

LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

JORGE AVENDAÑO VALDEZ

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Para que exista una economía social de mercado es necesario el reconocimiento del derecho de propiedad como título esencial en el que se basa la acción económica individual. Además, se requiere de un mercado libre y abierto en el que existan, entre otros elementos: (i) libertad de empresa, que supone la libertad para poder ingresar a cualquier actividad económica y para conducir la empresa sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia; y, (ii) regulación del mercado dirigida única y exclusivamente a asegurar su normal funcionamiento y a proteger la salud y la buena fe de sus protagonistas (productores y consumidores).¹ Desde esta perspectiva, la libertad de empresa es uno de los pilares sobre los cuales se erige el régimen de economía social de mercado.²

Esto ocurre precisamente en el Perú. Así, de acuerdo con el artículo 59 de la Constitución, el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria. Este derecho se ejerce en una economía social de mercado en la cual el Estado "reconoce el pluralismo económico" (artículo 60) y "Solo autorizado por ley expresa, (...) puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta" (artículo 60), y por tanto "actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura" (artículo 58).

La libertad de empresa integra el derecho más amplio de libertad de iniciativa, que comprende además la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de esta. En palabras de Marcial Rubio, "La libertad de empresa, comercio e industria en realidad son varias libertades expresadas bajo la forma de una sola. (...) Tienen mucho que ver con la libre iniciativa privada que (...) es el género de todas ellas (...). La iniciativa privada libre es un derecho constitucionalmente establecido, que tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica y quiere decir que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización".³

Sobre la libertad de iniciativa, el artículo 3 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, dice que "[s]e entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes".

Por tanto, la libertad de empresa garantiza a toda persona natural o jurídica el derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. En otras palabras, es el derecho a participar en el tráfico de bienes lícitos, así como a dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Asimismo, se manifiesta en la facultad de elegir y

¹ ARINO, Gaspar: *Economía y Estado* (Crisis y Reforma del Sector Público), Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 98 y 99.
² FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución Económica y Defensa de la Competencia*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, pp. 146 y 135.
³ RUBIO CORREA, Marcial, *Estado de la Constitución Política de 1993*, Torno III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, pp. 199, 200, 201 y 227.

obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención o transformación de uno o varios productos.

El Tribunal Constitucional peruano ha definido la libertad de empresa en la sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC, de la siguiente manera: "[La libertad de empresa, c]onsagrada por el artículo 59 de la Constitución, 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. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su acción".

De otro lado, no debemos perder de vista que existe una íntima vinculación entre la libertad de empresa y el derecho a la libre contratación previsto en el artículo 62 de la Constitución.

El artículo 2 inciso 14) de la Constitución confiere a toda persona el derecho a contratar con fines lícitos. El nivel de protección de este derecho es precisado en el artículo 62 de la Constitución, según el cual "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".

De esta manera, la norma asegura a las partes que intervienen en un contrato de derecho privado estar premunidas de dos condiciones necesarias para una negociación legítima: igualdad y libertad. Esta última tiene implícitas dos facetas: la libertad contractual y la libertad de contratar. La libertad de contratar habilita a las partes a decidir con autonomía si contratan o no (cuándo, cómo y con quién). La libertad contractual en cambio, les permite llenar de contenido y fijar voluntariamente las previsiones que regulen sus intereses. Por lo demás, así lo dispone el artículo 1354 del Código Civil, según el cual "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". El único límite impuesto a la autonomía privada es que el pacto se concluya en el marco de las normas vigentes al momento de su celebración.

La importancia práctica de la norma se extiende más allá de la simple determinación de las libertades de los contratantes. Les permite asegurar que los términos contractuales no serán modificados por regulaciones posteriores.

Sobre el derecho a la libertad contractual, el Tribunal Constitucional ha dicho que "Tal derecho garantiza, *prima facie*: (i) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. (ii) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc." (Sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC).

Ahora bien, la libertad de empresa y la libertad contractual se ejercen dentro de un régimen de libre competencia. Ciertamente, el artículo 61 de la Constitución ordena que el Estado debe facilitar y vigilar la libre competencia. Nuestra legislación infra constitucional también se refiere al principio de la libre competencia. Así, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada dispone que "la libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en las leyes".

