

GACETA constitucional

Para interpretar y aplicar la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional por ramas del Derecho

DIRECTORES

Jorge Avendaño Valdez
Jorge Santistevan de Noriega
Victor García Toma

TOMO 50 / FEBRERO 2012

Especiales

- **EI TC AMPLÍA SU CONTROL: REvisa CONCURSOS REALIZADOS POR EL CNM**
- **LÍMITES A LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES: NO PUEDE REALIZARSE CONTROL DIFUSO MEDIANTE ORDENANZAS**
- **PROSCRIPCIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA DELITOS GRAVES**

ANÁLISIS Y ESTUDIOS POR ESPECIALIDADES

Motivación del peligro procesal para decidir la detención preventiva: el caso Ponce Feijoo

La cosa juzgada en casos de procesos de alimentos

Nuevamente el caso de la PUCP: El TC señala que sus sentencias deben ser cumplidas aunque sean infundadas

Honor y buena reputación de las personas jurídicas por parte del Tribunal Constitucional

La licitud como presupuesto para que una prueba sea admitida judicialmente

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El derecho-principio constitucional de la libertad de empresa

Congresistas: vacíos en la ley en torno a la declaración jurada en la hoja de vida de los candidatos

Prohibición de la discriminación y el Sistema Interamericano

PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

La sobrerregulación de los derechos de autor en internet: ¿Qué son las leyes SOPA, PIPA y OPEN?

GACETA
JURIDICA

Pasado, presente y futuro del principio constitucional de la libertad de empresa

Un análisis multidisciplinario

Daniel ECHAZ MORENO*

El autor explica la importancia, así como el proceso (político e histórico) que permitió la incorporación de la libertad de empresa a nivel constitucional. Señala que este derecho ha permitido el despegue de nuestra economía, y comprende las libertades de creación, organización, dirección, vinculación entre empresas, así como el acceso y salida del mercado. Precisa, además, que –pese a ser una libertad– no debe entenderse como irrestricta, pues no se trata de una forma de “libertinaje”. Finalmente, presenta y analiza las principales resoluciones que sobre este importante derecho-principio ha emitido el Tribunal Constitucional.

RESUMEN

La Constitución Política del Perú de 1979 incorporó la regulación expresa de la empresa (Título III, Del régimen económico; Capítulo IV, De la empresa) y, dentro de ella, la libertad de comercio e industria (artículo 131), mas no la libertad de empresa. Por su parte, la vigente Constitución Política del Perú de 1993 contiene un mayor alcance en la materia (Título III, Del régimen económico; Capítulo I, Principios generales) pues regula la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59).

La libertad de empresa ha merecido la atención del Tribunal Constitucional que, en sendas sentencias, se pronuncia sobre diversas aristas del tema, tales como las recaídas en

los Exps. N° 00008-2003-AI/TC (define la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria), N° 00330-2004-AA/TC (determina los límites de la libertad de empresa), N° 04637-2006-PA/TC (caso de los buses camión), N° 03048-2007-PA/TC (caso de los vehículos usados), N° 01972-2007-PA/TC (diferencia la delimitación de derechos y los condicionamientos necesarios), N° 02576-2008-PC/TC (extiende los alcances de la libertad de empresa a los comerciantes informales) y N° 04466-2007-PA/TC (caso de transporte público en vehículos menores), entre otras.

En la reciente campaña electoral que llevó a Ollanta Humala a la Presidencia de la

* Doctorando en Derecho y magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad ESAN y Universidad San Ignacio de Loyola y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio fundador de Echaiz Estudio Jurídico Empresarial.

República se desató ardua polémica en torno al tema del régimen económico constitucional, siendo la libertad de empresa uno de los asuntos discutidos. Así, se llegó a sostener que Humala aplicaría una economía estatista¹, para que luego este mismo explicara que proponía un nuevo modelo económico, al cual tituló como "economía nacional de mercado"², defendido por propios y extraños, como Félix Jiménez Jaimes³ y Santiago Roca Tavella⁴, respectivamente.

Algunos critican la Constitución Política del Perú de 1979, como en el caso del Banco de Crédito, que la culpa de haber ocasionado un desastre económico, por lo cual "la Constitución actual no se debe tocar"⁵; diversos especialistas, como José Luis Sardón, Jorge Avendaño Valdez y Walter Gutiérrez Camacho opinan en similar sentido⁶, siendo también este el pronunciamiento del Partido Popular Cristiano⁷ y de líderes políticos como Pedro Pablo Kuczynski⁸. Aparentemente hay cierta calma hoy en día porque aún se ha prescindido de plantear reformas constitucionales en materia económica⁹ y se ha optado mayoritariamente por técnicos en el gabinete ministerial¹⁰, aunque el propio partido oficialista

anuncia que el cambio del manejo económico forma parte de la agenda presidencial¹¹ y las dudas han renacido con la reciente recomposición del gabinete.

En este orden de ideas, nos planteamos elaborar una breve monografía donde expongamos una reflexión en torno a la evolución histórica del principio constitucional de la libertad de empresa, desde la derogada Constitución Política del Perú de 1979 hasta nuestros días, pasando por la vigente Constitución de 1993; dicha reflexión procura ser multidisciplinaria, combinando el Derecho (Derecho Constitucional y Derecho Empresarial), la política (política económica) y la historia (historia contemporánea). Las hipótesis que demostraremos a lo largo de las siguientes líneas son tres: primera, que no puede prescindirse del principio constitucional de la libertad de empresa porque es el resultado de un pacto político que sentó las bases del desarrollo económico en el Perú; segunda, que al tratarse de un mega-derecho, el principio constitucional de la libertad de empresa comprende las libertades de creación, organización, dirección, y de vinculación entre empresas, así como el acceso y salida del mercado; y, tercera, que no es irrestricta

- 1 "Ollanta Humala propone cambiar la Constitución y aplicar economía estatista". En: diario *El Comercio*. Lima, 26 de marzo de 2011, <<http://elcomercio.pe/politica/733237/noticia-humala-propone-cambiar-constitucion-aplicar-economia-estatista>>.
- 2 "Perú: Ollanta Humala promete una economía nacional de mercado abierta al mundo". En: *Semana.com*, 28 de julio de 2011, <<http://www.semana.com/mundo/peru-ollanta-humala-promete-economia-nacional-mercado-abierta-mundo/161248-3.aspx>>.
- 3 "Una economía nacional de mercado supone cambiar la Constitución". En: diario *Expreso*. Lima, 8 de agosto de 2011, <<http://www.expreso.com.pe/noticia/2011/08/08/una-economia-nacional-de-mercado-supone-cambiar-la-constitucion>>.
- 4 ROCA TALAVELLA, Santiago. "La economía nacional de mercado". En: diario *La República*. Lima, 28 de abril de 2011, <<http://www.larepublica.pe/28-04-2011/la-economia-nacional-de-mercado>>.
- 5 "BCP afirma que Carta Magna de 1979 ocasionó un desastre económico". En: diario *La República*. Lima, 17 de agosto de 2011, <<http://www.larepublica.pe/17-08-2011/bcp-afirma-que-carta-magna-de-1979-ocasiono-un-desastre-economico>>.
- 6 "Régimen económico de la actual Constitución superó al de 1979". En: diario *El Comercio*. Lima, 4 de agosto de 2011, <<http://elcomercio.pe/economia/972852/noticia-regimen-economico-actual-constitucion-supero-al-1979-1>>.
- 7 "PPC quiere mantener régimen económico en la Constitución". En: *Generacion.com*. Lima, 13 de junio de 2011, <<http://www.generacion.com/noticia/107471/ppc-quiere-mantener-rmen-econo-constituci>>.
- 8 "Regresar a la Constitución del 79 sería muy negativo". En: diario *Expreso*. Lima, 16 de agosto de 2011, <<http://www.expreso.com.pe/noticia/2011/08/16/regresar-la-constitucion-del-79-seria-muy-negativo>>.
- 9 "Lerner: cambiar modelo económico no era promesa". En: *Peru.com*. Lima, 28 de agosto de 2011, <<http://peru.com/actualidad/lerner-cambiar-modelo-economico-no-era-promesa-noticia-18018>>.
- 10 "Humala forma gabinete con figuras pro-empresariales". En: *World Socialist Web Site*, 22 de agosto de 2011, <<http://www.wsws.org/es/articles/2011/aug2011/husp-a22.shtml>>.
- 11 "El cambio del manejo económico está en la agenda de Ollanta". En: *Prensa Regional*. Huaraz, 5 de agosto de 2011, <<http://www.invierteenhuaraz.com.pe/prensa/editorial/37-editorial/4084-el-cambio-del-manejo-economico-esta-en-la-agenda-de-ollanta>>.

la aplicación del principio constitucional de la libertad de empresa porque existen límites y condicionamientos.

