera imperativa que, tanto para el cómputo de quórum para la instalación de Junta de Accionistas como para el cómputo de quórum para la adopción de acuerdos, que el mismo sea calculado en función de las acciones con derecho a voto. En tal sentido, ante la comprobada morosidad, se han transgredido los Art. 125°, 126° y 127° de la LGS.
13. En la Junta de Accionistas del 02 de noviembre de 2004 se acordó la remoción del Gerente General Leonardo Raymond De Melt, por lo que a partir de dicha fecha se encontraba imposibilitado de convocar a Junta de Accionistas de la sociedad. Por lo que resulta evidente que la convocatoria realizada por el Sr. De Melt para la realización de la Junta de Accionistas del 02 de mayo de 2005 contraviene a la LGS.
14. Al haberse encontrado **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en situación de morosidad, resulta evidente que los acuerdos adoptados en la Junta de Accionistas de fecha 28 de febrero de 2005 no pueden expresar la voluntad societaria. En tal sentido, dichos acuerdos incurren en causal de nulidad prevista en el inciso 1) del Art. 219° del Código Civil.

### **Fundamentos de Derecho**

1. Los fundamentos jurídicos del petitorio se sustentan en los Art. 38°, 78°, 79°, 115°, numeral 2), 113°, 125°, 126°, 127°, y 150° de la LGS; concordados con el Art. 219°, inciso 1) del Código Civil.
2. Con relación al procedimiento, la demanda cumple con los requisitos establecidos en los Art. 424° y 425° y siguientes del Código procesal Civil.

### Vía Procedimental y Competencia del Juez

1. Que, conforme lo previsto en el segundo párrafo del Art. 150° de la LGS, la vía procesal correspondiente al presente proceso es la del proceso de conocimiento.

### Principales Medios Probatorios de la Demanda

1. Copia legalizada de la Escritura Pública de Constitución de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**
2. Copia legalizada de la minuta de fecha 8 de junio de 2004, donde se prorrogan los plazos de las obligaciones adicionales de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** al 30 de agosto de 2004.
3. Copia legalizada del acta de Junta universal de Accionistas de fecha 02 de noviembre de 2004.
4. Copia legalizada de los estados de cuenta bancarios extendidos por el Banco Continental correspondientes a la cuenta corriente de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**, por los meses de septiembre a noviembre de 2004, para acreditar que no existe ningún depósito efectuado por el demandando por los montos señalados en la Escritura Pública de Constitución, y que por lo tanto, se encuentra y encontraba en la condición de socio moroso.
5. Copia legalizada de la carta notarial de fecha 16 de noviembre de 2004, que dirige **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** a **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** donde hace referencia a hacer efectivo el aporte al cual se encuentran obligados
6. Copia legalizada de la carta notarial de fecha 29 de noviembre de 2004, que dirige **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** a **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** donde hace referencia al aporte de capital pendiente y su deseo de coordinar el pago.
7. Copia de la copia certificada extendida por el Notario de Lima Dr. Oscar González Uría, el la que constan algunos acuerdos adoptados en la nula Junta de Accionistas de fecha 02 de mayo de 2005.
8. La exhibición que deberá efectuar la demandada **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** de los folios correspondientes al Libro de Actas de Junta General de Accionistas N°1, legalizado con fecha 6 de setiembre de 2004, donde se acuerda asentada la Junta de Accionistas de fecha 02 de mayo de 2005.

9. Copia legalizada del acta de Junta General de Accionistas de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** llevada a cabo el 11 de noviembre de 2005.

## **II. AUTO ADMISORIO: ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA**

Con fecha 9 de mayo de 2006, el 7° Juzgado Civil Sub - Especializado en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, expide la Resolución N°1 declarando **ADMISIBLE** la demanda.

## **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante escrito de fecha 4 de julio de 2006, **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** contestó la Demanda en los siguientes términos:

1. Que, en la Junta de Accionistas llevada a cabo el 2 de mayo de 2005, concurrió **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en pleno goce y ejercicio de sus derechos como accionista, no hallándose incurso en mora.
2. Mediando Junta General de Accionistas del 6 de agosto de 2004, los accionistas acordaron fijar nuevas fechas para el pago de dividendos pasivos a los días 30 de septiembre y 15 de noviembre de 2004. En ese lapso, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** adquirió el íntegro de las acciones de Alexander Vidaurre Otayza, con lo que pasó a ser dueño del 60% de las acciones y por tanto el obligado al pago de los dividendos pasivos sobre el 60% de las acciones.
3. Como consta en las dos Constancias de Aporte, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** pagó el íntegro de la primera armada de los dividendos pasivos exigibles a esa fecha.
4. Conforme aparece en las constancias de Aporte, los pagos se hicieron el 15 de septiembre de 2004 mediante compensación de deuda y mediante cheque, resultando carente de sentido que el actor pretenda demostrar una supuesta falta de pago presentando constancias bancarias, ya que la compensación de deuda no se registra bancariamente y el cheque fue hecho efectivo por nuestra empresa posteriormente.
5. Resulta falso el supuesto incumplimiento del pago de la segunda armada programada para el mes de noviembre del 2004, en cuanto a que este no pudo ser realizado a esa fecha por causas no imputables a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**, ya que se le comunicó mediante carta que, debido a la situación de anormalidad administrativa y gerencial, **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** no recibiría pago alguno por concepto de dividendos pasivos, hasta que se normalice la situación. Por lo que resulta de aplicación el Art. 1314 del Código Civil según el cual no puede hacerse responsable al deudor de una obligación por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso si la causa de ello no les imputable.

6. Una vez normalizada la situación, el 13 de julio de 2005, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** cumplió con el pago de la segunda armada de dividendos pasivos, como consta en la Constancia de Deposito y se confirma en la Junta General de Accionistas del 11 de noviembre de 2005.
7. Respecto a la carta notarial de fecha 16 de noviembre de 2004, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** deja constancia que por causas no imputables a ella se vería imposibilitada de efectuar el pago de los aportes debidos.
8. Respecto a la carta notarial de fecha 29 de noviembre de 2004, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** reitera lo expresado en la carta precedente.
9. Respecto a la Junta General de Accionistas del 11 de noviembre de 2005, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** solicitó se haga constar que había cancelado los dividendos pasivos según recibos de cancelación de fecha 15 de septiembre de 2004 y mediante depósito en dólares el 13 de julio de 2005. Acordando la Junta que se da por cumplido el pago de los dividendos pasivos a cargo de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**. Dicha acta no tiene ningún reconocimiento de mora por parte de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**
10. Respecto a la Junta General de Accionistas de fecha 02 de mayo de 2005, cuya nulidad se solicita, fue oportuna y válidamente convocada por el entonces Gerente General, Leonard Raymond De Melt, quien se encontraba facultado conforme consta en la Partida Registral de la Sociedad.
11. La Junta General de Accionistas de fecha 02 de noviembre de 2004 donde se remueve al Gerente General Leonard Raymond De Melt, ha sido declarada Nula por el 56° Juzgado Civil de Lima. En dicha Junta, solo concurrió **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** porque nunca fue convocada por nadie y por tanto era inválida.

#### **Fundamentos de Derecho**

1. Art. 111 de la LGS; Art. 1314 del Código Civil y en lo establecido en el numeral 9) del Art. 22 del Estatuto Social.

#### **Medios Probatorios**

1. Copia legalizada del acta de Junta General de Accionistas del 6 de agosto de 2004.
2. Constancias de Aporte de capital social de fecha 15 de septiembre de 2004.
3. Carta de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** dirigida a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**
4. Constancia de depósito bancario de fecha 13 de julio de 2005.
5. Acta de Junta de Accionistas de fecha 11 de noviembre de 2005.

6. Acta de Junta General de Accionistas de fecha 2 de mayo de 2005.

#### **IV. RESOLUCIÓN N° 03**

Resuelve tener como apersonado al proceso a la empresa recurrente **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** como tercero coadyuvante de la parte demandada.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO - RESOLUCIÓN N° 04**

Mediante Resolución N° 04 de fecha 09 de agosto de 2006, el 7° Juzgado Civil Sub - Especializado en lo Comercial declaró **SANEADO EL PROCESO** al haberse constituido una relación jurídico procesal válida; observándose que no se han deducido excepciones y que además concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Así mismo, se convoca para una Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos para el día 05 de septiembre de 2006.

#### **VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN**

Con fecha 05 de septiembre de 2006, en sede del 7° Juzgado Civil Sub - Especializado en lo Comercial, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación; en la cual se determinó lo siguiente:

##### **Punto Controvertido**

Determinar si resulta procedente declarar la nulidad total de todos y cada uno de los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de la **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** realizada el día 02 de mayo de 2005.

