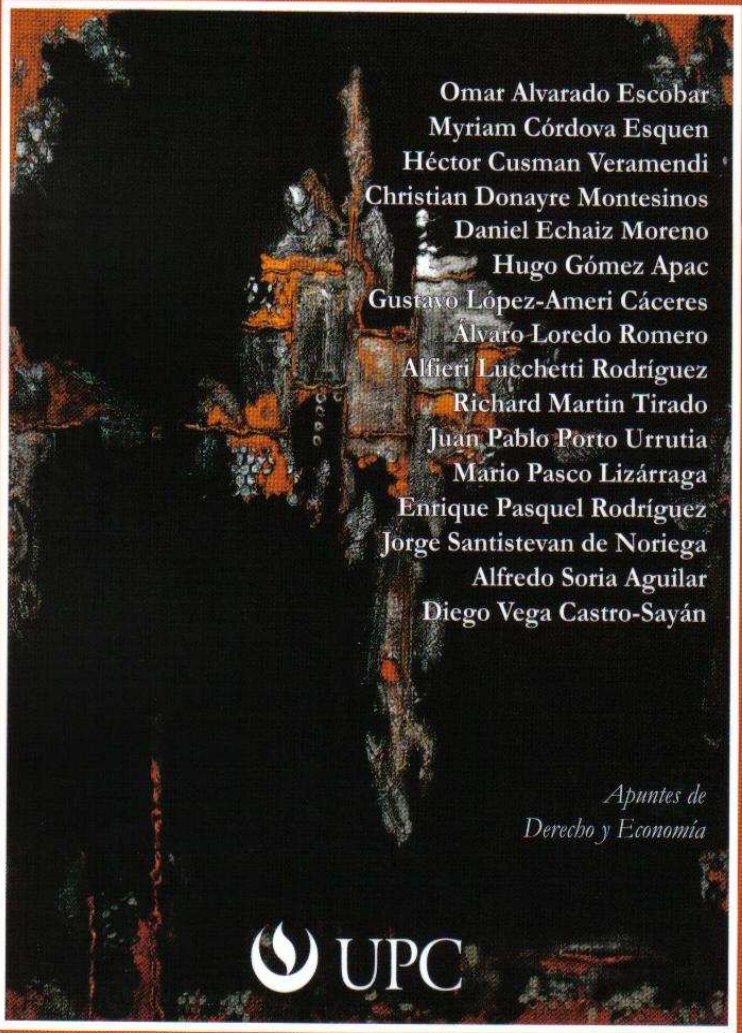


CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y EMPRESA EN EL PERÚ

Christian Donayre Montesinos
(Compilador)



Omar Alvarado Escobar
Myriam Córdova Esquen
Héctor Cusman Veramendi
Christian Donayre Montesinos
Daniel Echaiz Moreno
Hugo Gómez Apac
Gustavo López-Ameri Cáceres
Alvaro Loredo Romero
Alfieri Lucchetti Rodríguez
Richard Martín Tirado
Juan Pablo Porto Urrutia
Mario Pasco Lizárraga
Enrique Pasquel Rodríguez
Jorge Santistevan de Noriega
Alfredo Soria Aguilar
Diego Vega Castro-Sayán

*Apuntes de
Derecho y Economía*

 UPC

LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Daniel Echaiz Moreno*

* Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado *summa cum laudae* por la Universidad de Lima. Socio fundador de Echaiz Estudio Jurídico Empresarial. Catedrático en la PUCP, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad San Ignacio de Loyola y Academia Diplomática del Perú. Árbitro de los centros de arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, Ministerio de Justicia y PUCP. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Miembro honorario del Colegio de Abogados de Arequipa. Autor de cinco libros y 271 artículos. Conferencista con 409 ponencias sustentadas en Perú, Argentina y Venezuela. Web: www.echaiz.com.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 59 de la actual Constitución Política del Perú —ubicado sistemáticamente en el capítulo I «Principios generales» del título III «Del régimen económico»— estipula al inicio de su texto: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria». Así consagra constitucionalmente el principio de la libertad de empresa, pilar fundamental del derecho constitucional económico¹, lo que se torna más visible respecto a la anterior Constitución Política del Perú (de 1979) cuando, en su artículo 131, prescribía que «el Estado reconoce la libertad de comercio e industria».

