

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES
COMPLEMENTARIAS O SECUNDARIAS”**

Tesis presentada por el Bachiller:

Ramírez Calderón, Juan Andrés

para optar el Título Profesional de
Abogado

Asesor: Zegarra Flores, Gerardo

AREQUIPA - PERÚ
2019

**DICTAMEN DEL BORRADOR DE TESIS PARA OPTAR EL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

A : **DR. GABRIEL TORREBLANCA LAZO**
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la
Universidad Católica de Santa María.

DE : **DR. GERARDO ZEGARRA FLOREZ**
Jurado Dictaminador

ASUNTO : **Dictamen de Borrador de Tesis “EL VALOR DEL COMPLEMENTO:
ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES
EMPRESARIALES SECUNDARIAS O COMPLEMENTARIAS EN
MATERIA REGULATORIA”**


FECHA : 02 de mayo del 2019

Es grato dirigirme a usted para saludarlo, y habiendo revisado el borrador de tesis del Bachiller Juan Andrés Ramírez Calderón procedo a informar lo siguiente:

- El documento cumple con las exigencias de fondo y metodológicas
- La fase de recopilación de información del proyecto, prevista a ejecutarse en el mes de Octubre, 2018, se extendió hasta el mes de Enero, 2019.
- Las fases de elaboración de resultados, preparación de conclusiones, sugerencias y del informe final, previstas originalmente para el mes de Noviembre, 2018, se realizaron en los meses de Febrero y Marzo del 2019.
- La variación en los plazos señalados atendió a problemas de disponibilidad de tiempo del graduando, pero no afectaron en ninguna forma la calidad del material recopilado y el análisis realizado en la investigación.
- Se trabajó con la versión del Proyecto de Tesis aprobada por los dictaminadores iniciales sin ninguna otra modificación y/o ajuste relevante, pues cumple con los parámetros de fondo y forma señalados por la Facultad.
- El tema materia de investigación, se enmarca en las áreas del Derecho Empresarial, Derecho Constitucional y Derecho del Consumidor.
- La investigación cumple con la originalidad requerida.
- Las fuentes utilizadas y las citas han sido debidamente señaladas, de acuerdo a las reglas de la American Psychology Association (APA).
- Se formularon sugerencias las mismas que fueran atendidas y subsanadas
- El borrador presentado cumple con los objetivos propuestos y con la verificación de la hipótesis planteada

Es todo cuanto informo

Atentamente.



GERARDO ZEGARRA FLOREZ
Jurado Dictaminador

"Bajo el capitalismo, el hombre común disfruta de amenidades que en tiempos antiguos eran desconocidas y, por tanto, inaccesibles incluso para los más ricos. Pero claro, estos vehículos motorizados, televisiones y refrigeradoras no hacen feliz al hombre. En el instante en que los adquiere, tal vez se sienta más feliz que antes, pero tan pronto se satisfagan sus deseos, nuevos deseos se formarán. Tal es la naturaleza humana."

Ludwig von Mises



Dedicatoria:

Este trabajo es un esfuerzo dedicado a todas las personas que me han ayudado a llegar hasta este punto, tanto en mi entorno personal como en el profesional y académico.

Dedico esto especialmente a mi esposa, Andrea, y a mi hijo, Luciano, quienes son el motor de mis esfuerzos y a mi Madre, que me ilumina en cada paso del camino; así como a mis hermanos, Mario y Ana Katya, a mi padre, Germán, y a mis suegros, Ramiro y Nohemí, por su apoyo incondicional.

Finalmente, tomo estas líneas para agradecer a las figuras académicas que me orientaron en este camino: al Dr. Carlos Neyra, por haberme mostrado el mundo del Análisis Económico del Derecho y haberme enseñado a cuestionar nuestro entendimiento del ordenamiento jurídico y al Dr. Max Rondón por su ayuda en este esfuerzo académico.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

Ante el vacío doctrinario y positivo respecto del concepto de Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias, se formula un concepto de las mismas, sosteniéndose que el Derecho a la Libertad de Empresa que ampara la Constitución protege también a éstas actividades y, por tanto, el carácter complementario no las hace sujeto a sanciones mayores a las sanciones que naturalmente podrían recibir las Actividades Empresariales Principales, de ser el caso.

Palabras clave: Libertad de Empresa, Libre Iniciativa Privada, Actividades Empresariales Primarias y Secundarias, Complementariedad, Regulación Empresarial, Derecho del Consumidor, Cláusulas Abusivas.

ABSTRACT

Faced with a lack of concept regarding Complementary or Secondary Business Activities, both in scholarly writings and positive law, a concept for these is formulated postulating that the Right to Free Enterprise, protected by our Constitution, protects these activities as well and, as such, their complementary character does not make them subject to higher sanctions or restrictions than those that would naturally be imposed upon Primary Business Activities, if it were the case.

Keywords: Freedom of Enterprise, Free Private Initiative, Primary and Complimentary Business Activities, Complementary nature, Business Regulation, Consumer Law, Abusive Clauses.