Respecto a la justificación de este trabajo, diremos que el principio constitucional de la libertad de empresa no ha sido merecedor de un adecuado tratamiento en el Perú, pues por largo tiempo se obvió y, cuando posteriormente se consagró recién en la Constitución Política del Perú de 1993, se creyó erradamente (en la práctica y en la judicatura) que por ser una *libertad* carece de límites y, por ende, es irrestricta, de manera tal que, en aras de aquella libertad de empresa, el empresario podría hacer con su empresa lo que quisiera, al extremo que si una autoridad intentase limitarla se le consideraría un atentado a su derecho constitucional que merecería cautelarse vía una acción de amparo. Nada más alejado de la realidad, ya que la mencionada libertad de empresa, al ser precisamente una *libertad*, presenta límites, ya que solo así se asegura la libertad de todos (los derechos de uno acaban donde comienzan los derechos de los demás); lo contrario no califica como libertad sino como libertinaje, resultando que el Derecho ampara lo primero, mas no lo segundo. Como si todo ello no fuese suficiente, ahora se pretende debatir su pertinencia o no dentro del régimen económico constitucional; esto dista, por ejemplo, del tratamiento conferido en el Derecho español¹².

No está de más señalar que, como tema en el que se enlazan los enfoques constitucional y empresarial, la libertad de empresa ha sido tradicionalmente obviada por el Derecho peruano en tanto no fue materia de estudio para la doctrina ni desarrollada por la legislación, manteniéndose así a nivel jurisprudencial, algo que –felizmente– empezó a cambiar en los últimos años con diversas sentencias del Tribunal Constitucional. En nuestra doctrina, solamente Baldo Kresalja Roselló¹³ se aproxima a ese enfoque mixto, pues otros trabajos resultan más restringidos al vincular la libertad de empresa con la competitividad¹⁴, los derechos humanos¹⁵, el servicio público¹⁶, la libertad contractual¹⁷ o la regulación¹⁸. Anotada dicha carencia, menos aún existen, pues, trabajos que aborden el tema vinculando los enfoques del Derecho, la política y la historia.

I. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979

Tomando como antecedente la regulación contenida en el artículo 40 de la Constitución Política del Perú de 1933 –según el cual: “El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley señalará los requisitos a que sujeta su ejercicio y las garantías que le acuerda. Cuando lo exijan la seguridad o la necesidad públicas, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que

- 12 Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- 13 KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 473 a 576. Anteriormente este autor había expuesto ideas relativas al tema en “Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional”. En: *Las tareas de la transición democrática*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 131 a 181.
- 14 Cfr. BUSTAMANTE Y BUSTAMANTE, Alfonso. “La libertad de empresa está permitiendo mayor eficiencia y competitividad”. En: *Revista Industria Peruana*. N° 664, s/e, Lima, mayo de 1993, pp. 8 a 11.
- 15 Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel. “La televisión en debate: derechos humanos y libertad de empresa”. En: *Ius et Veritas*. Año 13, N° 26, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, junio del 2003, pp. 100 a 107.
- 16 Cfr. LAZARTE MOLINA, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2005.
- 17 Cfr. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución peruana”. En: *Advocatus*. N° 16, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, agosto del 2007, pp. 178 a 180.
- 18 Cfr. SUMAR ALBÚJAR, Oscar. “Derecho Empresarial y Constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En: *Thémis*. N° 55, Época 2, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pp. 265 a 281.

en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación”- la Asamblea Constituyente planteó la incorporación de la libertad de comercio y de industria, mas no de empresa, en el texto constitucional que venía gestando.

En la 17ª sesión permanente de la referida Asamblea Constituyente, celebrada el 11 de enero de 1979, se leyó la ponencia de la Comisión Especial N° 8 referida al Título III, Del régimen económico y financiero, la misma que fue suscrita por los constituyentes Ernesto Alayza Grundy (del Partido Popular Cristiano), Luis Rodríguez Vildósola (del Partido Aprista Peruano), Jorge Torres Vallejo (del Partido Aprista Peruano), Mario Polar Ugarteche (del Partido Demócrata Cristiano) y Celso Sotomayor Chávez (Partido Popular Cristiano). Ahí se deja entrever la filosofía del propuesto texto constitucional respecto a la empresa, en los siguientes términos: “La empresa es el objeto del Capítulo III que se inicia caracterizándola, cualquiera sea su forma, como una comunidad humana de producción, con lo que define el carácter instrumental de los bienes y equipos frente al esfuerzo empresarial y laboral que tienen preeminencia por el doble título de ser los agentes efectivos de la producción y provenir de la capacidad personal de quienes lo presentan”¹⁹. El alcance de dicho concepto es interesante, aún cuando se muestra restrictivo solo a la producción de bienes, olvidándose que la empresa también supone la comercialización de estos y la prestación de servicios.

De modo específico, sobre la materia *subexamine* se sostiene que “la economía de mercado adoptada en la ponencia exige la confirmación de los derechos de libertad de comercio, industria y contratación que contiene la Constitución de 1933 y los completa con análogos

límites a los de la propiedad al ordenar que su ejercicio se haga en armonía con el interés social y el bien común”. Ciertamente, la Carta Política de 1933 remitía a la ley para fijar los requisitos y las garantías, para establecer las limitaciones y las reservas, o para autorizar al Poder Ejecutivo para que establezca dichas limitaciones y reservas, siendo entonces el continente, cuyo contenido quedaba en manos del legislador.

Ante la propuesta de la Asamblea Constituyente se plantearon propuestas sustitutorias que pretendían consagrar la norma con otro texto, tales como las siguientes que presentamos en orden cronológico:

- a) La propuesta del constituyente Alberto Ruiz-Eldredge (del Movimiento Social Progresista): “Artículo 18.- El Estado reconoce la libertad de comercio, industria y contratación. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni perjudicial a la moral, la salud ni a la seguridad pública. La ley determina los requisitos, garantías, obligaciones y límites a estas libertades”²⁰. Seguía, pues, la pauta dada por la Constitución Política del Perú de 1933 al referirse a la libertad de comercio, industria y contratación, aunque incorpora conceptos como el interés social, la moral pública y la salud pública.
- b) La propuesta del constituyente Héctor Cornejo Chávez (del Partido Popular Cristiano): “Artículo 122.- El Estado reconoce a las empresas no públicas la libertad de comercio e industria dentro de los límites y con los requisitos, prohibiciones, obligaciones y garantías que señala la ley. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas”²¹. Esta norma debía concordarse

19 17ª sesión permanente de fecha 11 de enero de 1979. En: *Asamblea Constituyente de 1978-1979. Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución: Título III. Del régimen económico*. Tomo I, Archivo General del Congreso de la República del Perú, Lima.

20 *Ibidem*, propuesta sustitutoria de Alberto Ruiz-Eldredge.

21 *Ibidem*, propuesta sustitutoria de Héctor Cornejo Chávez, de fecha 2 de mayo de 1979.

con el artículo 119 de la misma propuesta sustitutoria, donde se hacía referencia a las cuatro clases de empresas: la empresa pública, la empresa social (en sus formas cooperativa, comunal, autogestionaria, comunitaria y de propiedad social), la empresa privada reformada mediante la comunidad laboral y la pequeña empresa privada.

Entonces, resulta indispensable preguntarse qué se entiende por empresa pública: ¿aquella cuya propiedad pertenece al estado o aquella que, por cotizar en la Bolsa de Valores, permite el libre acceso del público? El referido artículo 119 reservaba a la ley el establecimiento del régimen de cada clase de empresa, por lo que no ofrecía mayores luces al respecto.

- c) La propuesta de los constituyentes Jorge del Prado, Raúl Acosta Salas, Isidoro Gamarra y Eduardo Castillo (del Partido Comunista Peruano): "Artículo 119.- El Estado reconoce la libertad de comercio e industria, supeditándola a la planificación del desarrollo (los siguientes párrafos se mantienen)"²². Esta redacción se condice con el planteamiento de dichos constituyentes, para quienes se requería la planificación del desarrollo desde el Estado.
- d) La propuesta del constituyente Roger Cáceres Velásquez (del Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos): "Artículo 119.- Con sujeción a los objetivos del desarrollo nacional, se reconoce la libertad de comercio e industria. El Estado regula permanentemente el precio de los alimentos

“ Si bien es verdad que los resultados derivados de la aplicación de la libertad de empresa son usualmente favorables, hay que precisar que [se trata] de una de las principales manifestaciones de los modelos del libre mercado y de la economía social de mercado ... ”

básicos, de las medicinas y de los combustibles. La ley cautela que el ejercicio de la libertad de comercio e industria no puede ser contrario al interés social, ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública"²³. Esta propuesta, de corte eminentemente intervencionista, condiciona el reconocimiento de las libertades de comercio e industria a la observancia y el cumplimiento de los objetivos del desarrollo nacional.