##### **Admisión de Medios Probatorios**

- Se admiten medios probatorios de la parte demandante - **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU.**
- Se admiten medios probatorios del escrito de contestación a la demanda - **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**
- Se admiten medios probatorios del escrito de contestación a la demanda - **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**

#### **VII. SUSPENSIÓN DEL PROCESO**

Con fecha 7 de noviembre de 2006, el 7° Juzgado Civil Sub - Especializado en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, expide la Resolución N°8 declarando **SUSPENDER** el proceso hasta que se resuelva el proceso tramitado ante el 56° Juzgado Especializado en los Civil de Lima (Expediente N° 85295-2005) para así evitar fallos contradictorios.

## Expediente N° 85295-2005

**COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** impugna judicialmente la nulidad e invalidez, ante el 56° Juzgado Especializado en los Civil de Lima, de la Junta General de Accionistas de fecha 2 de noviembre de 2004 de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**, en la que se acordó, entre otros acuerdos, la remoción del Gerente General Leonard Raymond de Melt, así como la exclusión de la sociedad del accionista **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** por el incumplimiento en el pago de sus dividendos pasivos.

Con fecha 23 de septiembre del 2005, el 56° Juzgado Especializado en los Civil de Lima emite sentencia en la Resolución N°16 (corregida luego en la Resolución N°17) declarando **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA**, declarándose la nulidad e invalidez de los acuerdos tomados en dicha Junta; así como la nulidad e invalidez del acta correspondiente.

**JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** presentará un Recurso de Apelación y luego uno de Casación ante dicha Sentencia, declarándose finalmente improcedente el Recurso de Casación mediante el Auto Calificatorio del Recurso CAS. N°2691-07 de fecha 26 de junio de 2007.

## VIII. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA RESOLUCIÓN N°8

Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2006, **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU**, presenta Recurso de Apelación contra la Resolución N°8 bajo los siguientes términos:

1. De permitirse la suspensión en los términos dispuestos, la seguridad jurídica del país se vería resquebrajada.
2. No existe justificación para suspender el proceso.
3. Lo resuelto por el Juzgado le afecta ya que mantiene vigente un acuerdo societario nulo, por lo tanto favorece a la demandada.

## IX. AUTO CONCESORIO DE LA APELACIÓN

Mediante Resolución N°9 de fecha 4 de diciembre de 2006, el 7° Juzgado Civil Sub Especializado en lo Comercial, verificados los requisitos y el plazo de ley, **CONCEDE** la apelación **SIN EFECTO SUSPENSIVO** y **SIN LA CALIDAD DE DIFERIDA**. Por tanto, se dispuso que se **ELEVEN LOS ACTUADOS** al Superior Jerárquico en el plazo de ley.

## X. PRIMERA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

Mediante Resolución N°4 de fecha 18 de mayo de 2007, la Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial da cuenta que la suspensión decretada por el Juez de Primera Instancia constituye una decisión adecuada, resolviendo **CONFIRMAR** el auto emitido mediante resolución N°8 de fecha 7 de noviembre de 2006.

## **XI. LEVANTAMIENTO DE LA ORDEN DE SUSPENSIÓN**

Mediante Resolución N°16 de fecha 11 de octubre de 2007, el 7° Juzgado Civil Sub Especializado en lo Comercial levanta la orden de suspensión del proceso decretada mediante Resolución N°8 de fecha 7 de noviembre de 2006; y continuando con el trámite decreta: **PONGASE LOS AUTOS A DESPACHO PARA SENTENCIAR.**

## **XII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante Resolución N°18 de fecha 13 de noviembre de 2007, el 7° Juzgado Civil Sub-Especializado en lo Comercial, emite Sentencia declarando **INFUNDADA** la Demanda, por los siguientes fundamentos:

1. Que, con las constancias de aporte de capital, de fecha 15 de setiembre de 2004, las que no han sido tachadas por el demandante, se acredita que **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**, dentro del plazo fijado, pagó la primera armada del aporte pendiente.
2. Si bien es cierto que la segunda armada del aporte pendiente no fue pagada en la fecha prorrogada y fijada, como fue el día 15 de noviembre de 2004, tampoco se puede pasar desapercibido, que mediante carta remitida por el Gerente General y el Gerente de Operaciones de la demandada, que no ha sido tachada por el demandante, se comunicó a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** que *" ...en razón de la actual situación gerencial y administrativa de la empresa debido a los cuestionamientos efectuados por los accionistas de la misma, se ha decidido no recibir pago alguno por conceptos de aportes pendientes (dividendos) hasta que tal situación se normalice"*.
3. Que no todo retardo en el cumplimiento de una obligación configura mora, por lo que se puede fijar como requisitos, en el caso del deudor, lo siguiente:
  - a) El retardo en el cumplimiento de la conducta debida.
  - b) La imputabilidad como elemento subjetivo de la situación de la mora; esto es, que la mora debe ser inexcusable, producto del dolo o negligencia del deudor.
4. Que, lo que debe quedar establecido es que debe ser entendido como un retardo, ya que posteriormente mediante depósito bancario de fecha 13 de julio de 2005, se realizó el pago de la segunda armada.
5. Que, del contenido de la carta remitida por el Gerente General y el Gerente de Operaciones de la sociedad demandada, se tiene que el retardo en el pago de la segunda armada fue como consecuencia de la decisión tomada por esta, lo cual no puede ser imputado a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** En especial cuando estos Gerentes eran los que se encontraban facultados a cobrar las sumas que se adeudaran a la sociedad, según lo establece la Cláusula vigésimo segunda, punto 8, de la Escritura Pública de constitución.

6. Que, entonces no resulta posible atribuir que **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** haya incurrido en una situación de morosidad, en los términos del Art. 78° de la LGS y por tanto, no siéndole aplicable los efectos del Art. 79° de la referida Ley, pudo participar, votar, formar quorum y establecer mayorías en la Junta General de Accionistas del 2 de mayo de 2005, no existiendo de esta manera, razones para estimar que se hayan contravenido los Art, 125°, 126° y 127° de la LGS; resultando inaplicable este extremo de la demanda.
7. Que, según el proceso instaurado ante el 56° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima (Exp. 85925-2005), el cual se encuentra con decisión firme, se advierte que los acuerdos tomados en la Junta General de Accionistas del 2 de noviembre de 2004 resultaron inválidos, encontrándose entre estos, el de la remoción de don Leonard Raymond de Melt como Gerente General de la sociedad demandada.
8. Que, no se ha establecido la morosidad de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**, en consecuencia, se declara **INFUNDADA** la demanda.

### **XIII. RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA**

Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2007, el demandante **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU**, presenta Recurso de Apelación contra la Sentencia de Primera Instancia bajo los siguientes términos:

1. Que, el Juzgado ha adoptado un criterio ilegal y contrario a lo que, en otro proceso exactamente similar en base a los mismos hechos, la Sala Superior Comercial ya ha resuelto sobre la presente controversia.
2. La aplicación de los efectos jurídicos de los Art. 78 y 79 de la LGS se producen de manera automática, por lo que no resultaba necesaria ningún acto adicional.
3. Así ya había sido entendido por la Sentencia expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima (Exp.1661-2006), que confirmó la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Civil de Lima Subespecializado en lo Comercial de Lima, en el proceso seguido por el recurrente contra **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**, sobre nulidad de acuerdos societarios:

#### **Expediente 1661-2006**

**JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** demanda a **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** en la Materia de Nulidad de Acuerdo, pidiendo la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de fecha 28 de febrero de 2005 de la empresa **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**

Mediante Resolución N°23 de fecha 14 de junio de 2006, el 3° Juzgado Civil Sub Especializado en lo Comercial, emiten Sentencia que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, nulos los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de fecha 28 de febrero de 2005 de la empresa

**COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** En consecuencia, **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** presenta un Recurso de Apelación, el cual es concedido.

Mediante Resolución N° 7 de fecha 18 de diciembre de 2006, la Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial resuelve **CONFIRMAR** la sentencia contenida en la Resolución N°23 de fecha 14 de junio de 2006. En consecuencia, **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** presenta un Recurso de Casación, el cual es declarado **IMPROCEDENTE**.

4. Sin embargo, el Juzgado de manera ilegal “justifica” la morosidad de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**, partiendo del hecho que la carta remitida por el Gerente General y el Gerente de Operaciones constituían una circunstancia que le restaría efectos a la morosidad.
5. Según el Art. 78° de la LGS, el único órgano autorizado por la ley para prorrogar el plazo establecido para el pago del saldo de precio de las acciones era la Junta General de Accionistas, por lo que la mora respecto a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** ha surtido efectos en razón de su carácter de automática.
6. Mal se puede hablar de un mero “retardo” en los términos expuestos por el Juzgado, ello implica un razonamiento contrario a las normas societarias. Basta que el accionista haya incumplido con el pago de los dividendos pasivos en la fecha estipulada en el Pacto Social o en una Junta General de Accionistas para que la morosidad surta efectos respecto de dicho accionista, por lo que el pago realizado con posterioridad no surte ningún efecto de pago.
7. La Junta General de Accionistas de fecha 11 de noviembre de 2005 no puede acreditar el pago de los dividendos pasivos así se haya adoptado el acuerdo por el cual se declare el pago, más aún teniendo presente que el acuerdo se adoptó con el voto del mismo accionista moroso.
8. El hecho que resulta necesario la existencia de una Junta General de Accionistas que haya prorrogado los plazos, que no ha existido, por lo que los acuerdos adoptados en la Junta materia de impugnación son nulos.