Como tema en el que se enlazan los enfoques constitucional y empresarial, la libertad de empresa ha sido tradicionalmente obviada por el derecho peruano, pues no fue materia de estudio para la doctrina ni desarrollada por la legislación, mas así no ha sucedido con el tratamiento ofrecido por la jurisprudencia. En nuestra doctrina, solamente Baldo Kresalja Roselló² se aproxima a ese enfoque mixto, ya que otros trabajos resultan más restringidos al vincular la libertad de empresa con la competitividad³, los derechos humanos⁴, el servicio público⁵, la libertad contractual⁶ o la regulación⁷. Por el contrario, y a modo de ejemplo, se

¹ Me permito, entonces, discrepar de Ricardo Beaumont Callirgos, quien alude como principios económicos rectores solo a la libertad en la iniciativa privada, la igualdad en la actuación del Estado, el trato semejante en la inversión y la responsabilidad social de la empresa. Cfr. Beaumont Callirgos 2009: 67-71.

² Cfr. Kresalja Roselló 2004: 473-576. Anteriormente, Kresalja Roselló 2001: 131-181.

³ Cfr. Bustamante y Bustamante 1993: 8-11.

⁴ Cfr. Abad Yupanqui 2003: 100-107.

⁵ Cfr. Lazarte Molina 2005.

⁶ Cfr. Avendaño Valdez 2007: 178-180.

⁷ Cfr. Súmar Albújar 2008: 265-281.

aprecia que, en España, la doctrina se ha ocupado ampliamente de este tema desde una perspectiva integral⁸. Empero, en sede peruana, merece especial atención la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, que paulatinamente ha delineado los contornos y alcances del principio de la libertad de empresa.

Esto último cobra mayor importancia porque en el Perú se ha malinterpretado este principio, creyéndose que por ser una «libertad» carece de límites y, por ende, es irrestricta, de manera tal que, en aras de aquella libertad, el empresario podría hacer con su empresa lo que quisiera, hasta el extremo de que si una autoridad intentase limitarla, se le consideraría como un atentado a su derecho constitucional, que merecería cautelarse vía una acción de amparo. Nada más alejado de la realidad, puesto 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, pero el derecho ampara lo primero y no lo segundo.

Por lo demás, las restricciones a la libertad de empresa se aprecian en el propio artículo 59 de la Constitución Política del Perú, cuando acota: «El ejercicio de estas libertades [léase: de trabajo y de empresa, comercio e industria] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas». Además de los límites, existen también los condicionamientos, que actúan como presupuestos para el ejercicio de la mencionada libertad.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional concerniente al principio de la libertad de empresa, una resolución que nos servirá de punto de partida es la sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, en la cual se definen la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria en los siguientes términos:

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

socioeconómico 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, etcétera) para la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios. Según 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 de 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 desarrollar 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 revisaremos —en orden cronológico— las principales resoluciones del Tribunal Constitucional que se pronuncian respecto 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.

⁸ Por todos cfr. Ariño Ortiz 1995.

2. SENTENCIA DEL 11 DE JULIO DE 2005, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 3330-2004-AA/TC

Ludesmilo Loja Mori interpuso una demanda de acción 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, donde solicitó que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854 del 30 de diciembre de 2002, que declaró infundado su recurso de apelación, así como la nulidad de la Resolución Directoral 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, al reponerse las cosas al estado anterior, se declare la validez y la vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636 del 26 de diciembre de 2001, que ordenó la prosecución del trámite de autorización de funcionamiento del local comercial.