- e) La propuesta de los constituyentes Antonio Aragón Gallegos y Javier Diez Canseco (del Partido Unificado Mariateguista): El artículo 119 de su propuesta sustitutoria se refería al Plan Nacional de Desarrollo, la planificación de la actividad empresarial por parte del Estado, los tres tipos básicos de empresa (la estatal con gestión de sus trabajadores; la autogestionaria, cooperativa, comunal y de propiedad social, bajo el control directo de sus trabajadores; y la privada, artesanal, pequeña o mediana con la cogestión de sus trabajadores) y, sin aludir a la libertad de comercio e industria, sostenía que "la ley determina los requisitos, garantías, obligaciones y límites de las diversas modalidades empresariales", agregando que "su ejercicio no puede ser contrario a la moral, la salud, la seguridad o la soberanía nacional"²⁴. Con este texto se retrocedía en el camino avanzado, pues no había siquiera referencia a las libertades de comercio e industria, sujetaando más bien la actividad empresarial al indefinido límite del respeto a la soberanía nacional.

22 Ibidem, propuesta sustitutoria de Jorge del Prado, Raúl Acosta Salas, Isidoro Gamarra y Eduardo Castillo, de fecha 7 de mayo de 1979.

23 Ibidem, propuesta sustitutoria de Roger Cáceres Velásquez, de fecha 7 de mayo de 1979.

24 Ibidem, propuesta sustitutoria de Antonio Aragón Gallegos y Javier Diez Canseco, de fecha 7 de mayo de 1979.

- f) La propuesta del constituyente Mario Polar Ugarteche (del Partido Demócrata Cristiano): "Artículo 119.- El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública"²⁵. Es la redacción con la que finalmente quedó el artículo 131 de la Constitución Política del Perú de 1979.

Es de mencionar que el constituyente Carlos Malpica Silva Santisteban (del Movimiento de Izquierda Revolucionaria) tuvo activa participación en los debates del articulado concerniente al régimen económico. Él —siguiendo la obra "Negocios multinacionales. Su poder, su dinero, su política" de Richard Barber— criticaba al capitalismo, defendía los Estados nacionales, atacaba a las empresas multinacionales y entonces decía: "Nuestra discrepancia con la política al respecto del régimen militar reside, entre otros aspectos, en que consideramos imprescindible la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, no solo a través de una significativa representación en los directorios, sino también en todos los niveles de la organización empresarial"²⁶.

Ese ánimo de cogestión empresarial²⁷, donde los trabajadores participen en la gestión de la empresa conjuntamente con los titulares de esta, ha transitado un largo camino, pasando por diferentes niveles, de menos a más: la participación en las utilidades (a través de los dividendos), la participación en la

administración (mediante consejos bipartitos) y la participación en la propiedad. Sobre este último aspecto se ha ido desde el cuestionable esquema de la *comunidad laboral* por el cual se crearon las acciones laborales, posteriormente denominadas acciones del trabajo y, luego, acciones de inversión; hasta los modernos esquemas de *stock options* como incentivos a los trabajadores fundamentalmente en razón de su productividad²⁸. Recientemente el tema ha cobrado vigencia con el Proyecto de Ley N° 564-2011-CR que plantea restituir a las acciones de inversión la calidad de acciones comunes con voto, lo que ha desatado una polémica mediática por el supuesto conflicto de intereses de su proponente, el congresista Javier Diez-Canseco (actualmente de la Alianza Gana Perú)²⁹.

No deja de llamar la atención que durante los debates de la Asamblea Constituyente, se haya referido la necesidad de crear un organismo para controlar las empresas públicas —como una especie de *holding*, en palabras del constituyente Andrés Aramburú Menchaca (del Partido Popular Cristiano)³⁰—, que es lo que actualmente existe desde que en 1999 (es decir, dos décadas después de aquel pronunciamiento) se creó el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) para "ejercer la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas (creadas o por crearse) en las que participa el Estado y administrar los recursos provenientes de dicha titularidad"³¹. Por otro lado y siguiendo la misma línea que lo anterior, se planteaba la creación del Poder

25 *Ibidem*, propuesta sustitutoria de Mario Polar Ugarteche, de fecha 8 de mayo de 1979.

26 Dictamen en minoría de Carlos Malpica Silva Santisteban, de fecha 2 de diciembre de 1978. *Ob. cit.*

27 Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. "La cogestión empresarial". En: diario *La República*. Lima, 8 de junio del 2000, p. 20.

28 Cfr. ECHAIZ MORENO, Sandra. "Las *stock options* como incentivo laboral para los trabajadores en la empresa". En: *Instituciones de Derecho Empresarial*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, Lima, 2009, pp. 573 a 605.

29 Cfr. "Diez Canseco administra 102 mil acciones, denuncian". En: *Peru.com*. Lima, 13 de diciembre de 2011. <<http://peru.com/actualidad/diez-canseco-administra-102-mil-acciones-denuncian-noticia-33710>>.

30 44ª sesión de la Asamblea Constituyente de fecha 10 de mayo de 1979. En: *Asamblea Constituyente de 1978-1979. Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución: Título III, Del régimen económico*. Tomo III, Archivo General del Congreso de la República del Perú, Lima.

31 "Historia". En: Portal del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. Lima, <<http://www.fonafe.gob.pe/portal?accion=c&t=13&i=108&n=2&o=103&m=2>>.

Económico que tendría "la responsabilidad de planificar, decidir, dirigir, apoyar, fomentar, incentivar e incrementar la producción y la productividad, en todas las áreas económicas, con criterio empresarial, dentro del pluralismo económico"³², integrándose por el Consejo Directivo y el Congreso Económico Nacional; una propuesta menos intervencionista es la que posteriormente se implementó con la creación del Ministerio de la Producción (Produce) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Finalmente, después del debate suscitado en la referida Asamblea Constituyente y como resultado del juego de poderes entre los constituyentes, el artículo 131 de la Constitución Política del Perú de 1979 quedó con el siguiente texto: "Artículo 131.- El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública". Se reitera, pues, el reconocimiento de las libertades de comercio e industria, que ya se encontraba presente en su antecesora Carta Política de 1933, mas no se hace aún referencia a la libertad de empresa. Asimismo, se establece que mediante una ley (de desarrollo constitucional) se establecerán los requisitos, las garantías, las obligaciones y los límites. Por último, ya se adelantan cuatro grandes límites, cuales son el interés social, la moral pública, la salud pública y la seguridad pública.

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

El Congreso Constituyente Democrático planteó un giro en cuestiones de régimen constitucional económico. A decir del constituyente

Carlos Torres y Torres Lara (de la Alianza Cambio 90-Nueva Mayoría), quien fue además uno de sus principales promotores: "El régimen económico que se propone intenta establecer un mecanismo de economía de mercado similar al que existe en el mundo y lo más parecido posible al que se aplica en los países colindantes al nuestro. El objetivo es hacernos competitivos como país que sabe atraer las inversiones, dando seguridad en esta parte del mundo. (...) Pero este régimen económico que estamos proponiendo tiene, además, contenido social porque establece una economía social de mercado en los términos que aquí se establecen y no en los términos gaseosos que determina la Constitución de 1979, que no se sabía por dónde iba"³³.

En ese orden de ideas se procuraba construir un marco constitucional adecuado que sustentase el modelo económico en materia empresarial, el mismo que busca cuatro objetivos fundamentales: "primero, insertarnos dentro de la economía internacional con reglas normalmente aceptadas, economía de mercado; segundo, en ese apoyo a la economía de mercado, favorecer a los más débiles, a los pequeños empresarios; tercero, controlar a los más grandes en materia monopólica; y, cuarto —y esto es sumamente importante—, fiscalizar que el desarrollo de la economía de mercado se produzca con la creación de los instrumentos necesarios para la defensa del consumidor"³⁴. En efecto, se produjo la liberalización de la economía, con la ola de privatizaciones; la inserción del Perú en los mercados internacionales, con la igualdad de trato a las inversiones nacional y extranjera; la promoción de las cadenas productivas, en materia de contrataciones con el Estado; la proscripción del abuso de la posición de dominio, a través del Instituto Nacional de Defensa y de la Protección de la Propiedad

32 Propuesta sustitutoria de Roger Cáceres Velásquez, Jesús Veliz Lizárraga y Pedro Cáceres Velásquez, de fecha 14 de mayo de 1979. En: Asamblea Constituyente de 1978-1979. *Proposiciones al Título III, Del régimen económico*.

33 29ª K sesión matinal de fecha 14 de julio de 1993. En: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Diario de Debates. Debate Constitucional del Pleno 1993. Título III: Régimen Económico*. Tomo I, Archivo General del Congreso de la República del Perú, Lima.

34 Ídem.