#### **XIV. AUTO CONCESORIO DE LA APELACIÓN**

Mediante Resolución N° 19 de fecha 15 de enero de 2008, el 7° Juzgado Civil Sub Especializado en lo Comercial, verificados los requisitos y el plazo de ley, **CONCEDE** la apelación **CON EFECTO SUSPENSIVO**. Por tanto, se dispuso que se **ELEVEN LOS ACTUADOS** al Superior Jerárquico en el plazo de ley.

#### **XV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante Resolución N° 7 de fecha 27 de octubre de 2009, la Primera Sala Civil Sub-Especializada en lo Comercial, emite Sentencia de Segunda Instancia en los siguientes términos:

1. Que, respecto a la invocación en su recurso impugnatorio de la existencia de un pronunciamiento anterior de esta misma Sala, en el cual se declaró que el retraso de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en pagar el saldo del precio de sus acciones sí provocó el estado de mora en ella, aduciendo que este pronunciamiento debe ahora ser repetido por este Colegiado, por tratarse de la misma situación. No obstante, es necesario recordar que nuestra Constitución Política, en su Art. 139°, inciso 2, ha consagrado como principio de la administración de justicia *“la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”*.
2. La cosa juzgada obtenida en un determinado proceso se encuentra limitado no solo, subjetivamente, a las partes intervinientes en él, sino también, objetivamente, a la pretensión que fue objeto de su decisión; y en este caso, el pronunciamiento dictado en su momento por un Colegiado distinto de esta misma Sala, agota su eficacia, objetivamente, en la controversia de la cual proviene y, por lo tanto, no puede extender sus efectos a esta *litis* y muchos menos constreñir a los actuales integrantes de este órgano jurisdiccional a razonar de modo idéntico al de otros jueces, cuando no se presenta una identidad de procesos.
3. Constituiría un absurdo pretender calificar como moroso a un retraso en el cumplimiento de la obligación que no ha sido ocasionado por el deudor.
4. Es necesario el requisito de la culpa del deudor para la constitución en mora, de modo que no se producen las consecuencias para él desfavorables cuando el retraso en cumplir proviene de caso fortuito.
5. Sería imposible tratar de sostener que esta regla sea ajena al cumplimiento de las obligaciones reguladas en el Art. 78° de la LGS, pues ello implicaría avalar situaciones materialmente injustas en las relaciones al interior de la sociedad y, además, optar por un razonamiento absolutamente cerrado para abordar un espectro de la realidad económica que se encuentra afectado comúnmente por las situaciones más complejas.
6. La **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** atravesó por un periodo de crisis administrativa y gerencial, a raíz de la pugna entre sus accionistas por el control político de la sociedad. Esta situación originó que entonces Gerente General y Gerente de Operaciones dirigieran a **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** la carta por la cual le expresaron textualmente: *“mediante la presente le informamos que, en razón de la actual situación gerencial y administrativa de la empresa, debido a los cuestionamientos efectuados por los accionistas de la misma, se ha decidido no recibir pago alguno por concepto de aportes pendientes (dividendos pasivos) hasta que tal situación se normalice”*.

7. Estas dos circunstancias constituyen con toda seguridad una causa de justificación para el retraso de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en el cumplimiento de la parte no pagada de sus acciones. En especial cuando estos Gerentes eran los que se encontraban facultados a cobrar las sumas que se adeudaran a la sociedad, según lo establece la Cláusula vigésimo segunda, punto 8, de la Escritura Pública de constitución.
8. Además, la Carta notarial de fecha 29 de noviembre de 2004 demuestra claramente la intención de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** de cancelar el saldo del precio de sus acciones pendiente en ese momento y, aún más, deja constancia del ofrecimiento de pago efectuado por esta última para saldar esa obligación, el cual no pudo concretarse por situaciones ajenas a su control.
9. Además, el Acta de Junta General de Accionistas de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** celebrada el 11 de noviembre de 2005, en la cual se acordó por mayoría: *"tener por cumplido el pago de dividendos pasivos a cargo de Compañía Las Dunas de Oro S.A.C. de acuerdo a los términos establecidos por la sociedad"*, haciendo manifiesta la voluntad social de tener por bien efectuado el pago.
10. Por lo expuesto queda claro que no puede afirmarse que **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** tuviera la calidad de socia morosa al momento de realizar la Junta General de Accionistas de **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** del 2 de mayo de 2005; encontrándose, por tanto, en pleno uso de los derechos políticos de su cuota de acciones; por lo que se resuelve **CONFIRMAR** el fallo apelado y en consecuencia declarar **INFUNDADA** la Demanda interpuesta.

## **XVI. RECURSO DE CASACIÓN**

Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2009, el demandante **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** interpone Recurso de Casación contra la Sentencia de Segunda Instancia, invocando los siguientes argumentos:

### **Infracción Normativa**

1. Que, la Sala Superior ha infringido el Art. 78° de la LGS. **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** había incurrido en causal de morosidad por no haber cumplido con el pago de los dividendos pasivos de las fechas estipuladas en el pacto social y que no existe un pronunciamiento de la Junta General de Accionistas que prorrogue el plazo de los dividendos pasivos y que no constituye ninguna situación justificante la carta remitida por el Gerente General, más aún cuando éste ha sido nombrado por la misma empresa morosa en su condición mayoritaria.
2. El accionista moroso no puede constituir quórum ya sea para formar la Junta de Accionistas como para adoptar acuerdos correspondientes, por lo que queda claro que en este supuesto el acuerdo societario es nulo.

3. El Poder Judicial mediante la sentencia que constituye cosa juzgada ya había determinado que dicha Junta del 5 de noviembre de 2005 no puede revertir los efectos de la morosidad de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.**
4. la infracción del Art. 78° de la LGS se evidencia por cuanto no se ha cumplido con el pago de los dividendos pasivos en la forma convenida, toda vez que el Acta de Junta General de Accionistas del 5 de noviembre de 2005 evidencia que el "pago" se realiza vía compensación de obligaciones, que no es la forma convenida en el Pacto Social, que disponía que el pago debía realizarse mediante el pago de la suma correspondiente.
5. En adición a las normas societarias, es necesario tener presente que igualmente se han infringido las normas de los Art. 1224° y 1251° del Código Civil, toda vez que dichas normas sustantivas contienen el mandato legal que el accionista debió cumplir al momento de verse imposibilitado de efectuar el pago.
6. Si el accionista moroso hubiese advertido que le era imposible efectuar el pago del saldo de precio de las acciones, porque existía una situación por la que se negaba a recibir el pago, la alternativa legal que un deudor diligente se encuentra obligado a realizar, es la consignación del pago, con lo cual se evitaría la constitución en mora. Siendo así, no basta señalar mediante una carta que se quiere realizar el pago, toda vez que ello no permite constatar que se tengan los fondos para dicho cumplimiento.

#### **Apartamiento de Precedente Judicial**

1. La materia controvertida y el sustento del proceso N° 297-2005, el mismo que culminó con un pronunciamiento de la Corte Suprema en la casación N° 2414-07, son exactamente los mismos que los invocados en este proceso, por lo que no cabe duda que la cosa juzgada alcanzada en aquel proceso, deben ser acatados y respetados en este proceso. La Sala Superior pretende desconocer los alcances de la sentencia emitida en dicho proceso judicial, mediante la aplicación equivocada del "Principio de Independencia Judicial". Dicho principio no es absoluto, toda vez que el juez mantiene independencia en tanto ella no vulnere derechos de las partes. Si ello ocurre, la independencia judicial cede frente a los derechos de las partes.
2. Asimismo, es necesario tener presente que si bien es cierto que la Sala Superior goza del derecho a la independencia judicial, éste no abarca la independencia respecto a los propios fallos emitidos por el propio órgano jurisdiccional que han alcanzado la calidad de cosa juzgada, más aún si el presente proceso posee las mismas partes y una pretensión sustentada en similares hechos de los que ya se resolvieron con anterioridad.
3. En el proceso seguido en el Exp. 1661-2006, la Primera Sala Comercial de Lima estableció que la pretendida negativa a recibir el pago, realizada por el Gerente General y el Gerente de Operaciones de la demandada, no podría prorrogar el plazo concedido, pues como señala el Art° 78 de la LGS: "*El accionista debe*

*cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de Junta General (...)*”.