Para Hermann-Josef Bunte, la libre competencia supone que "(...) cualquiera puede competir con otros sujetos económicos para realizar negocios con sus contrapartes dentro de un mercado determinado. El concepto de libre competencia supone libertad de acción y de decisión de todos los competidores del proceso de cambio".⁴

⁴ Citado por RUBIO, Marcial, Op. Cit., p. 242.

Desde esta perspectiva, los derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad contractual permiten a las personas desarrollar las actividades económicas que mejor consideren, elegir a sus contrapartes en los contratos que celebren y diseñar el contenido del negocio libremente, para que de esta manera sean las reglas del mercado (oferta y demanda) las que determinen el valor de los intercambios y la permanencia o salida de los agentes económicos.

Como todas las libertades, la libertad de empresa y la libertad contractual tienen limitaciones para la defensa de otros bienes constitucionales y sociales: la seguridad, la salud, los derechos de los trabajadores y de los consumidores, entre otros. En este sentido, el artículo 59 de la Constitución dice que *"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"*.

La libertad de empresa y la libertad contractual se deben ejercer con las limitaciones que imponen las leyes que desarrollan otras libertades y competencias que la Constitución considera dignas de igual protección. Pero estos derechos constitucionales solo pueden ser limitados por normas que tengan una motivación razonable, es decir, cuando exista una razón fundada, basada en el interés general. En otras palabras, la libertad de empresa y la libertad contractual no pueden ser ignoradas ni violadas sin una justificación suficiente, y las limitaciones que se les impongan deben siempre respetar su contenido esencial.⁵

Precisamente muchas de esas leyes que, para garantizar otros preceptos constitucionales, limitan el derecho a la libertad de empresa y a la libertad contractual, integran marcos regulatorios especiales que, en mayor o menor grado, norman la intervención del Estado en ciertos sectores de la actividad económica.

Efectivamente, estas actividades reguladas tienen un carácter público cualquiera sea el sujeto y el modo de su gestión. La intervención del Estado en estos casos se justifica por la condición de monopolio natural, el carácter indispensable del bien o servicio, o el reconocimiento o disfrute de ciertos privilegios públicos (por ejemplo, expropiación, utilización especial y privativa de las calles y las vías públicas, privilegios fiscales, etc.). Entre estas actividades públicas se encuentra el mercado de transporte aéreo de carga.

En las actividades económicas privadas que son objeto de regulación estatal, la libertad de empresa y la libertad contractual tienen un alcance y un contenido diferentes al que ostentan en el caso de las denominadas actividades económicas libres. En el primer caso, estas libertades se encuentran sometidas a una regulación específica porque el servicio que se brinda es un servicio público o de interés público o porque se quiere preservar el interés general de la población. En cambio, en las denominadas actividades económicas libres, la libertad de empresa y la libertad contractual están sujetas a una regulación básica o general conformada por el Código Civil, el Código Penal, las leyes mercantiles, las leyes fiscales, las normas administrativas de carácter general, etc.

Ahora bien, he dicho que la libertad de empresa y la libertad contractual solo pueden ser limitadas por normas que tengan una motivación razonable directamente sustentada en la Constitución. Solo así esta ley —basada en el interés general reconocido por la Constitución— prevalecerá sobre la libertad del empresario, que también tiene reconocimiento constitucional pero que debe ceder frente a intereses superiores. Esto es así inclusive en las actividades que son objeto de marcos regulatorios especiales.

⁵ ARJÓ, Gaspar, *Op. Cit.*, pp. 213, 214, 215 y 231.

En efecto, la regulación no faculta al Estado para irrumpir arbitrariamente en la esfera privada de los agentes económicos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que “uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora. La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en la que el funcionamiento de regular el mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos” (sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC).

En este sentido, para analizar la legitimidad de la intervención Estatal a través de la regulación es imprescindible identificar el “contenido esencial” del derecho a la libertad de empresa y a la libertad contractual, es decir, qué facultades o elementos concretos, propios del empresario, constituyen su núcleo fijo indestructible.

En la sentencia recaída en el Expediente No. 0001-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional definió el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa:

“(...) este Colegiado ha establecido que el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho,

i) En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

ii) En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.

iii) En tercer lugar, está la libertad de competencia,

iv) En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno”.

De otro lado, la afectación de la libertad de contratación no solo se producirá si se impide a los particulares celebrar ciertos contratos o si se impone su contenido. La libertad de contratación también se vulnera si se los obliga a celebrar contratos sin que medie su voluntad para ello.