Intelectual (Indecopi); y la salvaguarda de los intereses del consumidor final, desde la dación de la primigenia Ley de Protección al Consumidor hasta el reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En el proyecto presentado por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, se incorporó el artículo 58 con el siguiente texto: "El Estado estimula la creación de riqueza, garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa. Brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier especie de desigualdad. En tal sentido promueve a las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

Para el constituyente Manuel Moreyra Loredo (del Movimiento Solidaridad y Democracia) ese artículo 58 es correcto y solo propone abreviar su redacción. Al respecto sostiene: "Yo, sencillamente, diría: 'El Estado estimula la creación de riqueza, garantiza la libertad de trabajo y de empresa', punto. No es necesario decir más. El resto —creo yo— está sobreentendido; pero si se quiere poner tampoco me opongo. Lo que sí está mal es poner la palabra '*libertad*' dos veces. Evidentemente, sobra eso; es, simplemente, una repetición"³⁵. Compartimos el criterio del referido Manuel Moreyra Loredo toda vez que la Constitución Política es una norma programática que no tiene por qué entrar en detalles como lo hacía el citado artículo 58 planteado por el Congreso Constituyente Democrático; no obstante, discrepamos de dicho constituyente cuando sostiene que solo debe ir una sola vez la palabra *libertad* porque no está aludiéndose a una sola libertad sino a dos libertades: la libertad de trabajo y la libertad de empresa, que existen una independientemente de la otra, aunque lo ideal es que vengan aparejadas, de modo tal que pudo decirse "garantiza las libertades de trabajo y de empresa".

Por su parte, el constituyente Luis Bedoya de Vivanco (del Partido Popular Cristiano)

recordó que la entidad propuesta —integrada por personas de distintas corrientes ideológicas, tales como Alfonso de los Heros, Ernesto Alayza, Felipe Ortiz de Zevallos, Julio Velarde, Rafael Villegas y Enrique Castilla— sugirió reemplazar la redacción de los artículos 58 y 61, fusionándolos en uno solo con el siguiente texto: "El Estado procura, en el marco de un desarrollo sustentable, que la riqueza nacional aumente y permita mejorar el bienestar social. Para ello, garantiza el derecho de propiedad y la libertad de trabajo, comercio y contratación, promueve el funcionamiento eficaz de los mercados, la capacitación de los trabajadores y la generación de empleo productivo. El Estado puede, excepcionalmente, participar en actividades empresariales. Para ello, se requiere de ley expresa del Congreso aprobada por la mayoría del número legal de sus miembros"³⁶.

Aún cuando la intención de sus promotores sea loable, lo cierto es que la propuesta antedicha adolece de varios defectos: primero, empieza con una declaración ("el Estado procura, en el marco de un desarrollo sustentable, que la riqueza nacional aumente y permita mejorar el bienestar social") que juzgamos innecesaria por expresar un simple deseo (*procura*) utilizando conceptos genéricos (*desarrollo sustentable*, *riqueza nacional* y *bienestar social*); segundo, se restringe al derecho de propiedad y la libertad de trabajo, comercio y contratación, siendo que esta última es tomada como una sola libertad cuando en realidad se tratan de tres libertades autónomas, obviándose por lo demás a las libertades de industria y de empresa; y, tercero, la referencia a "participar en actividades empresariales" siembra la duda de si se cumple cuando el Estado contrata con un proveedor que le ofrece un servicio, siendo menos precisa que la referencia a "realizar actividades empresariales", sin perder de vista que aquella propuesta solo exigía "ley expresa del Congreso aprobada por la mayoría del número legal de sus miembros", sin importar el carácter (subsidiario) y la finalidad (alto interés

35 Ídem.

36 Ídem.

público o manifiesta conveniencia nacional) de la actuación empresarial, como actualmente lo exige la Constitución Política de 1993.

En consonancia con la propuesta original de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, el constituyente César Larrabure Gálvez (del Frente Independiente Moralizador) sostuvo: “Nos parece que está muy bien redactado pues sabemos que la libertad de empresa es el único modelo que puede hacer que los países despeguen y se desarrollen social, económica y políticamente. La libertad de empresa es un modelo —el único, diría yo— que ha dado resultados en el mundo entero. Vemos cómo los modelos que restringen la libertad de empresa han fracasado, cuando el Estado monopoliza todas las actividades (...). Por lo tanto, me parece bien recalcarlo de esta forma en la Constitución porque debemos imitar las cosas buenas que suceden en el mundo, como por ejemplo la caída del Muro de Berlín, la apertura de China y muchos otros modelos que nos dan la razón. Asimismo, la libertad de empresa va a permitir mayor inversión nacional y extranjera”³⁷. Si bien es verdad que los resultados derivados de la aplicación de la libertad de empresa son usualmente favorables, hay que precisar que no se trata de un modelo económico sino de una de las principales manifestaciones de los modelos del libre mercado y de la economía social de mercado, que marca la diferencia con el modelo de la economía planificada.

Al respecto es de mencionar que la relación del Estado con la Economía se ha manifestado a través de tres modelos económicos: la economía planificada (en un extremo), el libre mercado (en el otro extremo) y la economía social de mercado (entre ambos). El

modelo de la economía planificada³⁸ ve al Estado como un interventor, en tanto solo él sabe lo que conviene al mercado y, así, por ejemplo, determina los precios de los productos. Por su parte, el modelo del libre mercado³⁹ no ve al Estado (o, mejor dicho, no lo quiere ver), prescindiendo de este y aplicando la máxima francesa originaria del siglo XVIII *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). Finalmente, el modelo de la economía social de mercado⁴⁰ sí ve al Estado, mas no como un interventor, sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir —al decir de Bernardo Kliksberg⁴¹— “una economía con rostro humano”.

La economía social de mercado —que nació en la década de 1930, entre los economistas de la Escuela de Friburgo, como Alexander Rüstow— constituye hoy en día el modelo económico más extendido entre los países en vías de desarrollo y con mayor proyección a nivel mundial. El Perú no escapa a esta situación, reconociéndola en su texto constitucional cuando en el artículo 58 estipula: “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”.

Desde su consagración constitucional, la economía social de mercado ha encontrado sustento en el régimen de la libre competencia, el mismo que es resultado de la interacción entre los agentes económicos quienes, en ejercicio de su libertad, establecen —de acuerdo a sus propios intereses— las reglas de juego que los regirán en adelante. Su elemento fundamental viene dado por la *libertad* de decisión de

37 Ídem.

38 Cfr. CARR, Edward Hallet. *Historia de la Rusia Soviética. Bases de una economía planificada*. Alianza, Madrid, 1984.

39 Cfr. VILLARREAL, René. *Hacia una nueva economía de mercado*. Castillo, México D.F., 1998.

40 Cfr. DIPLOMADO LATINOAMERICANO EN ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. Santiago de Chile, Universidad Miguel de Cervantes, 2005.

41 Cfr. KLIKSBERG, Bernardo. *Hacia una economía con rostro humano*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

aquellos que participan en el tráfico económico, por lo que la elección tanto del productor (ofertante) como del consumidor (demandante) son inseparables y de ellas depende, en gran medida, que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto⁴².

Al decir del organismo gubernamental regulador de la libre competencia en el Perú, esto es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi), "los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y la libre competencia en los mercados es la fuerza impulsadora de la economía"⁴³. Queda claro, entonces, que la competencia como categoría jurídica no es un fin en sí mismo, cuya protección se da *per se*, sino que su existencia se justifica en tanto y en cuanto tutela o garantiza el interés económico general. Siguiendo este razonamiento, la determinación de su infracción debe darse sin perder de vista la necesaria consecuencia negativa para el sistema económico en general, proveniente de la conducta del agente. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ideal de competencia perfecta termina siendo solo eso, pues no existe el mercado perfecto con un elevado número de ofertantes y de demandantes, con productos homogéneos, sin barreras de entrada y/o de salida y sin intervención estatal. Al contrario, son usuales los casos en los existen conductas disfuncionales del mercado, tales como las prácticas colusorias (verticales u horizontales), el abuso de posición de

“Algunos pretenden justificar su actuación irrestricta a través del derecho constitucional a la libertad de empresa, creyendo equivocadamente que dicha libertad significa que el empresario no tiene límites en su actuación en el mercado ...”

dominio y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

De las tres figuras mencionadas, el abuso de posición de dominio ha recibido la mayor atención por parte de la doctrina, y nos pronunciamos sobre dicho instituto porque es la perversión de la libertad de empresa. Parafraseando el artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad

Económica Europea y el artículo 4 de nuestra anterior Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁴⁴ diremos que la posición de dominio en el mercado es definida usualmente como la capacidad que posee una empresa o varias empresas para actuar de manera independiente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

Sin embargo, como bien observan María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Zevallos, "las expresiones *independiente* y *prescindencia* aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica"⁴⁵. Su explicación es la siguiente: "En relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos tendría que tratarse de un producto que enfrenta una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores tendría que ser un monoposonio. Es

42 Cfr. Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC, de fecha 17 de setiembre de 1996: "Fijación de sueldos mínimos para profesionales".

43 Ídem.

44 Decreto Legislativo N° 701, Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 1991.

45 QUIROGA GLAVE, María del Rosario y RODRÍGUEZ ZEVALLOS, Miguel. *La concentración de empresas y la libre competencia*. M.J. Bustamante de la Fuente-Cultural Cuzco, Lima, agosto de 1997, p. 58.

sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones⁴⁶.