4. Por consiguiente, el único órgano autorizado por la Ley para prorrogar el plazo era la Junta General de Accionistas.
5. La autoridad de cosa juzgada garantiza el derecho de todo justiciable a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.
6. por lo que habría una vulneración del Principio de Cosa Juzgada ya que está demostrado que hay una sentencia judicial que había determinado categóricamente la morosidad de socio **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** y, por tanto, la nulidad de los Acuerdos adoptados en la Junta de Accionistas en la cual participó. Esta sentencia judicial, así como sus fundamentos, tienen calidad de cosa juzgada.

#### **XVII. AUTO CALIFICATORIO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

Con fecha 8 de diciembre de 2009, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, emite Auto Calificatorio de la Casación N° 578-2010, declarándolo **PROCEDENTE** en los siguientes términos:

1. Que, visto el Recurso de Casación interpuesto por **JORGE GODOFREDO BLACKER BENDEZU** contra la Sentencia de Vista; debe calificarse los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio de conformidad con los Arts. 386°, 387°, 388°, 391° y del Código Procesal Civil modificado por Ley N° 29364.
2. Que, se han verificado los requisitos de admisibilidad previstos en el Art. 387° del Código Procesal Civil.
3. Que, asimismo, en cuanto a la incidencia regulada en los Inc. 3 y 4 del Art. 388° del Código Procesal Civil, el recurrente, respecto a la infracción normativa de carácter procesal y material contenida, cumple con los requisitos para su procedencia; es decir cumple con señalar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada e igualmente señala que su pedido es anulatorio.

#### **XVIII. SENTENCIA DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA**

Con fecha 10 de diciembre de 2010, la Primera Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emite Sentencia declarando **FUNDADO** el Recurso de Casación por los siguientes fundamentos:

1. Que, al haberse emitido en los presentes actuados pronunciamiento de fondo en el sentido que la demandada **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** ha pagado el íntegro del capital suscrito sin haber incurrido en mora, no obstante que en el Proceso Civil N° 1661-2206 el mismo Órgano Superior definió que

dicho pago se efectuó con retraso, resulta claro que se afecta lo ya establecido jurisdiccionalmente, por lo que corresponde que la Sala de origen expida nueva resolución con arreglo a ley teniendo a la vista el expediente judicial en comento; fundamentos por los cuales se declara **FUNDADO** el Recurso de Casación, **NULA** la Sentencia de Vista, **ORDENANDOSE** que la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima expida nueva resolución teniendo a la vista el Proceso Judicial N° 1661-2006.

### **XIX. REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA**

Mediante Resolución N°21 de fecha 17 de mayo de 2011, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima; teniendo a la vista el Expediente N° 297-2005 (con secuencial de sala N° 1661-2006) conforme a lo ordenado por el Superior Jerárquico, resolvieron **REVOCAR** la Sentencia emitida mediante Resolución N° 18 de fecha 13 de noviembre de 2007, que declara infundada la demanda con lo demás que contiene y **REFORMANDOLA** declarándola **FUNDADA**.

### **XX. OPINIÓN PERSONAL**

#### **Cuestión previa**

El expediente materia de sustentación gira en torno a la controversia suscitada en el marco del proceso de nulidad de acuerdo societario (Junta General de Accionistas de fecha 2 de mayo de 2005). Los fundamentos de hecho que se discuten en la presente causa son los siguientes:

1. Qué **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** se encontraba en situación de morosidad sobre los dividendos pasivos a su cargo y en consecuencia carecía de sus derechos políticos (derecho a voto) y tampoco podía ser parte computable para efecto del cálculo de quórum en la referida Junta General de Accionistas.
2. Por su parte, la demandada **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** sostiene que no resulta legítimo imputar situación de mora a la compañía **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** ya que, pese a la intención de pago oportuno, este no pudo ser efectuado por causa no imputable al deudor de los dividendos pasivos.
3. En efecto, una cuestión a discutir en el presente expediente, es si la alegada situación de anormalidad administrativa y problemática interna al interior de la **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.** era causa suficiente y legítima que justifique la imposibilidad tanto para el pago como el cobro de los dividendos pasivos.

#### **Opinión respecto a lo expresado por el demandante**

1. El demandante ampara su pretensión en lo dispuesto por el Art. 150<sup>1</sup> de la LGS el cual regula la nulidad de acuerdos societarios, estableciendo como vía procedimental para los efectos el Proceso de Conocimiento; siendo que en el presente caso la competencia del Juzgador corresponde a la Subespecialidad Comercial en la razón de la materia.
2. El demandante afirma y fundamenta que ha **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** le resulta aplicables los efectos jurídicos de los Art. 78<sup>2</sup> y 79<sup>3</sup> de la LGS, en el sentido que la mora frente a la falta de pago de los dividendos pasivos en la forma y plazos previstos, será automática sin necesidad de intimación.
3. Al respecto, es oportuno advertir que la mora automática es una figura propia de las Obligaciones del Derecho Civil, y prevista además en el Art. 1333<sup>4</sup>, inciso 1<sup>4</sup>, del Código Civil; sin embargo, conforme desarrolla la doctrina y la catedra universitaria en materia civil (Espinoza Espinoza, Juan y Loayza Lazo, Alberto), la mora supone una situación de incumplimiento por causa imputable. En tal sentido, resulta legítimo cuestionarse respecto a si el incumplimiento de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en el pago oportuno de los dividendos pasivos, responde o no a causa imputable de la misma, para lo cual es relevante un análisis respecto a lo siguiente:
  - Plazo para efectos del pago del dividendo pasivo: Sobre este aspecto corresponde enfatizar que el plazo que se tenía para efectos del cumplimiento de pago vencía el 15 de noviembre del 2004.

<sup>1</sup> **Artículo 150.-** Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

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

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

<sup>2</sup> **Artículo 78.-** El accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de la junta general. Si no lo hiciere, incurre en mora sin necesidad de intimación.

<sup>3</sup> **Artículo 79.-** El accionista moroso no puede ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en la forma y plazo a que se refiere el artículo anterior.

Dichas acciones no son computables para formar el quórum de la junta general ni para establecer la mayoría en las votaciones.

Tampoco tendrá derecho, respecto de dichas acciones, a ejercer el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones ni de adquirir obligaciones convertibles en acciones.

Los dividendos que corresponden al accionista moroso por la parte pagada de sus acciones así como los de sus acciones íntegramente pagadas, se aplican obligatoriamente por la sociedad a amortizar los dividendos pasivos, previo pago de los gastos e intereses moratorios.

Cuando el dividendo se pague en especie o en acciones de propia emisión, la sociedad venderá éstas por el proceso de remate en ejecución forzada que establece el Código Procesal Civil y a aplicar el producto de la venta a los fines que señala el párrafo anterior.

<sup>4</sup> **Artículo 1333.-** Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

- **Forma de pago:** El pago de los dividendos pasivos debía hacerse al Gerente de Operaciones y el Gerente General de la **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**
- **Deber de diligencia de COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.:** Si bien existía una situación de crisis administrativa interna en la **COMPAÑÍA MINERA NUEVA PRINCESA S.A.C.**; lo cierto es que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad del pago vía consignación judicial.

4. En tal sentido, resulta legítimo cuestionar la posición del demandante respecto a si el presunto incumplimiento de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en el pago de dividendos pasivos, responde o no a causa imputable a la misma; para lo cual es relevante un análisis respecto a la forma y plazo que tenía dicha compañía para efectos del pago.

#### Opinión respecto de la conducta y diligencia de las Dunas de Oro

1. Según se aprecia de los actuados del expediente, **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** expresó voluntad de pago mediante carta notarial de fecha 16 de noviembre de 2004, señalando estar a la espera de que se revierta la situación de anormalidad administrativa de la sociedad; es decir, tal comunicación notarial (de fecha cierta) se cursa un día después del último día que tenía para el pago de los dividendos pasivos.
2. Sobre este aspecto, es pertinente cuestionarnos si la conducta de **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** responde o no al deber de diligencia ordinaria<sup>5</sup>, toda vez que si bien es cierto podía existir duda razonable de parte de la misma dados los serios cuestionamientos a la administración de la sociedad, lo cierto es que existían otros mecanismos jurídicamente reconocidos para hacer efectivo el pago sin que necesariamente tenga que acudir a la sede de la sociedad para hacer entrega física del referido importe materia de pago.
3. En tal sentido, considero idóneo el mecanismo de la consignación judicial vía depósito, conforme dispone los artículos 802<sup>6</sup> y 807<sup>7</sup> del Código Procesal Civil; con lo cual podía dar cumplimiento al pago del dividendo pasivo debido,

<sup>5</sup> **Artículo 1314.-** Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

<sup>6</sup> **Artículo 802.-** En los casos que establece el Código Civil, quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso, que se le autorice a consignarlo con propósito de pago. Cuando hay un proceso contencioso en que se discute la relación material que originó o que esté conectada a la obligación debida, el ofrecimiento y eventual consignación, deben realizarse en dicho proceso siguiéndose el trámite que corresponde al mismo.