Por su parte, la Municipalidad Metropolitana de Lima refirió 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 inspeccionó el local bajo la forma de operativo, el cual nunca es comunicado a ningún administrado dado el elemento sorpresa, que es concomitante a su naturaleza, y se encontró que se trataba de la discoteca Calle Ocho, en cuyo interior había un grupo de menores de edad. Este local comercial había sido modificado, de manera que no coincidía con los documentos presentados en el trámite de la licencia; los boletos de ingreso no habían sido enumerados, por lo que contravenía el trámite de atención a los clientes; el personal expendedor de bebidas no contaba con carné de sanidad; el local estaba a menos de 150 metros lineales de un centro de enseñanza, y existía a pesar de la oposición de los vecinos, pues este tipo de establecimientos comerciales los perjudicaba de manera directa.

El 15 de mayo de 2003, el Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Lima declaró fundada en parte la demanda por afectación al debido procedimiento y, en consecuencia, se dejó sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854 del 30 de noviembre de 2002. Debió emitirse, entonces, una nueva resolución que observara los términos de la sentencia y que la declara infundada en el extremo

de retrotraer todo lo actuado a la vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636. En vía de apelación, el 1 de abril de 2004, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundado el extremo de la demanda que pretende la inaplicabilidad de la precitada resolución de alcaldía. Finalmente, el 11 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda (con el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen), y los aspectos más relevantes de la sentencia fueron 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, revalora la teoría subjetiva que enfatiza el interés del empresario.

b) Recoge la definición de empresa contemplada en la sentencia del Expediente 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 promover 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) La sentencia además recoge el criterio social respecto a la empresa, desarrollado en la citada sentencia del Expediente 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 de ningún modo 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 regulador⁹.

d) Desarrolla el contenido de la libertad de empresa sobre la base de cuatro tipos de libertades: la de creación de empresa y de acceso al mercado, la de organización, la de competencia y la libertad para cesar las actividades. Aquí se adopta la corriente doctrinaria española, que compendia las siete libertades que usualmente se enuncian en ese país: la libertad de creación (que facilita crear una empresa individual de responsabilidad limitada o una sociedad), la libertad de organización (que permite promover la empresa con un directorio de siete miembros o con gerencias y subgerencias), la libertad de dirección (que posibilita 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 autoriza disolver, liquidar y extinguir una empresa) y la libertad de vinculación con otras empresas (que aprueba 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) En la sentencia se ejemplifica el principio constitucional materia de análisis, y prescribe que «poner en funcionamiento una discoteca es una de las formas en la que una persona puede ejercer su derecho a la libertad de empresa», y acota 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

⁹ 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 planificada (cfr. Carr 1980) 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 mercado (cfr. Villarreal 1998) 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 mercado (cfr. Diplomado Latinoamericano en Economía Social de Mercado. Santiago de Chile, Universidad Miguel de Cervantes, 2005) sí ve al Estado, mas no como un interventor, sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir —a decir del argentino Bernardo Kliksberg (2002)— «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 escala mundial.

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, pues señala 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 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 y la seguridad públicas 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 [este derecho] no es, de modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercitarlo 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.

3. SENTENCIA DEL 18 DE ABRIL DE 2007, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 4637-2006-PA/TC

La Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino interpuso demanda de acción de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que se declarase inadmisibles y sin efecto alguno para su caso el Decreto Supremo 006-2004-MTC, por considerar que viola 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, y solicitó como pretensión accesoria que se mantuviese en vigencia las tarjetas de circulación de ocho de sus ómnibus. Argumentó 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, de forma inexplicable, el mencionado Decreto Supremo 006-2004-MTC precisaba que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encontraba expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995. Por su parte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones dedujo las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa.

El 30 de junio de 2004, el Quincuagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima desestimó las excepciones propuestas y declaró 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, el 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, el 18 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional al declarar infundada la demanda. Los aspectos más relevantes de la sentencia fueron los siguientes:

a) Aunque posteriormente será subsanado, omitió 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, sostuvo 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; 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». Precisamente, es 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 con la alegada violación del derecho a la libertad de empresa expuso 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 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), y se mantiene 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).