“La política de competencia busca proteger el proceso competitivo mismo, eliminando o evitando las restricciones que tiendan a obstaculizar su desarrollo”, sostienen Alejandro Falla y Eduardo Quintana, para luego agregar que “la competencia es un mecanismo para lograr un asignación eficiente de recursos, dirigiéndolos de sus usos menos valiosos a los más valiosos⁴⁷. En ese sentido, para Sonia Cortés Zambrano “la intervención del Estado se valora en la medida en que promueve la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos⁴⁸. En el modelo de la economía social de mercado –que rige actualmente en el Perú– la aludida *intervención* del Estado no es como jugador del partido sino como árbitro del mismo, ya que asume la función de regulador de los agentes económicos en el mercado, y lo hace a través del referido Indecopi. Así, Alfredo Quispe Correa se pregunta qué rol le compete al Estado, respondiendo que “su intervención en la economía es limitada y está signada por la adjetivación social que impregna su calificación, en busca de objetivos que no siempre pueden alcanzarse por el mercado⁴⁹.”

Cabe precisar que, para la Comisión Consultiva de Ex Decanos del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, integrada por Andrés Aramburú Menchaca y Gonzalo Ortiz de Zevallos, “se conserva el principio que el Estado reconoce la libertad de comercio e industria y que la ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites⁵⁰. Por su parte, el Movimiento Democrático de Izquierda presentó una

propuesta alternativa para el Título III “Del régimen económico” en la cual, si bien incluye el Capítulo III “De la propiedad y de la empresa”, no contiene ninguna referencia a la libertad de empresa y más bien elimina las referencias a la libertad de comercio e industria, aunque llama la atención que en el Capítulo I “Principios generales” estipule, en el artículo 73, que “el Estado garantiza la libertad de comercio exterior⁵¹.”

Finalmente, después del debate suscitado en el mencionado Congreso Constituyente Democrático y como resultado del juego de poderes entre los constituyentes, el artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993 quedó con el siguiente texto: “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”. Se reitera, pues, el reconocimiento de las libertades de comercio e industria, que ya se encontraba presente en su antecesora Carta Política de 1979, añadiéndose la referencia a la libertad de empresa. Ya no se estipula que mediante una ley (de desarrollo constitucional) se establecerán los requisitos, las garantías, las obligaciones y los límites, aunque se establecen tres grandes límites, cuales son la moral pública, la salud pública y la seguridad pública, obviándose el interés social.

46 Idem.

47 FALLA, Alejandro y QUINTANA, Eduardo. “Construyendo una estrategia común: el Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina”. En: *Thémis*, N° 47, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, s/f, p. 176.

48 CORTÉS ZAMBRANO, Sonia. “El Estado, la Constitución y la economía de mercado”. En: *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, N° 4, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2009, p. 41.

49 QUISPE CORREA, Alfredo. *La Constitución Económica*. Segunda edición, s/e, Lima, 2007, p. 18.

50 Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma de la Constitución Política del Estado, presentado al Congreso Constituyente Democrático por la Comisión Consultiva de Ex Decanos del Colegio de Abogados de Lima, Proyecto de Ley N° 654-A/93. En: *Constitución Política del Perú 1993, Tema: Título III-Régimen Económico*. Archivo General del Congreso de la República del Perú, Lima.

51 Ibidem, propuesta sustitutoria del Movimiento Democrático de Izquierda, de fecha 30 de junio de 1993.

III. LOS NUEVOS RUMBOS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL PERÚ

Lo que debe quedar en claro es que la vigente Constitución Política del Perú no es solo una *Constitución Política* sino también una *Constitución Económica*⁵², sustentada en la *impronta mercantilista* propiciada por el texto constitucional español de 1978 y promovida en el Perú en los años 90 del siglo pasado por Carlos Torres y Torres Lara. Basta revisar el abanico constitucional-económico de reglas fundamentales (recogidas en el Título III, Del régimen económico; Capítulo I, Principios generales; entre los artículos 58 al 65), tales como la libertad de empresa, la subsidiariedad, la libertad de contratación y la protección al consumidor, para percatarse que la Carta Magna está premunida de diversos conceptos empresariales, estos exigen un amplio enfoque, por lo que mal haríamos si los atendemos desde la perspectiva exclusiva y excluyente del Derecho, prescindiendo de la Economía⁵³ y el funcionamiento del propio mercado.

Para Alfonso Miranda Londoño y Carlos Márquez Escobar, "el nuevo papel del Derecho y del Derecho Público referido a la regulación económica principalmente, está dirigido a la eliminación de la excesiva reglamentación, a formar parte de los procesos de flujo de información, transmisión de conocimiento, descubrimiento y coordinación de los mercados, por medio de la libertad en lugar de la imposición", agregando que "el Derecho de la regulación podrá ser efectivo si evita la imposición de una idea irreal de lo que es el mercado competitivo, busca simplemente coordinar (equilibrar) y mejorar los procesos de información entre agentes del mercado"⁵⁴.

Ciertamente, hoy asistimos a una época que tiende a la desregulación jurídica del mercado, pero ello no supone de ninguna manera radicalizar el criterio y desaparecer al Estado. Algunos pretenden justificar su actuación irrestricta a través del derecho constitucional a la libertad de empresa, creyendo equivocadamente que dicha libertad significa que el empresario no tiene límites en su actuación en el mercado; confunden pues *libertad* con *libertinaje*, más aún cuando el Derecho ampara la primera, mas no la segunda. La libertad sí tiene límites porque son estos precisamente el fundamento de su existencia, ya que si no existieran esa libertad sería irreal en tanto la actuación de unos impediría la actuación de los otros.

Aquí es menester citar a Eugenio D'Medina para quien "la libertad económica, que es la contraparte de las libertades política y cultural, es una libertad en sentido cívico". Este autor explica: "[La libertad económica es] siempre acotada por el marco de la ley y que, por ello, no puede vulnerar derechos ni privilegiar acciones individuales que atenten contra la ley. La libertad, al igual que la democracia, debe tener límites en algo muy concreto: las reglas de juego sociales. Estas reglas de juego deben estar plasmadas en el marco legal, pero además deben ser de carácter general, para evitar excesivos privilegios, por un lado, y de carácter más o menos permanente, para evitar normas con nombre propio, por otro"⁵⁵.

Conviene distinguir los conceptos de libertad de empresa, libertad de comercio y libertad de industria, a la luz de la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC.

52 Gaspar Ariño Ortiz dice que "se entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución". Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 103.

53 "Un magistrado del Tribunal Constitucional que no conoce de economía es un enemigo público comentó el Decano del Colegio de Abogados del Perú, Walter Gutiérrez Camacho, al mostrar su preocupación por la inseguridad jurídica que generan las 'inconsistencias' de los fallos de ese organismo". Cfr. "Un magistrado puede ser un enemigo público". En: diario *Gestión*. Lima, 19 de marzo de 2010, p. 6.

54 MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos. "Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación". En: *Universitas*. N° 108, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, diciembre del 2004, p. 114.

55 D'MEDINA, Eugenio. "Democracia y libertad: ¿amigos o enemigos?". En: *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 5, N° 20, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2008, p. 59.

- a) La libertad de empresa “se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”. Más adelante añade: “Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que se derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución [Política del Perú] reconoce”. Debemos entender que la libertad de empresa se refiere precisamente a la facultad de realizar actividad empresarial (concepto marco, sustento del moderno Derecho Empresarial), sabiendo que esta supone la organización de diversos elementos heterogéneos (como capital, materia prima, trabajadores, intangibles, etc.) para la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios. Bajo este orden de ideas existe la libertad de organizar un concierto pero este debe atender a las medidas de seguridad para los espectadores.
- b) La libertad de comercio es “la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley”. Luego agrega: “Tal libertad supone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal”. Por su parte, la libertad de comercio alude a la facultad de realizar actividad comercial (concepto restringido respecto al anterior, sustento del tradicional Derecho Comercial) que se vincula solo a la comercialización (de bienes o servicios). Así, existe la libertad de comercializar bebidas alcohólicas pero estas no pueden venderse a menores de edad.
- c) La libertad de industria “es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”. Finalmente, la libertad de industria apunta a la facultad de realizar actividad industrial (concepto también restringido) que se refiere solo a la producción (de bienes). En este sentido existe la libertad de producir medicinas pero estas deben respetar los estándares dispuestos por la autoridad sanitaria.
- Seguidamente vamos a revisar —en orden cronológico— las principales resoluciones del Tribunal Constitucional que se pronuncian en torno al principio de la libertad de empresa. Empezamos con una breve exposición del caso para luego enumerar los aspectos más relevantes de la sentencia en la materia examinada, acompañados de puntuales comentarios.
- 1. Sentencia de fecha 11 de julio de 2005, recaída en el Exp. N° 03330-2004-AA/TC**
- Ludesmiilo Loja Mori interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Dirección Municipal de Comercialización y Defensa del Consumidor y la Dirección de Fiscalización y Control, estas últimas también de la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 19854 del 30 de diciembre de 2002 que declaró infundado su Recurso de Apelación, así como la nulidad de la Resolución Directoral N° 1087 del 21 de diciembre de 2001 e infundada la nulidad del procedimiento de autorización municipal de funcionamiento de local comercial y que, en consecuencia, reponiéndose las cosas al estado anterior, se declare la validez y la vigencia de la Resolución de Alcaldía N° 38636 del 26 de diciembre de 2001 que ordenó la prosecución del trámite de autorización de funcionamiento de local comercial.
- Por su parte, la Municipalidad Metropolitana de Lima refiere que el trámite rutinario para el otorgamiento de licencia de autorización de funcionamiento supone la verificación por parte de la Administración del cumplimiento de todos los requisitos, para lo cual se realizó la