<sup>7</sup> **Artículo 807.-** Para la consignación de la prestación se procede de la siguiente manera:

1. El pago de dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga interés legal.
2. Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el Juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.
3. Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.

y no verse perjudicado por la pérdida de los derechos políticos en situación de morosidad.

4. Por lo expuesto resulta evidente que la **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** ya se encontraba en situación de morosidad por efecto de la falta de cumplimiento de pago del dividendo pasivo, más aún cuando el Art. 78 de la LGS contempla mora automática, es decir sin necesidad de intimación.

#### Opinión respecto de lo resuelto judicialmente en el proceso

1. Respecto a lo resuelto en el presente Expediente, corresponde expresar **opinión favorable a la Sentencia de Casación expedida por la Corte Suprema**, que declarando **FUNDADO** el Recurso de Casación, ordena que se expida nuevo fallo con arreglo a derecho teniendo a la vista el proceso judicial signado con Expediente No. 1661-2006, en el cual ya había operado cosa juzgada con declaratoria de morosidad contra **COMPAÑÍA LAS DUNAS DE ORO S.A.C.** en un proceso de impugnación de otro acuerdo societario.
2. En tal sentido es acertado lo resuelto por la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial al revocar y reformar la sentencia impugnada y reformándola la declara **FUNDADA**; en consecuencia, **NULO** el acuerdo societario materia de impugnación de conformidad con lo dispuesto por el Art. 150 de la LGS.



# **INFORME DE EXPEDIENTE SOBRE DERECHOS DEL CONSUMIDOR**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de  
Abogado

Materia: Idoneidad del servicio  
Denunciante: Nicole D'Acunha Seoane  
Demandado: Gothic Entertainment S.A.  
Número de expediente: DE-INDEC0487

**FELIPE SALVADOR TUDELA GUTIÉRREZ**  
**Código 20102759**

Lima – Perú  
Diciembre de 2018

**Resumen:** Se trata de un expediente mediante el cual la interesada denuncia a una empresa ante la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI por presunta violación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al impedírsele ingresar a una discoteca por un supuesto problema de identidad que, en el fondo, según la denunciante, habría tenido realmente por fin negarle el ingreso a la discoteca de la empresa incurriendo en discriminación.

## Resumen Expediente Indecopi

<b>Expediente</b>	:	DE-INDEC0487
<b>Materia</b>	:	Idoneidad de Servicio
<b>Procedimiento</b>	:	Administrativo
<b>Denunciante</b>	:	Nicole D'Acunha Seoane
<b>Denunciado</b>	:	Gothic Entertainment S.A.

---

### **I. DENUNCIA**

Mediante Escrito No. 1, de fecha 6 de octubre de 2015, **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** denunció a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** ante la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el "Indecopi"), por presunta infracción de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el "Código"), señalando lo siguiente:

1. El 12 de septiembre de 2015, a las 00:30 horas se dirigió con un grupo de amigas al establecimiento denunciado ubicado en el Centro Comercial Larcomar.
2. Al acercarse a la entrada, el personal del denunciado les indicó que no se encontraban en lista, por lo que procedieron a hacer cola junto al resto de personas que deseaban ingresar al local.
3. Delante de ella se encontraba una de sus amigas, quien luego de entregar su Documento Nacional de Identidad (en adelante "DNI") el personal del denunciado la dejó ingresar sin mayor inconveniente. Sin embargo, al llegar su turno, luego de entregar su DNI, una empleada que se encontraba en la puerta del local vociferó que dicho documento de identidad no le pertenecía, calificándola de "usurpadora".
4. Ante tal situación, manifestó que el DNI era suyo: sin embargo, dicha empleada repetía que no era de su titularidad.
5. Asimismo, le indicó lo siguiente: "si es tu DNI, entonces firma esta hoja.", por lo que procedió a firmar el papel solicitado, ya que no tenía algo que esconder.
6. Luego de ello, la mencionada empleada se dirigió al interior del local comercial, llevando consigo la hoja con su firmada y su DNI, para entregársela a

administrador del establecimiento. Este último se negó de manera prepotente a devolverle su DNI, para finalmente decirle que se lo había entregado a un policía, porque no era la titular.

7. De forma posterior, salió del establecimiento denunciado una persona refiriendo ser policía – vestido de civil – quien de forma arbitraria le indicó que debía acompañarlo a la Comisaría de Miraflores, debido a que el DNI presentado no era de su titularidad, indicando que su amiga era su cómplice.
8. Solicitó al mencionado policía que se identificara, pero este se negó, indicándole que cuando estuviera en la comisaría se enteraría quien era y el rango que ostentaba.
9. Intentó trasladarla en bus indicándole que si deseaba ir en taxi debería asumir el costo. Sin embargo, pasó por la zona un patrullero, el cual los trasladó hasta dicho lugar.
10. En la Comisaría, el mencionado efectivo policial se portó de manera prepotente y le gritaba, dilatando todas las gestiones que realizaba.
11. Estuvo en esta dependencia policial esperando por 3 horas, luego de lo cual el referido efectivo policial le devolvió su DNI y le dijo que había actuado por orden y disposición del administrador de **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, ya que se comprobó que no existía delito de usurpación.
12. Lo sucedido tenía por finalidad evitar y restringir su ingreso al local del denunciado, con lo que se configura un acto de discriminación, en la medida que no se presentó indicio alguno que amerite que los trabajadores del denunciado retengan su DNI, le obliguen a firmar un papel y lo trasladen a la Comisaría de Miraflores.

**NICOLE D'ACUNHA SEOANE** solicitó: (i) Sanción con multa, (ii) que **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** cumpla con pagar a favor del recurrente los costos y costas generados en la presente denuncia, y (iii) que **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** cumpla en presentar disculpas públicas hacia su persona.

Así mismo, adjunto a la denuncia: Copia del DNI, Boucher de pago de Tasa y CD conteniendo filmación de los hechos.

## **II. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DENUNCIA**

Mediante Resolución No. 1, de fecha 12 de noviembre de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi (en adelante, la “Secretaría Técnica”) resolvió lo siguiente:

1. Admitir a trámite la denuncia del 12 de octubre de 2015, presentada por **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, por presunta infracción de los artículos 1.1°, 18° y 19° literal d) y 38° del Código, en tanto el proveedor denunciado habría brindado un trato

discriminatorio a la denunciante, en tanto su personal le restringió el ingreso a su establecimiento comercial, mediante las siguientes conductas:

- a. Habría alegado que el DNI presentado por la interesada al momento de ingresar no era de su titularidad, mientras que otras personas ingresaron a su establecimiento, sin ser tratadas de la misma manera;
  - b. Habrían requerido a la denunciante que consigne su firma en una hoja para determinar si el DNI presentado era de su titularidad, mientras que otras personas ingresaron a su establecimiento, sin ser tratadas de la misma manera; y,
  - c. Habrían dispuesto al personal policial que se encontraba en su establecimiento que trasladaran a la denunciante a la Comisaria de Miraflores, aludiendo que el DNI presentado no era de su titularidad; mientras que otras personas ingresaron a su establecimiento; sin ser tratadas de la misma manera.
2. Tener por ofrecidos los medios probatorios presentados por la parte denunciante.
  3. Requerir a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** para que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles cumpla, bajo apercibimiento de Ley, con presentar copia de las grabaciones en video de su sistema de seguridad correspondiente al 12 de septiembre de 2015 (00:30 horas).

### **III. DESCARGOS DE GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**

Con fecha 30 de noviembre de 2015, **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** presentó sus descargos manifestando lo siguiente:

1. Que, al momento que la denunciante entrega su DNI a nuestro personal de la puerta de ingreso, éste advirtió que la mujer de a foto del DNI N° 46658747 presentaba notorias diferencias físicas respecto a la portadora del DNI, lo que les hizo sospechar que se trataba de un menor de edad tratando de ingresar al local exclusivo para mayores.
2. Debido a que la duda sobre la identidad era manifiesta, nuestro personal femenino respetuosamente solicitó a la denunciante firmar un papel, a fin de cotejar las firmas. Precizando a Indecopi que el pedido concreto de firmar un papel, es la única herramienta con la que cuentan para establecer si a persona que presenta un DNI es quien dice ser.
3. Niegan que se negaron a entregar el DNI y que la denunciante fuese tratada “*de manera prepotente*”. Ya que ellos siempre tratan al público con respecto.
4. Indicaron que no son autoridad competente para verificar la autenticidad de la identidad de las personas, por lo que se estimó conveniente entregar el DNI al

policía Aldo Emiliano Leyva Rodríguez, quien brindó el apoyo policial solicitado.