Además, un pronunciamiento semejante se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de octubre de 2007, recaída en el Expediente 04482-2007-PA/TC.

4. SENTENCIA DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 2007, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 3048-2007-PA/TC

Fukuroi Company interpone demanda de acción de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitando que se declare inaplicable el Decreto Supremo 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, mas no su suspensión ni su prohibición, habiéndose tomado como punto de referencia la antigüedad de los vehículos en función de su sistema de combustión, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

El 6 de octubre de 2006, el Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundada la demanda por considerar que los requisitos establecidos en el Decreto Supremo 017-2005-MTC son conformes a lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente 0017-2004-AI/TC. En vía de apelación, el 4 de abril de 2007 la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada. Por último, el 9 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional declarando infundada la demanda (con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli). Los aspectos más relevantes de la sentencia fueron 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, por lo que sus limitaciones básicas son 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), pues tiene como uno de sus límites la preservación del medio ambiente, más aun 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, manifestó 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), para llegar 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 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. Ello porque esta protección 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 limitan 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.

5. SENTENCIA DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2007, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1972-2007-AA/TC

Elek Karsay Rizsanyi interpuso una demanda de acción de amparo contra el Ministerio de Salud, en que solicita se le renueve la constancia de categorización, y, en consecuencia, se deje sin efecto el Oficio 2340-2005-J-OPD/INS del 17 de octubre de 2005 y el Oficio 2564-2005-J-OPD/INS del 5 de diciembre de 2005, ya que con esa negativa se vulneraba 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 adujo que existe una vía idónea igualmente satisfactoria para la solución del conflicto, por lo que debe acudir al proceso contencioso-administrativo.

El 31 de julio de 2006, el Vigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima declaró improcedente la demanda, puesto que si el propio demandante afirmaba que con esa medida se estaban 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, el 8 de enero de 2007, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada. Por último, el 16 de noviembre de 2007, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda (lo que permitió el triunfo del actor). Los aspectos más relevantes de la sentencia fueron 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 de manera tal que cualquier empresa, cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial, debe cumplir con los requisitos exigidos legalmente por 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 de 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»¹⁰.

b) 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).

6. SENTENCIA DEL 6 DE OCTUBRE DE 2008, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 02576-2008-PC/TC

Darío Carlos Caya Queru interpuso demanda de cumplimiento contra el alcalde del Gobierno Provincial de Huaraz, a fin de que se cumpla con la inmediata ejecución de la Ordenanza 028-2003-GPH, que reglamenta el comercio ambulatorio en la jurisdicción de la provincia de Huaraz, ya que la inercia de la autoridad edilicia había motivado que los vecinos de dicha zona se encontrasen ante una situación de continua vulneración de sus derechos constitucionales a la paz, la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, por la continua exposición a un ambiente de inseguridad, insalubridad y caos, a lo que se sumaba que la instalación de quioscos y puestos de venta permanentes

¹⁰ Cfr. Echaiz Moreno 2008: 326-328

en la zona, contruidos a base de material altamente inflamable, impedía la libre circulación de peatones y vehículos motorizados.

Por su parte, el gobierno provincial de Huaraz señaló 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, ya que se habían realizado todos los esfuerzos necesarios para ello.

El 20 de agosto de 2007, el Primer Juzgado Mixto de la provincia de Huaraz declaró fundada la demanda, al no existir pruebas de que la autoridad municipal estuviese dando cumplimiento a lo dispuesto por la Ordenanza 028-2003-GPH. En vía de apelación, el 27 de marzo de 2008, la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda al considerar que el cumplimiento de la referida ordenanza era de naturaleza compleja, ya que había que tener 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 sumó que no había omisión absoluta, sino por el contrario, una manifiesta voluntad de la entidad edilicia para la reubicación de los comerciantes informales. Por último, el 6 de octubre de 2008, la Primera Sala del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda (lo que permitió el triunfo del actor). Los aspectos más relevantes de la sentencia fueron 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 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 según 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), sino que, peor aún, desalienta la formalidad (de los que desean emprender un negocio) y la formalización (de los que desean adecuar el suyo).