inspección del local bajo la forma de operativo, el mismo que nunca es comunicado a ningún administrado dado el elemento sorpresa que es concomitante a su naturaleza, encontrándose que se trataba de la discoteca Calle Ocho en cuyo interior había un grupo de menores de edad, que dicho local comercial había sido modificado sin concordar con los documentos presentados en el trámite de la licencia, que los boletos de ingreso no habían sido enumerados por lo que contravenía el trámite de atención a los clientes, que el personal encargado del expendio de bebidas no contaba con carné de sanidad, que el local comercial se encontraba a menos de 150 metros lineales de un centro de enseñanza y que existía oposición de los vecinos, pues este tipo de establecimientos comerciales los perjudica de manera directa.

Con fecha 15 de mayo de 2003 el Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Lima declara fundada, en parte, la demanda por afectación al debido procedimiento y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 19854 del 30 de noviembre de 2002, debiéndose emitir una nueva resolución observando los términos de la sentencia, e infundada en el extremo de retrotraer todo lo actuado a la vigencia de la Resolución de Alcaldía N° 38636. En vía de apelación, con fecha 1 de abril de 2004 la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundado el extremo de la demanda que pretende la inaplicabilidad de la precitada Resolución de Alcaldía. Finalmente, con fecha 11 de julio de 2005 el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda (con el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen), siendo sus aspectos más relevantes los siguientes:

- a) Sostiene que "la libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual". Es decir, revaloriza la teoría subjetiva que enfatiza el interés del empresario.
- b) Recoge la definición de empresa contemplada en la sentencia del Exp. N° 0018-2003-AI/TC, según la cual "la expresión

empresa alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo". La organización (management) subyace como centro medular en la concepción contemporánea de la empresa donde el empresario actúa como "el director de la orquesta" al organizar diversos elementos heterogéneos que confluyen en torno a la realización de la actividad económica. Así, la empresa no solo alude a los tradicionales elementos materiales (como la infraestructura y la materia prima) sino también a los modernos intangibles que, aunque carecen de existencia física, sí tienen valor económico (como la marca de producto y el secreto industrial).

- c) También recoge el criterio social respecto a la empresa, desarrollado en la citada sentencia del Exp. N° 0018-2003-AI/TC, en la cual se lee que "dado el carácter social del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos". En efecto, el modelo de la economía social de mercado (punto medio entre el modelo de la economía planificada y el modelo del libre mercado) rige en nuestro sistema constitucional económico y postula la actuación del Estado en la actividad empresarial, no como interventor, pero sí como regulador.
- d) Desarrolla el contenido de la libertad de empresa con base en cuatro tipos de libertades: la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades. Aquí se adopta la corriente doctrinaria española, compendiando las siete libertades que usualmente se enuncian en España: la libertad de creación (que permite crear una empresa individual de responsabilidad

limitada o una sociedad), la libertad de organización (que permite organizar la empresa con un directorio de siete miembros o con gerencias y subgerencias), la libertad de dirección (que permite que el socio mayoritario sea también el presidente del directorio), la libertad de acceso al mercado (que permite incursionar en un nuevo mercado regional), la libertad de salida del mercado (que permite disolver, liquidar y extinguir una empresa) y la libertad de vinculación con otras empresas (que permite celebrar una alianza estratégica o arribar a una fusión corporativa). De la sentencia del Tribunal Constitucional destacamos la libertad de competencia y le añadiríamos la libertad de vinculación con otras empresas.

- e) Ejemplificando el principio constitucional materia de análisis prescribe que "poner en funcionamiento una discoteca es una de las formas en que una persona puede ejercer su derecho a la libertad de empresa", acotando de modo preciso que "la creación de empresas no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario". Ciertamente la libertad de empresa está sometida no solo a límites, sino también a condicionamientos, por lo que es pasible de regulación y, más aún, debe ser regulada (en cada uno) para que así se asegure la libertad (de todos).
- f) Aborda prolijamente los límites del derecho a la libertad de empresa, señalando que "el ejercicio del derecho a la libertad de empresa (...) ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se deriven de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente". Respecto a la

“ [L]a regulación estatal de [cómo se consigue el objeto social] (sustentado en intereses colectivos, como la seguridad pública) no contraviene el alcance del objeto social (el mismo que libremente ha sido determinado por los socios). ”

moral pública sostiene que "la existencia de este límite a la libertad de empresa (...) se puede encontrar cuando los vecinos expresan una preocupación latente y directa sobre el respeto de la moral en la discoteca". En cuanto a la salud pública advierte que "de un lado, se analizará la salud física de los concurrentes a la discoteca y, de otro, se observará la salud psicopatológica de los vecinos que puede verse afectada por la contaminación acústica". Por último, en torno a la seguridad pública aduce que "cualquier local que quiera atender al público debe

estar sustentado en las medidas de seguridad razonables para la protección de su vida e integridad, más aún en un país que ya ha tenido víctimas en su haber por no tomar las medidas necesarias dentro de los locales, especialmente dentro de las discotecas". Tanto la moral pública como la salud pública y la seguridad pública podrían sintetizarse en el concepto de *orden público*, límite natural a la autonomía de la voluntad y que en su interacción con esta posibilita la convivencia social.

- g) Arriba entonces a la siguiente conclusión: "Tras haber analizado el derecho a la libertad de empresa del demandante es preciso advertir que [tal derecho] no es, en modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercerlo supone el respeto de principios, valores y otros derechos que la Constitución ha consagrado. En ese sentido, es correcto afirmar que la economía social de mercado, que es el fundamento de la libertad de empresa, es también su límite, en tanto que es el marco en el que ella se reconoce". No existen derechos absolutos, ni siquiera los que califican como personalísimos, por lo que se equivocan quienes defienden el carácter irrestricto del derecho a la libertad de empresa, más todavía cuando nos asentamos en el modelo de la economía social de mercado.

2. Sentencia de fecha 18 de abril de 2007, recaída en el Exp. N° 04637-2006-PA/TC

La Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que se declare inadmisibles y sin efecto alguno para su caso el Decreto Supremo N° 006-2004-MTC por considerarlo violatorio de sus derechos fundamentales a la irretroactividad de la ley, la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la libertad de tránsito, la igualdad ante la ley y la libre competencia, solicitando como pretensión accesoria que se mantenga la vigencia de las tarjetas de circulación de ocho de sus buses. Argumenta que hasta antes de la entrada en vigencia de la norma cuestionada estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión y que el emplazado expidió tarjetas de circulación a ómnibus carrozados, pero que en forma inexplicable el mencionado Decreto Supremo N° 006-2004-MTC precisa que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995. Por su parte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones deduce las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa.

Con fecha 30 de junio de 2004 el Quincuagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima desestima las excepciones propuestas y declara fundada la demanda respecto al artículo 2 de la norma cuestionada (ya que prevé la aplicación antes de su entrada en vigencia) pero infundada dicha demanda en cuanto a los artículos 1, 3, 4, 5 y 6. En vía de apelación, con fecha 21 de agosto de 2005 la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada porque el proceso de amparo no es la vía correspondiente para esclarecer la controversia y, además, no se advierte medio de prueba alguno que demuestre la alegada prohibición de circulación. Por último, con fecha 18 de abril de 2007 el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de agravio constitucional declarando infundada la

demanda, siendo sus aspectos más relevantes los siguientes:

- a) Aunque posteriormente será subsanado, omite en su inicial análisis la referencia puntual al principio de la libertad de empresa cuando, comentando el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, sostiene que "dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado" para luego añadir que "el artículo 59 [del mismo texto constitucional] establece que: 'el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria (...)'. Apréciase que hay una incorrecta cita del referido artículo 59 de la Constitución Política del Perú puesto que este no dice que "garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria" sino que "garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria", siendo precisamente el agregado de la libertad de empresa lo que permite diferenciar el actual texto constitucional de 1993 respecto a su antecesor de 1979.
- b) En relación a la alegada violación del derecho a la libertad de empresa expone que "la recurrente se constituyó como una sociedad anónima cerrada, siendo su actividad económica principal (...) el servicio de transporte regional vía terrestre, rubro que a la fecha de su inscripción en el Registro Único del Contribuyente (en el año 2000) solo podía ser realizado mediante vehículos diseñados y construidos exclusivamente para el transporte de pasajeros, mas no mediante ómnibus carrozados sobre chasis de camión, lo que no contradecía su actividad económica principal y que no se ha visto modificada por los impugnados artículos". Téngase en consideración que la norma impugnada no atenta contra el objeto social (el cual es el servicio de transporte regional vía terrestre), manteniéndose este incólume, sino que regula la prestación de ese servicio al ser de naturaleza pública. Sin importar que se trate de una sociedad anónima cerrada (como en el presente caso) o de otra modalidad societaria, lo

cierto es que, al no existir una norma imperativa que prevea lo contrario (distinto es el caso de los bancos que están constreñidos a la forma de la sociedad anónima) puede procurarse tal objeto empresarial a través de cualquier persona jurídica (incluso una empresa individual de responsabilidad limitada u otro tipo de sociedad).