5. Es finalmente el policía quien tiene la facultad de decidir, si la persona puede o no ingresar a nuestras instalaciones. Es el policía quien decide que **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** no debía entrar al local.
6. Que, conforme se aprecia en el video llamado "video1" que adjunta la denunciante en su escrito, el cual fue grabado en la puerta de ingreso, si bien en un inicio la denunciante se niega a ir a la Comisaria, segundo después y a insistencia de su amiga acepta ir. Es recién tras su aceptación que se dirigen a la Comisaria de Miraflores.
7. Que lo que sostiene la denunciante respecto al patrullero no es acorde a la realidad, al señalar que: "*por suerte en ese momento apareció una patrulla policial*". La presencia del patrullero no se trató de una cuestión de "suerte"; el vehículo policial que los condujo a la comisaria estaba esa noche, y como todas las noches, porque nuestra empresa responsablemente está en constante coordinación con la patrulla, para apoyar situaciones como ésta y salvaguardar el desplazamiento de las personas. Es en la Comisaría de Miraflores que el efectivo policial Leyva procedió a devolver el DNI a la señorita **NICOLE D'ACUNHA SEOANE**.
8. Que, como empresa responsable, deben velar por el cumplimiento de la normatividad vigente; están dedicados al rubro de la diversión y el entretenimiento, (refiriéndonos al giro de discoteca) el cual atrae a muchas personas entre las que pueden encontrarse menores de edad, camuflados en apariencia de alguien con mayoría de edad.
9. Negamos rotundamente la comisión de cualquier acto de discriminación realizado por **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, negamos también que la denunciante haya sido víctima de un supuesto trato diferenciado ilícito como temerariamente afirma, ni mucho menos se ha vulnerado el derecho a la igualdad de la señorita **NICOLE D'ACUNHA SEOANE**.
10. Entre la foto de la persona que figura como titular del DNI y la persona que lo portaba; no había sutiles diferencias sino cambios físicos sustanciales. Razón por la cual adjuntamos al presente escrito la foto del Reniec y fotos del perfil social de la denunciante donde es claramente apreciable la diferencia física a la que hacemos mención.
11. ¿Qué debe hacer una empresa en nuestro caso discoteca ante la duda respecto a la identidad de un asistente? Acaso ¿dejarlo entrar cuando cabe la posibilidad de que se trate de un menor de edad? Haciendo un análisis más extenso y no solo limitándonos el tema de mayoría de edad como el caso en autos, puede haber casos que podrían poner en riesgo la seguridad del local e incluso de los asistentes al existir una aparente suplantación de identidad, vulnerando así lo establecido en el artículo 2 de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana.

12. Nuestro protocolo a seguir en estas delicadas situaciones es derivar todos los casos de presunta identidad falsa, a la Comisaría de Miraflores para su plena identificación y prevención de la comisión de algún ilícito penal.
13. Como prueba de lo que afirmamos, estamos adjuntando tres actas de entrega del menor, en las cuales se detalla que los menores fueron intervenidos en circunstancias en que intentaron ingresar a un lugar público para mayores (discoteca Gótica) haciendo uso de un documento nacional identidad falso.
14. En ese sentido, lo que queremos demostrar es que muchos menores de edad, tomando el DNI de algún familiar o de algún amigo mayor de edad, pretenden hacerse pasar por ellos.
15. Para nuestro personal, la hoy denunciante configuraba un caso del menor de edad que intentaba ingresar a una discoteca, y que posiblemente había tomado el DNI de otra persona, porque tal como se puede apreciar en las fotos adjuntas, a simple vista no se acredita que sea la misma persona.
16. Conforme a lo establecido en el numeral 48 de la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI, la discriminación se determina de la siguiente manera:

*“(...) la denuncia de un trato discriminatorio corresponde que el consumidor acredite la existencia de un trato desigual; luego que el proveedor demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual; finalmente, de no cumplirse con este último, corresponderá determinar si el trato desigual injustificado corresponde una práctica discriminatoria (...)”*

17. El ingreso de todas las personas está condicionado a la presentación de su DNI. En el caso que nos ocupa estamos demostrando la existencia de causas objetivas y justificadas que nos condujeron a impedirle el acceso a nuestro local a una presunta menor de edad.
18. Consideramos que nuestro accionar, frente a estos casos del presunto intento de ingreso del menor de edad, va acorde a lo señalado en el artículo 38.3 de la Ley 29571 – Ley de Protección y Defensa del Consumidor, el mismo que de manera expresa señala que:

*38.3 "El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.”*

Asimismo, en fiel cumplimiento de la normativa municipal vigente, acatamos lo establecido por las siguientes ordenanzas que prohíben el ingreso de menores de edad a establecimientos que tengan como actividad la venta de bebidas alcohólicas: Ordenanza N°1568, Ordenanza N°376-MM.

19. En este caso el criterio diferenciador es razonable, no habido una selección de clientes porque criterios subjetivos.
20. En ese sentido, debemos enfatizar que a la denunciante se le restringió el ingreso a nuestro local porque existía la duda razonable de que podía tratarse de una menor de edad. Situación que se dilucidó en la comisaría, pero ¿y si en efecto era una menor de edad que sorprendió a nuestro personal con un DNI prestado? ¿quién asumía la responsabilidad si algo sucedía con esa persona? La asumía **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por haber permitido su ingreso.
21. Ante situaciones de presentación de DNI donde hay duda razonable respecto a la identidad del ciudadano que lo presenta, nuestro Personal lo deriva con la autoridad competente.

Por lo tanto, negamos en todos sus extremos el escrito presentado. Solicitamos se declare **INFUNDADA** la denuncia. Asimismo presentamos los siguientes anexos: copia del certificado de inscripción Reniec de la denunciante, copia de tomas de pantalla de fotos del perfil social de la denunciante, copia del parte policial de la comisaría de Miraflores fecha 14.08.15, copia de tres actas de entrega del menor de edad de fecha 14.08.15 Y copia de la carta enviada por botica a la comisaría de Miraflores de fecha 19 de agosto de 2015, entre otros documentos.

#### **IV. RESOLUCIÓN N°2**

Mediante Resolución N° 2 de fecha 30 de diciembre de 2015, el escrito presentado por **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** el 1 de diciembre de 2015, se resolvió: a) agregar el referido escrito al expediente, y b) tener por personado al presente procedimiento a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**

#### **V. RESOLUCIÓN FINAL DE LA COMISIÓN No. 656-2016/CC2**

Con fecha 14 de mayo de 2013, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la "Comisión"), resolvió lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA** la denuncia interpuesta por la señora **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** en contra de **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa al Consumidor, en tanto su Personal le restringió el ingreso a su establecimiento comercial, mediante las siguientes conductas:
  - a) Alegó que el DNI presentado por la denunciante al momento de ingresar no era de su titularidad, mientras que otras personas ingresaron a su establecimiento, sin ser tratado de esa misma manera;

- b) Requirió a la denunciante consigne su firma en una hoja para determinar si el DNI presentado era de su titularidad mientras que otras personas ingresaron a su establecimiento, sin ser tratadas de la misma manera; y,
- c) Dispuso el personal policial que se encontraba en su establecimiento que trasladen a la denunciante a la comisaría de Miraflores, aludiendo que el documento de identidad presentado no era de su titularidad; mientras que otras personas ingresan a su establecimiento, sin ser tratadas de la misma manera.
2. Ordena como medida correctiva a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** que, en el plazo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, cumpla con remitir al domicilio de la señora **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** una carta de disculpas respecto a los hechos materia de la denuncia.
3. Imponer a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, las siguientes sanciones:

No.	Infracciones incurridas	Multa
1	Alegó que el DNI presentado por la interesada al momento de ingresar no era de su titularidad.	2 UIT
2	Requirió a la denunciante que consigne su firma en una hoja para determinar si el DNI presentado era de su titularidad	4 UIT
3	Dispuso al Personal policial que se encontraba en su establecimiento que traslade a la denunciante a la comisaría de Miraflores, aludiendo que el DNI presentado no era de su titularidad	5 UIT
<b>TOTAL</b>		11,00 UIT

4. Ordenar a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, cumpla con pagar a la denunciante las costas ascendentes a S/ 36,00. Ello, sin perjuicio del derecho de la parte denunciante de solicitar la liquidación de las costas y costos una vez concluida la instancia administrativa.
5. Disponer la inscripción de **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, una vez que la Resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119° de la Ley número 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

## **VI. RECURSO DE APELACIÓN**

Mediante escrito de fecha 21 de abril de 2016, **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** presenta Recurso de Apelación con efecto suspensivo contra la Resolución No. 656-2016/CC2 (en adelante, "Resolución Final") para que se revoque y se declare infundada la denuncia, por los fundamentos que a continuación se exponen:

1. Que, rechazamos todos los extremos de la denuncia interpuesta por la señora **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** ya que nuestra empresa no ha infringido las normas de protección al consumidor conforme se fundamentó en nuestro escrito de descargos.

