

El derecho a la libertad de empresa como límite a la intervención estatal

Autor: Carlos Alfredo Martínez Álvarez

Publicado: 25/06/2018*

Con el devenir del tiempo, las empresas se han convertido en la principal fuente de crecimiento económico; son, pues, el centro sobre el que gira la economía actual y el motor para que cualquier país alcance el tan ansiado desarrollo¹. Y quizá por esta relevancia, las empresas han dejado de ser aquellas “figuras misteriosas” de las que hablaban los economistas neoclásicos², para convertirse en el foco de estudio de la Economía y, por qué no, del Derecho mismo.

El fenómeno empresarial ha trastocado, pues, el estudio de nuestra disciplina, exigiendo a quienes abordemos ese fenómeno ir más allá de los muros del Derecho si realmente deseamos comprender cuál es la dinámica del mundo empresarial, ya que solo sobre esa base, estaremos en condiciones para afrontar los diversos problemas jurídicos que sin duda surgen de dicha dinámica.

Sin embargo, en el camino para adentrarnos en el fenómeno empresarial, nos encontraremos con una constante que marcará la mayoría de temas empresariales: la relación entre Estado y mercado. En efecto, esta relación, que genera una serie de pasiones, estará presente en casi todos los problemas empresariales. Por este motivo, resulta imperativo para nosotros entender cómo se gesta esta relación y cómo el derecho a la libertad de empresa garantiza el correcto equilibrio entre Estado y mercado, limitando la intervención arbitraria del primero en el segundo.

Estado y mercado

Si el engranaje del Estado como del mercado lo mueven las decisiones de las personas, ¿por qué algunos rechazan enfáticamente al mercado y otros dicen que el Estado no sirve para nada? ¿Por qué existen visiones tan opuestas y negativas de uno o de otro?

Como señalé, la visión entre Estado y mercado está marcada por pasiones y es bueno tenerlo presente. No para negar estas pasiones, sino porque aceptarlas resulta lo más consecuente y transparente en cualquier debate sobre el tema. ¿Por qué? Porque nos permite analizar aquello que se esconde tras los postulados de una u otra postura, y para ello, debemos tener claro que en cualquier debate no son las ideas las que se enfrentan, sino los argumentos que les sirven de sustento.

Partamos de una premisa simple: tanto el Estado³ como el mercado⁴ tienen fallas. Entonces, el problema no estriba en torno a si se debe o no eliminar a uno u otro (¿cómo

¹ El crecimiento, medido por el PBI, por sí solo no basta; es necesario apuntar a un desarrollo sostenible, que constituye “un paradigma de (...) desarrollo que abarca todos los derechos humanos, económicos, sociales, culturales, civiles y políticos” (PNUD, La Integración de los Derechos Humanos en el Desarrollo Humano Sustentable, 1998, pág. viii).

² Véase: CABALLERO MIGUEZ, Gonzalo. “Economía de las instituciones: de Coase y North a Williamson y Ostrom”; en: Ekonomiaz - Revista Vasca de Economía. Nº 77, 2º Cuatrimestre. España, 2011, p. 19.

³ La intervención del Estado no está exenta de fallas. Muchas medidas legislativas tienen consecuencias complejas difíciles de prever (información limitada), sumado a que quienes están llamados a regular tienen incentivos para actuar en beneficio de intereses particulares (limitaciones impuestas por los procesos políticos). Cfr. STIGLITZ, Joseph. E. La economía del sector público. 2ª edición. Traducción de María Rabasco. Antonio Bosch editor S.A., Barcelona, 1995, pp. 15 y 16.

⁴ Las imperfecciones o fallas del mercado son aquellas situaciones en la cual el sistema de precios del mercado crea un problema para la sociedad. Se considera tradicionalmente como fallas de mercado a la asimetría de información, la falta de competencia y

si acaso eso fuera realmente viable o recomendable!). Nuestro análisis debe centrarse en las medidas que se adoptan para casos concretos, pues en determinadas situaciones funcionará dar una amplia libertad al mercado y en otras no vendrá mal algo de intervención estatal, en el buen sentido del término.