- c) Explica que "las cuestionadas disposiciones tampoco prohíben la adquisición de ómnibus carrozados sobre chasis de camión, sino que restringen su utilización en la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros, así como la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, que no es precisamente el objeto social de la empresa recurrente". Agrega que "tales restricciones no suponen además la eliminación del marco jurídico-comercial de la actividad de ofrecer la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas, a la que se dedica la empresa recurrente, ya que puede continuar ofreciendo el servicio en ómnibus diseñados y construidos exclusivamente para tal efecto, por lo que sus alegatos deben ser desestimados". Se insiste acertadamente en distinguir el objeto social (que en este caso es el servicio de transporte regional vía terrestre, el cual no se ve afectado) de la manera de conseguirlo (que la empresa recurrente pretende a través de los denominados "buses-camión"). Queda claro que la regulación estatal de este último aspecto (sustentado en intereses colectivos, como la seguridad pública) no contraviene el alcance del objeto social (el mismo que libremente ha sido determinado por los socios).

Tan solo puede agregarse que un pronunciamiento semejante se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de octubre de 2007, recaída en el Exp. N° 04482-2007-PA/TC.

3. Sentencia de fecha 9 de noviembre de 2007, recaída en el Exp. N° 03048-2007-PA/TC

Fukuroi Company interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y

Comunicaciones solicitando que se declare inaplicable el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC por considerarlo violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de empresa, al establecer limitaciones a la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para automotor. Por su parte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta que mediante dicha norma se han establecido requisitos para la importación de vehículos usados y de motores, partes, piezas y repuestos usados destinados a vehículos de transporte terrestre, pero no su suspensión ni su prohibición, habiéndose tomado como punto de referencia la antigüedad de los vehículos en función a su sistema de combustión, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

Con fecha 6 de octubre de 2006 el Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara infundada la demanda por considerar que los requisitos establecidos en el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC son conformes con lo establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2004-AI/TC. En vía de apelación, con fecha 4 de abril de 2007 la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada. Por último, con fecha 9 de noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de agravio constitucional declarando infundada la demanda (con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli), siendo los aspectos más relevantes los siguientes:

- a) Sostiene que "la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre es una actividad económica que está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos para que pueda realizarse", lo que supone que la libertad de empresa "debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que deriven de la seguridad, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente". Ya nos hemos pronunciado anteriormente respecto al alcance restringido

del derecho a la libertad de empresa (como todo derecho que no es absoluto), teniendo como uno de sus límites la preservación del medio ambiente, más aún cuando la propia Constitución Política del Perú estipula en su artículo 2, inciso 22, que toda persona tiene derecho "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

- b) Explayándose en cuanto a este último aspecto manifiesta que "la protección del medio ambiente tiene entonces una doble dimensión: por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la Nación, y por otro, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas". Se trata, pues, de un derecho-deber: es un derecho (exigido por uno y cumplido por todos) y, a la vez, es un deber (cumplido por uno y exigido por todos). Habrá entonces que sopesar el interés individual (la libertad de empresa) con el interés colectivo (la protección del medio ambiente), llegándose a la conclusión de que no tienen que ser excluyentes, sino relacionados de modo que el primero se vea limitado (o, de ser el caso, condicionado) por el segundo.
- c) De esta forma, arriba a que "el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC constituye un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre, tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud. Y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida". Lo anterior significa que existen límites

legítimos e ilegítimos: los primeros son aquellos (como los requisitos legales) que restringen un derecho individual (como la libertad de empresa) para salvaguardar un derecho colectivo (como la protección del medio ambiente), mientras que los segundos son simples barreras que restringen sin mayor fundamento.

4. Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2007, recaída en el Exp. N° 01972-2007-PA/TC

Elek Karsay Rizsanyi interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud solicitando se le renueve la constancia de categorización solicitada y, en consecuencia, se deje sin efecto el Oficio N° 2340-2005-J-OPD/INS del 17 de octubre de 2005 y el Oficio N° 2564-2005-J-OPD/INS del 5 de diciembre de 2005, ya que con esa negativa se vulnera su derecho al trabajo en la medida en que le impide desarrollar los servicios de salud que actualmente viene realizando, además de otros derechos conexos. Desde el 5 de octubre de 1999 funciona un centro médico que él dirige con admisión para evaluación de enfermedades oncológicas y, a partir del 6 de enero de 2000, cuenta con la autorización para funcionar como policlínico. Al solicitar la renovación de la constancia de categorización por cambio de ubicación, esta le fue denegada.

Por su parte, el Ministerio de Salud aduce que existe una vía idónea igualmente satisfactoria para la solución del conflicto, por lo que debe acudir al proceso contencioso-administrativo.

Con fecha 31 de julio de 2006 el Vigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima declara improcedente la demanda puesto que si el propio demandante afirma que con dicha medida se está afectando el derecho a la vida y a la salud de sus pacientes, no tendría legitimidad para obrar activa a efectos de interponer la demanda de acción de amparo al no ser el afectado o su representante. En vía de apelación, con fecha 8 de enero de 2007 la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada. Por último, con fecha 16 de noviembre de 2007 la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda

(lo que permitió el triunfo del actor), siendo los aspectos más relevantes los siguientes:

- a) Distingue la libertad de trabajo y la libertad de empresa que, aunque se acogen en el mismo artículo 59 de la Constitución Política del Perú, no deben confundirse. Así indica que “la libertad de trabajo es el derecho que tiene toda persona de elegir en qué desempeñarse y bajo qué condiciones desea hacerlo, máxime tratándose en este caso del ejercicio de la profesión médica que realiza el recurrente previa colegiación”, mientras que “la libertad de empresa (...) es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica, pero sometida a determinados requisitos, impuestos por ley en forma tal que cualquier empresa cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial debe de cumplir con los requisitos exigidos legalmente en razones de interés social, lo que no constituye propiamente delimitación de derechos sino más bien condicionamientos necesarios para que se ejercite dicho derecho sin posibilidades de agraviar a los eventuales destinatarios de los servicios que tal ejercicio ofrece”. Es correcto diferenciar ambos derechos; no obstante, discrepamos que se deje asentado solo para la libertad de empresa que esta se encuentra sometida a ciertos requisitos, como si la libertad de trabajo no lo estuviera, acaso olvidándose de la colegiación obligatoria para ciertos profesionales (como los médicos) —aludida en el propio texto citado— y que es concordante con lo prescrito en el artículo 20 de la Constitución Política del Perú: “La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria”⁵⁶.
- b) Apoyamos al Tribunal Constitucional cuando reconoce que los requisitos legales impuestos para el ejercicio de la libertad de

empresa no califican como *delimitación de derechos* (*ex post* de la actuación del agente) sino como *condicionamientos necesarios* (*ex ante* de la actuación del agente); sin embargo, habrá que dejar en claro que la libertad de empresa está sometida tanto a condicionamientos necesarios (por ejemplo: la inscripción registral de la constitución de una sociedad anónima) como a delimitaciones (verbigracia: no atentar contra la seguridad pública).

5. Sentencia de fecha 6 de octubre de 2008, recaída en el Exp. N° 02576-2008-PC/TC

Darío Carlos Caya Queru interpone demanda de cumplimiento contra el alcalde del Gobierno Provincial de Huaraz a fin de que se cumpla con la inmediata ejecución de la Ordenanza N° 028-2003-GPH que reglamenta el comercio ambulatorio en la jurisdicción de la provincia de Huaraz, ya que la inercia de la autoridad edil ha dado lugar a que los vecinos de dicha zona se encuentren ante una situación de continua vulneración de sus derechos constitucionales a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida por la continua exposición a un ambiente de inseguridad, insalubridad y caos, a lo que se suma que la instalación de kioscos y puestos de venta permanentes en la zona construidos a base de material altamente inflamable impide la libre circulación de peatones y vehículos motorizados.