### **Fundamentos de hecho**

1. La Resolución apelada, se pronuncia sobre la presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, es decir, se cuestiona nuestro deber de idoneidad, lo cual consideramos que es una visión sesgada de lo acontecido.
2. Que, actuamos con la diligencia requerida frente a una situación de presunta suplantación de identidad.
3. Que, conforme se ha explicado, en el momento en que la denunciante se identifica para ingresar al local y hace entrega del DNI N°46658747 a nuestro personal, éste advirtió que no se trataría de la misma persona por lo cual, en estricto seguimiento del protocolo que tenemos para estos casos, el DNI fue entregado al policía que nos ayuda, para que se determine realmente quién era la señora que portaba el DNI en cuestión.
4. Que, a fin de probar que existían visibles diferencias físicas entre la persona que pretendía entrar y la foto del DNI con el que se identificó; nuestra parte aportó al procedimiento fotos del perfil de la señorita **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** en una red social y su certificado de inscripción en la Reniec, sin embargo nos causa sorpresa que la resolución apelada indique en el punto 18 que, a criterio del Colegiado "*(...) Estos medios probatorios no permiten determinar con certeza si al momento en que la interesada pretendió ingresar al local comercial existía la diferencia aludida por **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, ya que son documentos distintos a los que se visualizó al momento en que ocurrieron los hechos denunciados*".
5. Nos cuestionamos lo siguiente ¿acaso la foto que se registra en el certificado de inscripción de la Reniec y la que aparece en el DNI de todos los peruanos, son fotos distintas? La respuesta es no, no son fotos distintas, se trata de la misma foto la que nos llevó a dudar respecto a la identidad de la señora **NICOLE D'ACUNHA SEOANE**.
6. No es un documento distinto a lo visualizado la noche de los hechos denunciados, como sesgadamente sostiene el Colegiado.

7. Cabe enfatizar que la verificación del DNI, recién pudo llevarse a cabo en la comisaría de Miraflores, todo bajo la normativa legal y con el consentimiento de la señorita **NICOLE D'ACUNHA SEOANE**. Y reiteramos que es el efectivo policial quien decide que la señorita no ingresaría porque había fundadas sospechas que se trataba de una menor de edad que intentaba sorprendernos (como en casos anteriores), y la única manera de determinar la verdad era trasladándonos a la comisaría con la autoridad competente, la policía.
8. Nuestra intención en todo momento fue hacer lo correcto, y si en efecto se trataba de una menor de edad como inicialmente sospechábamos, se procedía a poner en conocimiento del hecho a sus padres. La policía se encargaría de la entrega de actas de menor como ya ha ocurrido con otros adolescentes que, en la puerta se detectó la falsedad de su entidad, ya tenemos experiencias de ese tipo. Evidentemente y luego de la verificación, se determinó que la señorita denunciante era la titular del DNI.

#### **Fundamentación del agravio que nos ocasiona la Resolución Apelada**

1. La resolución apelada vulnera nuestro derecho al debido procedimiento administrativo toda vez que no se habría verificado plenamente los hechos ocurridos y no se habría tomado en cuenta nuestra posición, soslayando así nuestro derecho de acción, lo cual contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que debe brindar el ordenamiento jurídico.
2. Esto nos ocasiona un detrimento económico dado que, se nos pretendería imponer como sanción el pago de una multa de 11 UIT, la misma que consideramos, resulta excesiva ya que no actuamos con intencionalidad alguna.
3. La resolución apelada menoscaba la imagen institucional de la empresa ante el público consumidor de nuestros servicios.

#### **Fundamentos de Derecho**

1. El artículo 139 numeral 14 de la Constitución política del Perú
2. El artículo I del título del código procesal civil, fuente del procedimiento de administrativo de acuerdo al artículo V de la LPGA.
3. El artículo 106.2 de la LPGA.

#### **VII. ADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Mediante Resolución N° 3 de fecha 11 de mayo de 2016, la Secretaría Técnica de Comisión de Protección al Consumidor, resuelve **CONCEDER** el recurso de apelación interpuesto por **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**

#### **VIII. RESOLUCIÓN DE LA SALA No. 5038-2016/SPC-INDECOPI**

Con fecha 27 de diciembre de 2016, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

del Indecopi emite la Resolución No. 5038-2016/SPC-INDECOPI (en adelante, “Resolución de la Sala”), mediante la cual resolvió **REVOCAR** la Resolución Final No. 656-2016/CC2 del 7 de abril de 2016, emitida mediante la Comisión de Protección al Consumidor, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por la señora **NICOLE D’ACUNHA SEOANE** contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por infracción de los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa al Consumidor; y reformándola se declara la misma **INFUNDADA** debido a que la medida consistente en cuestionar la titularidad del DNI, no constituye una medida desproporcionada en el marco de la prestación del servicio.

Por otro lado, resolvió **CONFIRMAR** la resolución venida en grado, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por la señora **NICOLE D’ACUNHA SEOANE** contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por infracción de los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa al Consumidor, toda vez que las medidas consistentes en: (i) solicitar la firma de un documento para verificar la titularidad del DNI; y, (ii) trasladar a la denunciante a la comisaría del sector a fin de verificar su identidad, resultaban desproporcionadas en el marco de la prestación del servicio. Asimismo, le otorga a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** una sanción total de 9 UIT.

Asimismo, resolvió **CONFIRMAR** la resolución venida en grado, en el extremo que ordenó a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** en calidad de medida correctiva que, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de notificar la resolución, cumpla con remitir al domicilio de la señora **NICOLE D’ACUNHA SEOANE** una carta de disculpas respecto al hecho verificado. Así, como al pago de las costas y costos, como también la inscripción de **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

La Sala sustentó su resolución en los siguientes argumentos:

**Sobre la negativa de ingreso alegando que el DNI no era de titularidad de la denunciante**

1. En su defensa, **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** señaló que existían diferencias entre la fotografía consignada por la denunciante en la base de datos del Reniec y su aspecto físico al momento de ingresar a su establecimiento.
2. Así, para acreditar dicha justificación, aportó al procedimiento fotos del perfil de la señora **NICOLE D’ACUNHA SEOANE** en una red social y el certificado de inscripción de la interesada en el Reniec; no obstante, contrariamente a lo indicado por la Comisión, sí se puede evidenciar una diferencia entre el aspecto de la denunciante al momento de apersonarse al establecimiento denunciado y la

fotografía consignada en su DNI, dicha distinción puede verificarse en los videos que presentó la interesada.

3. En esa línea, **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** también aportó al procedimiento documentación policial relacionada a intervenciones realizadas en su establecimiento a personas menores de edad que pretendían ingresar a su local con documentación falsificada o que no era de su titularidad.
4. El Colegiado considera que la medida adoptada por el proveedor, esto es, la verificación del DNI para constatar la identidad del portador del documento, ante duda de la titularidad, no resulta desproporcionada, toda vez que no vulnera el derecho de la persona que asiste a este tipo de establecimientos. Así, no se observa que la acción desplegada por el proveedor implicara una transgresión al deber de idoneidad del servicio brindado.
5. Que, ha quedado evidenciado en el presente caso que, **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** había lidiado con situaciones que implicaron la utilización de documentos falsos y/o suplantación de identidad, lo cierto es que resultaba razonable que le requiriera el DNI y que ante la evidencia de diferencias en la fisonomía de la interesada cuestionara su titularidad.
6. Por las consideraciones expuestas, este Colegiado considera que corresponde **REVOCAR** la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por infracción de los artículos 18° y 19° del Código; y, **REFORMÁNDOLA**, declarar la misma **INFUNDADA**, considerando que la medida adoptada por el proveedor consistente en la verificación del DNI, no resultaba desproporcionada en el marco del servicio brindado.
7. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la multa ordenada por dicho extremo.

#### Sobre el requerimiento de la consignación de una firma

1. El requerimiento efectuado por **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** a la denunciante, consistente en firmar una hoja en blanco, no resultaba ser un mecanismo adecuado para poder determinar su identidad, ya que tampoco pudo establecer que la denunciante era la titular del DNI mostrado al momento de intentar ingresar a su local.
2. Cabe acotar que el denunciado no ha acreditado que en su establecimiento contaba con el personal especializado para poder determinar si la firma de la denunciante correspondía a la consignada en su documento de identidad. Ello, también evidencia que este mecanismo de verificación no había sido debidamente implementado por el denunciado.
3. Por lo expuesto, corresponde **CONFIRMAR** el pronunciamiento emitido por la Comisión, en el extremo que declaró fundada la denuncia, debido a que quedó acreditado que la medida consistente en que la señorita **NICOLE D'ACUNHA**

SEOANE firmara un documento para poder determinar la titularidad del DNI no resultaba razonable.