7. SENTENCIA DEL 18 DE MARZO DE 2009, RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 04466-2007-PA/TC

La Empresa de Transporte y Servicios Amauta interpuso una demanda de acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Comas, en que solicita que declare inaplicable la Ordenanza Municipal 178-2005-C/MC porque, sobre la base de dicha ordenanza, no se le había concedido el permiso temporal de circulación vial para vehículos menores que ha solicitado (a pesar de que esa ruta no se encuentra cubierta por ninguna empresa de transporte), lo que vulneraba 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 dedujo las excepciones de incompetencia y de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, a la vez que sostuvo que no se lesiona derecho constitucional alguno de la demandante, al encontrarse la mencionada ordenanza dentro de las competencias de la municipalidad.

El 25 de enero de 2007, el Séptimo Juzgado Civil de Independencia declaró infundadas las excepciones e infundada la demanda por considerar que la norma cuestionada fue expedida para mejorar la calidad del servicio público, ya que esta es una facultad de la Municipalidad Distrital de Comas. En vía de apelación, el 13 de junio de 2007, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte confirmó la apelada. Por último, el 18 de marzo de 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). Los aspectos más relevantes fueron los siguientes:

a) Señaló 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 sostiene 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 del 18 de abril de 2007, recaída en el Expediente 4637-2006-PA/TC— que la norma cuestionada no afecta el objeto social de la empresa, que 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 vulnerar el 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.

8. CONCLUSIONES

El principio constitucional económico de la libertad de empresa ha sido atendido en el Perú por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha dejado en claro que, por un lado, puede tener condicionamientos (como ocurre en la mayoría de supuestos, en referencia a los requisitos legales) y, por otro, tiene límites (en tanto la autonomía de la voluntad —sustentada en el interés individual— no es irrestricta, al tener como frontera el orden público —sustentada en el interés colectivo—). Parafraseando un antiguo aforismo jurídico diremos: «*Libertas est potestas faciendi id quod iure licet*» (libertad es la facultad de hacer lo que es permitido por la ley), y la libertad de empresa no escapa a ese tradicional criterio jurídico, por más que se refiera a la empresa, que es una institución de apogeo contemporáneo.

Bibliografía

- ABAD YUPANQUI, Samuel (2003). «La televisión en debate: derechos humanos y libertad de empresa», en *Ius et Veritas*, nro. 26. Lima.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1995). *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2007). «La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución peruana», en *Advocatus*, nro. 16.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2009). «Las directivas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la aplicación de las normas de Derecho Privado con especial énfasis en la economía social de mercado», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 15, nro. 130.
- BUSTAMANTE Y BUSTAMANTE, Alfonso (s/f). «La libertad de empresa está permitiendo mayor eficiencia y competitividad», en *Revista Industria Peruana*.
- CARR, Edward Hallet (1980). *Historia de la Rusia soviética. Bases de una economía planificada*. Madrid: Editorial Alianza.
- ECHAIZ MORENO, Daniel (2008). «La intervención administrativa del Estado en la actividad de comercio interior», en *Revista RAE Jurisprudencia*, año 1, tomo 6, Lima.
- KLIKSBERG, Bernardo (2002). *Hacia una economía con rostro humano*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo (2001) «Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional», en VV. AA., *Las tareas de la transición democrática*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- (2004). «La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado», en *Libro homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LAZARTE MOLINA, Jorge (2005). *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- SÚMAR ALBÚJAR, Óscar (2008). «Derecho empresarial y Constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)», en *Thémis*, nro. 55.
- VILLARREAL, René (1998). *Hacia una nueva economía de mercado*. México D. F.: Editores Castillo.