Por su parte, el Gobierno Provincial de Huaraz señala que el comercio informal presente en la provincia de Huaraz es un problema social de gran magnitud, de modo tal que las posibilidades materiales para el cumplimiento de lo dispuesto en dicha Ordenanza son limitadas, habiéndose realizado todos los esfuerzos necesarios para ello.

⁵⁶ Actualmente la colegiación es obligatoria en el Perú para los contadores, los ingenieros, los arquitectos, los abogados, los economistas, las obstetras y los médicos, entre otros. Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. “La intervención administrativa del Estado en la actividad de comercio interior”. En: *RAE Jurisprudencia*. Año 1, Tomo 6, Caballero Bustamante, Lima, diciembre de 2008, pp. 326 a 328.

Con fecha 20 de agosto de 2007 el Primer Juzgado Mixto de la Provincia de Huaraz declara fundada la demanda al no existir pruebas de que la autoridad municipal esté dando cumplimiento a lo dispuesto por la Ordenanza N° 028-2003-GPH. En vía de apelación, con fecha 27 de marzo de 2008, la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash revoca la apelada y, reformándola, declara improcedente la demanda al considerar que el cumplimiento de la referida ordenanza es de naturaleza compleja, teniendo en cuenta la elevada cantidad de vendedores ambulantes afectados por la medida, lo que requiere el concurso de las autoridades de los diferentes sectores, a lo que se suma que no hay omisión absoluta, sino por el contrario la voluntad por parte de la entidad edilicia para la reubicación de los comerciantes informales. Por último, con fecha 6 de octubre de 2008 la Primera Sala del Tribunal Constitucional declara fundada la demanda (lo que permitió el triunfo del actor), siendo los aspectos más relevantes los siguientes:

- a) "Reconoce que los comerciantes informales tienen derecho a desarrollar su actividad al amparo de los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de comercio, consagrados en los artículos 58 y 59 de la Constitución [Política del Perú]; [pero] también debe tenerse en cuenta que, tal como lo señalan las propias normas constitucionales, dichos derechos deben ser ejercidos con pleno respeto de los derechos fundamentales del resto de personas y de las otras limitaciones impuestas por el legislador, sin ser lesivos a la moral, a la salud o a la seguridad pública". No podría argüirse pues que, al amparo de los derechos aludidos, los comerciantes (por más pequeños que sean en el mercado) podrán actuar al margen de la ley, ya que ello supondría alentar desde el Estado la informalidad, el incumplimiento de las normas legales y el desapego a los cánones del Estado de Derecho.
- b) Considera que "los comerciantes informales se hallaban plenamente obligados a

cumplir con la Ordenanza N° 028-2003-GPH por medio de la cual se regula su accionar para que este sea llevado a cabo de manera acorde con el Interés público", de manera tal que, "al haberse constatado el incumplimiento, correspondía al Gobierno Provincial de Huaraz ejecutar la sanción prevista en dicha ordenanza", esto es, la desocupación de las vías, más aún cuando se encontraba plenamente facultado de acuerdo a ley. La libertad de empresa no puede servir para apañar actuaciones irregulares de los comerciantes, quienes so pretexto de ser parte de un problema complejo procuran mantener el *statu quo* de una situación de latente informalidad que no solo perjudica al vecino (por la inseguridad), al conductor (por el caos vehicular), al trabajador (por el atentado a sus derechos laborales), al acreedor (por la carencia de respaldo ante el incumplimiento), al Estado (por la evasión tributaria, etc., sino que –peor aún– desalienta la formalidad (de los que desean emprender un negocio) y la formalización (de los que desean adecuar su negocio).

6. Sentencia de fecha 18 de marzo de 2009, recaída en el Exp. N° 04466-2007-PA/TC

La Empresa de Transporte y Servicios Amauta interpone demanda de acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Comas solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 178-2005-C/MC porque, en base a dicha ordenanza, no se le ha concedido el permiso temporal de circulación vial para vehículos menores que ha solicitado (a pesar que dicha ruta no se encuentra cubierta por ninguna empresa de transporte), vulnerándose entonces sus derechos de petición, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la tutela jurisdiccional efectiva. Por su parte, la Municipalidad Distrital de Comas deduce las excepciones de incompetencia y de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, a la vez que sostiene que no se lesiona derecho constitucional alguno de la demandante al encontrarse la mencionada ordenanza dentro de las competencias de la municipalidad.

Con fecha 25 de enero de 2007, el Séptimo Juzgado Civil de Independencia declara infundadas las excepciones e infundada la demanda por considerar que la norma cuestionada fue expedida para mejorar la calidad del servicio público, siendo esto una facultad de la Municipalidad Distrital de Comas. En vía de apelación, con fecha 13 de junio de 2007 la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte confirma la apelada. Por último, con fecha 18 de marzo del 2009 la Segunda Sala del Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional, declarando infundada la demanda (con el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz), siendo los aspectos más relevantes los siguientes:

- a) Señala que “el ámbito de la libertad de empresa que podría resultar vulnerado en el presente caso es el de la libertad para emprender actividades económicas, toda vez que la ordenanza tendría el efecto de impedir la concurrencia al mercado de la empresa demandante”. Sin embargo, más adelante señala que “si bien la norma ha significado una limitación de los derechos de la recurrente, la medida persigue fines ulteriores, al tener como finalidad la protección y seguridad de los ciudadanos del Distrito de Comas, así como el ordenamiento y mejora del servicio público de transporte de pasajeros en la localidad. Por ello, no obstante que una primera impresión podría sugerir una limitación absoluta, este Tribunal es de la opinión que tal impresión es solo aparente al quedar abierta a la demandante la posibilidad de realizar otro tipo de actividades de transporte público o de desarrollar el transporte público en vehículos menores en otros distritos de la capital en donde la actividad resulte permitida”.
- b) En referencia a lo anterior es menester subrayar, como lo hicimos al comentar la sentencia de fecha 18 de abril de 2007, recaída en el Exp. N° 4637-2006-PA/TC, que la norma cuestionada no afecta el objeto social de la empresa, el cual se mantiene incólume y, por consiguiente, no se le impide

emprender actividades económicas –como inicialmente se sugería– sino que se regula el ejercicio de la actividad de transporte público a través de vehículos menores en el Distrito de Comas. Sostener lo contrario, esto es, que toda regulación estatal supondría la vulneración del derecho a la libertad de empresa, conllevaría a que no pueda exigirse el capital mínimo de los bancos o las provisiones de las administradoras privadas de fondos de pensiones o, por último, la licencia de funcionamiento de un local comercial.

CONCLUSIONES

Después del camino transitado a lo largo de esta monografía concluimos que no puede prescindirse del principio constitucional de la libertad de empresa porque es el resultado de un (tácito) pacto político que sentó las bases del desarrollo económico en el Perú, gestando sus inicios en la Asamblea Constituyente para la Constitución Política del Perú de 1979, no solo con su indirecta referencia a través de las libertades de comercio e industria (que ya se encontraba en la anterior Carta Política de 1933), sino fundamentalmente con su incorporación al debate nacional a propósito de las nuevas orientaciones del régimen constitucional económico, consolidándose sin lugar a dudas en el Congreso Constituyente Democrático para la Constitución Política del Perú de 1993 con su expresa alusión a la libertad de empresa.

Asimismo, al tratarse de un mega-derecho, el principio constitucional de la libertad de empresa comprende las libertades de creación, organización, dirección, y de vinculación entre empresas, así como de acceso y salida del mercado, todo lo cual forma parte de un conjunto unitario de manifestaciones libertarias en torno a la empresa. Sin embargo, no es irrestricta la aplicación de dicho principio constitucional de la libertad de empresa porque existen límites y condicionamientos, que sustentan su naturaleza de *libertad* y marcan diferencia con el *libertinaje*.

No dejemos de lado el valor de la igualdad ante la ley, que también justifica la regulación

económica del mercado por parte del Estado que, en nuestro país, se canaliza —reiteramos— por medio del Indecopi. Carlos Alberto Montaner es claro al escribir que “la lucha por la igualdad ante la ley, consagrada en todos los textos legales desde las revoluciones liberales del siglo XVIII, se ha ido depurando y refinando, y hoy, tácitamente, incluye también el derecho que tiene el consumidor a ser tratado con equidad, y sin sufrir el agravio

comparativo de que otra persona posea privilegios que a él le son negados, como obligarnos a pagar unos precios más elevados por las cosas o los servicios en beneficio de quien ha conseguido esa ventaja”; luego se pregunta, “¿cuál es el precio justo, el que no ofende a nadie, el que no enmascara un privilegio?”, respondiéndose que “es el que determina un mercado libre al que todos puedan concurrir sin ventajas artificiales”⁵⁷.

57. MONTANER, Carlos Alberto. “El comercio libre, los precios y los derechos de los consumidores”. En: *Revista de Economía y Derecho*. N° 4, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, p. 9.