### **Traslado a la Comisaría**

1. **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** señaló que la Policía Nacional fue quien decidió si la persona (en este caso la señorita **NICOLE D'ACUNHA SEOANE**) podría ingresar o no a su establecimiento denunciado, por lo que luego de comparar el DNI decidió que la denunciante no debía ingresar. Sin embargo, ello no se ha podido acreditar de lo actuado en este procedimiento.
2. Por el contrario, en los videos visualizados en este procedimiento se ha podido verificar que la intervención policial fue requerida por **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, lo cual se condice con lo señalado por el propio efectivo policial en uno de los videos, en el que señala que la administración requirió dicha diligencia.
3. Sobre la base de lo desarrollado, este Colegiado considera que, si bien los proveedores tienen la potestad de tomar las acciones necesarias a fin de evitar la transgresión de la normativa, lo cierto es que, en el caso en particular, el hecho de conminar a la denunciante a fin de que acuda a una dependencia policial, sin que exista una causa suficiente razonable, esto es, que se hubiera determinado que el DNI no era de su titularidad o que era uno falso, resultaba desproporcionada.
4. Este tipo de medidas atentan contra la dignidad de la persona, considerando que vulneraron los derechos de la señora **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** al restringirles su libre desenvolvimiento, siendo que al margen de que consintiera el traslado a la comisaría, el requerimiento efectuado por el personal policial de la denunciada resultaba innecesario e improcedente.
5. En consecuencia, corresponde **CONFIRMAR** la resolución venida en grado, en el extremo que declaró fundada la denuncia contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, toda vez que quedó acreditado que el traslado de la denunciante a una comisaría del sector resultaba una acción desproporcionada, en el marco de la prestación del servicio.

### **Sobre la medida correctiva, la multa, el pago de las costas y costos del procedimiento y el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi**

En la medida que **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** no ha fundamentado su apelación respecto de la pertinencia de la medida correctiva ordenada, la multa, el pago de las costas y costos del procedimiento, y su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones de Indecopi, más allá de la alegada ausencia de infracción desvirtuar precedentemente, este Colegiado asume como propios los fundamentos de la Comisión sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por tanto, corresponde **CONFIRMAR** dichos extremos de la resolución impugnada.

### **El voto en singular de la señora vocal Ana Asunción Ampuero Miranda**

La vocal que suscribe el presente voto, si bien coincide con la resolución en la decisión adoptada por la mayoría; difiere respecto al fundamento desarrollado en el párrafo 37 respecto a la multa de 5 UIT impuesta por el traslado indebido de la señora **NICOLE D'ACUNHA SEOANE** a la comisaría del sector, toda vez que consideró que dicho párrafo no debe ser contemplado en el procedimiento emitido.

\* **El voto en discordia del señor vocal Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle**

El vocal que suscribe el presente voto difiere de los fundamentos expuestos y de la decisión adoptada por la mayoría que declaró fundada la denuncia contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en el extremo referido al requerimiento de la consignación de la firma, a fin de verificar la titularidad de la denunciante, sustentando su posición en los siguientes fundamentos:

1. El vocal que suscribe el presente voto, considera que la solicitud de consignación de firma, resultaba coherente y razonable con el servicio brindado.
2. Considera que la medida optada por el proveedor, esto es, la solicitud de consignación de una firma para constatar la identidad del portador del documento, ante una duda de la titularidad, no resulta desproporcionada, toda vez que no vulnera el derecho de la persona que asiste a este tipo de establecimientos.
3. Considero que corresponde revocar la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia contra **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** por infracción de los artículos 18° y 19° del Código; y, reformándola, debe declararse la misma infundada, considerando que la medida adoptada por el proveedor consistente en la solicitud de consignación de una firma a fin de verificar la titularidad de su portador no resulta desproporcionada en el marco del servicio brindado
4. En consecuencia, debe dejarse sin efecto la multa ordenada por dicho extremo.

**IX. OPINIÓN PERSONAL**

**Cuestión previa sobre la imputación de cargos**

Sobre el particular, no estoy de acuerdo con la resolución emitida por la Sala Técnica de Protección al Consumidor debido a que la imputación de cargos debió ser la siguiente:

1. Presunta infracción al Art. 38° del Código, en tanto **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** no habría permitido el ingreso a su establecimiento a la Sra. **NICOLE D'ACUNHA SEOANE**, por una causa subjetiva e injustificada, sustentada en que el DNI presentado por la denunciante no era de su titularidad debido a que sus rasgos físicos no coincidían con la fotografía obrante en su DNI.

2. Presunta infracción al Art. 38° del Código, en tanto habría sido trasladada a una comisaría a requerimiento de **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.**, mientras que al resto de clientes se le permitía con normalidad el ingreso a su establecimiento.

Sobre el particular, considero que las conductas denunciadas debían analizarse por una infracción al Art. 38° del Código y no por una infracción al deber de idoneidad. Toda vez que las conductas denunciadas por la consumidora señalarían que **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** habría incurrido en un trato diferenciado ilícito y/o discriminación.

Por otro lado, considero que no debió imputarse como cargo la conducta referida a que **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** habría requerido a la denunciante que firme un documento, toda vez que dicha conducta resultaba razonable para verificar la identidad de la misma. Es decir, si efectivamente era la titular del DNI brindado al proveedor al momento de ingresar; a mayor abundamiento esta conducta se generó como consecuencia de la duda generada en el proveedor respecto a que si la denunciante era o no la titular del DNI materia de denuncia.

**Respecto a que GOTHIC ENTERTAINMENT S.A. no habría permitido el ingreso a la denunciante toda vez a que no sería titular del DNI mostrado al momento del ingreso**

Sobre la conducta infractora de la referencia, primero le corresponderá al proveedor probar la existencia de un trato diferenciado; luego de ello le corresponderá al proveedor demostrar que ese trato diferenciado se debió a causas objetivas y justificadas, como puede ser; garantizar la seguridad del establecimiento y la tranquilidad de los demás clientes que se encuentran dentro del mismo.

En el presente caso ha quedado evidenciado que existe un trato diferenciado toda vez que a la amiga de la denunciante se le permitió el ingreso de forma normal, mientras que a la denunciante no se le permitió el ingreso debido a que a criterio de **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** no sería la titular del DNI que ostentaba.

En ese sentido le correspondía a **GOTHIC ENTERTAINMENT S.A.** acreditar de forma fehaciente que dicho DNI era un DNI falso o pertenencia a una persona distinta a la denunciante para que el trato diferenciado sea uno de carácter lícito por sustentarse en una causa objetiva y justificada.

Al respecto, Gótica no ha presentado medio probatorio que acredite que el DNI era falso o de una titularidad distinta a la de la denunciante. En ese sentido correspondía declarar **FUNDADA** la denuncia en el presente extremo, por lo que me encontraría de acuerdo con la resolución de la comisión en el siguiente extremo.

**Respecto a que GOTHIC ENTERTAINMENT S.A. habría requerido a un personal policial que traslade a la denunciante a la comisaría**

Al respecto, quedó acreditado la existencia de un trato de diferenciado, toda vez que, a una de las amigas de la denunciante, GOTHIC ENTERTAINMENT S.A. le permitió ingresar libremente a su establecimiento; mientras que a la denunciante la trasladó a la comisaría a través de un policía vestido de civil.

En ese sentido le correspondía a GOTHIC ENTERTAINMENT S.A. demostrar que el trato diferenciado se debió a causas objetivas y justificadas. Sobre el particular el proveedor no ha demostrado que el traslado se haya debido a una causa objetiva y justificada, como por ejemplo que esa persona haya estado en estado de ebriedad queriendo ingresar al local o causando destrozos dentro o fuera del establecimiento.

Por lo expuesto correspondía declarar FUNDADA la denuncia en el presente extremo.

**Mi posición respecto a las conductas infractoras**

El trato diferenciado ilícito es un trato diferenciado sustentado en causa subjetivas e injustificadas. Mientras que la discriminación es un trato diferenciado ilícito agravado motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado.

En el trato diferenciado ilícito se vulnera el derecho a la igualdad, mientras que en la discriminación se vulneran dos derechos: el derecho a la igualdad y el derecho a la dignidad.

En el presente caso considero que las conductas imputadas se refieren a un trato diferenciado ilícito y no a una discriminación, toda vez que no obra en el expediente indicios que me hagan concluir el trato diferencia ilícito se haya originado como consecuencia de la pertenencia de la consumidora a un grupo humano determinado.

**Respecto a la medida correctivas y las sanciones impuestas**

Sobre el particular me encuentro de acuerdo con la medida correctiva impuesta toda vez que cumple con la finalidad de revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado y evitando a que se vuelvan a cometer.

Por otro lado, no concuerdo con la cuantía de las multas impuestas toda vez que considero que deben ser sancionadas con 10 UIT cada una, teniendo en cuenta que la denunciada es reincidente en ese tipo de infracciones.