Guste o no, el mercado es el sistema más efectivo para la asignación de recursos, y no porque posea una naturaleza omnipotente –que no la tiene–, sino debido a que se revela como manifestación de las decisiones que adoptamos en el día a día para satisfacer nuestros intereses. Sin embargo, es esa naturaleza del mercado lo que también justifica la presencia del Estado en la economía. Uno, porque en la búsqueda de nuestro interés individual no tendríamos por qué tener un incentivo para corregir las fallas del mercado si estas nos benefician; y dos, porque el mercado puede generar crecimiento económico pero por sí solo no generará necesariamente desarrollo, ya que para esto se necesita de la adopción de una serie de políticas y reformas por parte del Estado, que directa o indirectamente incidirán en la dinámica del mundo empresarial (ej.: las políticas y reformas en materia tributaria, laboral, entre otras).

Bajo esta línea, podemos concluir que si mañana deseamos emprender un negocio siempre vamos a tener presente al Estado, ya sea en su rol supervisor o regulador; de ahí, que surja inevitablemente en nosotros la siguiente pregunta: ¿cómo me protejo frente a los “desaciertos” del Estado, quien tampoco está exento de fallas?

El derecho a la libertad de empresa

Una de las cuestiones del Derecho constitucional actual lo constituyen los límites al poder, sea cual sea su origen. Siguiendo este enfoque, en materia económica se ha consagrado a nivel constitucional una serie de libertades con las que se busca proteger a los titulares de las empresas ante cualquier intervención o límite arbitrario del Estado (pero también, dicho sea de paso, para generar un adecuado escenario de libre competencia: hacer que la lucha entre empresas sea lo más limpia posible).

Todas esas libertades constituyen el núcleo duro del derecho a la libertad de empresa, que se encuentra consagrado en el artículo 59 de nuestra Carta Magna y que se erige como uno de los pilares del ordenamiento constitucional económico. Al otorgársele la calidad de derecho constitucional se busca brindar a su titular una tutela inmediata ante cualquier vulneración o amenaza de vulneración del derecho, a través del denominado proceso constitucional de amparo.

Sin embargo, antes de abordar las libertades que otorga este derecho, cabe preguntarnos ¿quién es su titular? Sin un mayor análisis, diremos que es el empresario pues es él quien organiza y dirige a la empresa. Pero, nuevamente, ¿quién es el empresario? Si bien en economía este término suele identificarse con los administradores de una corporación, a nivel jurídico no resulta adecuada esta equiparación. Para nuestra disciplina, el empresario es la persona natural o jurídica (ej.: sociedad anónima) que se vincula con los diversos grupos de interés que existen dentro (ej.: trabajadores) y fuera (ej.: consumidores, proveedores y el Estado) de la empresa.

Aunque no parezca, lo anterior tiene consecuencias prácticas en el ámbito corporativo. Primero, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no le corresponde a los administradores, quienes actúan únicamente en representación de la sociedad y no a título personal ante cualquier acto de amenaza o vulneración de este derecho constitucional. Y segundo, los accionistas de la sociedad tampoco pueden ejercer de forma individual este derecho, toda vez que si ello fuera así, la transmisión de la titularidad de las acciones implicaría la transmisión de la calidad de empresario, cuando “con la transmisión de la condición de socio, formalmente no hay cambio en la persona del empresario, pues este sigue siendo el mismo: la sociedad”.

Habiendo determinado sobre quién recae la titularidad del derecho a la libertad de empresa, procederemos ahora a desarrollar el haz de libertades que constituyen su núcleo duro, para lo que nos valdremos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien ha identificado básicamente las siguientes manifestaciones:

- **Libertad de creación de empresa y acceso al mercado:** Esta faceta de la libertad de empresa, ligada a la iniciativa privada, aparece como la capacidad de toda persona para poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas.
No obstante, esta libertad 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 le exija aquello que legal y razonablemente sea necesario. En este sentido, cualquier exigencia, requisito o prohibición que no cumpla con estos parámetros constituirá una barrera burocrática de entrada, que puede ser denunciada ante el Indecopi. Por ejemplo, constituirá una barrera de este tipo que una municipalidad establezca como requisito para obtener una licencia de funcionamiento uno no contemplado en la ley o que no guarde ninguna relación con la actividad que se pretende iniciar.
- **Libertad de organización:** Es la facultad otorgada a los empresarios para organizar las diversas y complejas relaciones jurídicas y sociales que existen dentro de la empresa, valiéndose para ello de los instrumentos que les otorga el ordenamiento jurídico (ej.: la sociedad anónima), o los que surgen del imaginario empresarial (una clara muestra de estos últimos son los grupos de sociedades). En definitiva, se le otorga al empresario la libertad de fijar una política o estrategia empresarial para competir en el mercado.
Como resulta evidente, dentro de la libertad de organización se encuentra la libertad de dirección de la empresa, que permite al empresario planificar la economía interna, la política del personal, la disposición de los medios de producción, entre otros aspectos. De esta manera, cualquier intervención arbitraria del Estado en estos aspectos empresariales constituye una violación al derecho a la libertad de empresa.
- **Libertad de competencia:** Esta libertad reconoce al mercado como el espacio en el cual actuarán las empresas, sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia. Si bien la propia dinámica del mercado conlleva a que se ocasionen daños concurrenciales a los demás competidores: ¡te quito a tus consumidores!, esta “captura” de consumidores debe fundarse en la propia eficiencia de las empresas y no constituir actos de competencia desleal.
En cuanto a la actuación estatal, esta libertad implica que la participación del Estado en las actividades empresariales se encuentre circunscrita a los

parámetros previstos en el artículo 60° de la Constitución, caso contrario, constituirá un acto de competencia desleal. De esta manera, la actividad empresarial del Estado se encuentra sometida a los siguientes límites: (i) la autorización por ley expresa, que debe ser emitida por el Congreso; (ii) que la participación deba ser subsidiaria (la actividad empresarial estatal debe realizarse ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada o cuando esta resulta insuficiente); y (iii) que exista un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (que constituyen conceptos cuyos alcances no han sido delimitados claramente a nivel legal y que lamentablemente tienen un alto grado de apreciación política).

- Libertad para concluir las actividades de la empresa: Es la libertad inversa a la creación de la empresa. De esta forma, el derecho de libertad de empresa contiene también una manifestación de signo negativo, que consiste en una facultad otorgada al empresario para concluir las actividades que desarrolla la empresa, ya sea: (i) voluntariamente; (ii) debido a la situación económica del empresario, como puede ser en una situación de insolvencia; o (iii) por el fallecimiento o jubilación en caso de empresarios individuales.

Pero si bien es cierto que no puede obligarse a un empresario a continuar con las actividades que desarrolla la empresa, tampoco es admisible un cese de forma intempestivo y arbitrario, sin que se respete los intereses que existen sobre el desenvolvimiento de la empresa. Antes de poner fin a la empresa, el empresario debe afrontar primero las consecuencias jurídicas de tal decisión; en suma, debe antes honrar las obligaciones que mantenga con sus trabajadores, proveedores, consumidores y el propio Estado. En el caso de la sociedad anónima, la responsabilidad sobre las obligaciones que tenga es afrontada únicamente con su patrimonio, sin que pueda extenderse tal responsabilidad al patrimonio de sus accionistas.

Cuando el cese de la actividad se deba a la situación económica por la que atraviesa el empresario colectivo, y que ha de repercutir en la empresa, nuestro ordenamiento prevé que debe seguirse un procedimiento concursal ante el Indecopi como la vía idónea para salir del mercado de forma ordenada y bajo reducidos costos de transacción.

A modo de conclusión

Todos, o al menos casi todos anhelamos alcanzar un país desarrollado. Sin embargo, lograr este objetivo resulta sumamente complejo pues no existe una única receta y depende, además, de una serie de factores que escapan del plano jurídico y están vinculados, esencialmente, a cuestiones políticas que la gran mayoría conoce y lamenta.

No obstante, más allá de los discursos que puedan existir, y quizá bajo el riesgo de ser reduccionista, considero que para convertirnos en un país desarrollado resulta indispensable cumplir una condición básica: tener recursos económicos, pues sin estos recursos es poco probable que el Estado pueda poner en marcha las reformas estructurales y políticas públicas que generen un mayor bienestar para todos.

Pero, ¿qué tiene que ver lo expuesto con la libertad de empresa?

Mucho, ya que si este derecho se consagra a nivel constitucional se debe a una sola razón: las empresas son relevantes para el crecimiento económico de cualquier país.

Por tanto, si como hemos afirmado la presencia del Estado en el mercado es inevitable, resulta necesario dotar a los empresarios de determinadas libertades que les servirán como espadas para cortar los tentáculos del Leviatán cuando invada irrazonablemente la esfera empresarial.

***Artículo publicado el 25/06/2018**