INTRODUCCIÓN

En el debate jurídico, tanto contemporáneo como añejo, la figura del empresario nunca ha sido objeto de simpatía particular debido a que el fenómeno del comercio y la evolución de los mercados históricamente nunca han reflejado a cabalidad los postulados de economistas clásicos como Adam SMITH o defensores modernos del sistema de mercado como Milton FRIEDMAN en la medida en que el mercado nunca ha estado completamente en estado puro, ni bajo los escasos gobiernos que suelen ser utilizados como parangones de dicho sistema económico; al contrario, generalmente la figura del empresario se nos ha presentado históricamente como aquel sujeto que actúa bajo privilegios mercantilistas o, modernamente, como aquel conglomerado comercial que desatiende a los consumidores o peor aún, cruzando las líneas de la ética, comete abusos contra éstos, dando fundamento a los postulados del Derecho del Consumidor, que nace del reconocimiento de un potencial desequilibrio entre las partes contratantes. Empero, sin importar lo comprensible que sea la tendencia a esta aversión por parte del ciudadano común, la labor del jurista –desprovista de pasión y encaminada por la lógica en la aplicación de los canones del Derecho- debe saber distinguir el hecho de la percepción, normar sobre la realidad objetiva y no sobre las interpretaciones sesgadas. Por ello, el empresario debe ser valorado o repudiado tras analizar los derechos subyacentes a dicha actividad y la legitimidad de estos, despojándonos de nociones provenientes de escuelas políticas que pueden distorsionar nuestro entendimiento correcto de fenómenos sociales de trascendencia, como lo son el actuar empresarial, los actos de consumo y la interrelación entre empresarios y consumidores.

Es así que, en la búsqueda de entender al empresario y determinar su correspondiente valoración jurídica, realizamos la presente investigación al haber descubierto un potencial vacío en la normativa actual, tanto a nivel positivo como doctrinario, que puede resultar como fundamento de un trato injusto como producto no intencional de la búsqueda de la restitución del equilibrio entre el consumidor y el empresario. Es decir, que, en aras de empoderar al consumidor, tradicionalmente considerado por la doctrina como la parte débil de la relación comercial, el ordenamiento jurídico puede inadvertidamente generar un nuevo desequilibrio, poniendo el peso del

Estado en favor desmedido del consumidor, desvirtuando así la finalidad pretendida originalmente. Para el presente estudio, hemos identificado una situación que se encuadra en dicha afirmación y que se genera por el vacío citado. El concepto ausente o incompleto al que nos referimos es el del tratamiento jurídico de las Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias, es decir, de aquellas actividades que no están necesariamente precisadas en el objeto social de una empresa pero que están dentro de su rango de acción por no estar expresamente prohibidas.

Para dar un mejor trasfondo sobre la inspiración que dio pie a ésta investigación, traeremos a colación el controvertido caso que la motiva: A inicios del 2018, saltaron al ojo público los casos de CINEMARK S.A. y CINEPLEX S.A. -conocidas y prominentes cadenas especializadas en la exhibición de películas- debido a la emisión de dos Resoluciones que respectivamente sancionaban a dichas empresas por una práctica comercial considerada por INDECOPI como una *cláusula abusiva de contratación*. Al empaparnos de éste caso, pudimos observar que la Sala que sanciona emplea el *carácter complementario* de las actividades cuestionadas durante el proceso administrativo para poder determinarlas como cláusulas abusivas. Para mayores luces, la actividad en mención es la Restricción que las citadas empresas mantienen respecto del consumo de alimentos y/o bebidas en sus salas si es que no han sido compradas en las confiterías del propio establecimiento. INDECOPI establece que dicha práctica es abusiva pues no se trata de una actividad principal sino secundaria¹.

¹ En el contexto del debate surgido a raíz de las resoluciones de INDECOPI en los casos mencionados párrafos arriba, tenemos que la limitación legal a la libertad empresarial se encuentra en las normas de protección al Consumidor. Sin embargo, la aplicación de dichas normas que realiza INDECOPI en los señalados casos abre la puerta al cuestionamiento del rol que juega el tratamiento que le damos al “*carácter complementario*” de una actividad empresarial, pues en la fundamentación de dichas resoluciones, éste órgano regulador da a entender que las actividades complementarias no gozan del ámbito de protección de la libertad empresarial al determinar que las condiciones contractuales que la empresa dispone en cautela de los intereses sociales perseguidos por dichas actividades constituyen una Cláusula Abusiva de carácter Absoluto; por tanto, dicho organismo no ha tenido mayor reparo en dictar disposiciones que mellan la libertad empresarial, amparándose en el Derecho del Consumidor, lo cual lamentablemente, genera un desequilibrio, pues si bien la protección al consumidor busca evitar los abusos que el desequilibrio de posiciones entre el consumidor individual y la empresa individual pueda generar, el Estado al restringir arbitrariamente las capacidades operativas de la empresa, está generando un abuso, ésta vez proveniente

En consecuencia, a lo expuesto por INDECOPI, nos preguntamos: ¿cuál es la protección jurídica y/o tratamiento que estas actividades merecen dentro del orden normativo? Más específicamente, ¿están las actividades secundarias protegidas por el Derecho a la Libertad de Empresa que la Constitución vigente ampara o se trata de actividades excedentes a dicha prerrogativa y por tanto, no legítimas?² Esta es la cuestión que nos llevó a realizar la investigación que hoy presentamos y la cual realizamos bajo la hipótesis que probablemente, dado que las actividades empresariales secundarias o complementarias son realizadas a la par de las actividades que se realizan dentro de la protección de la Libertad Empresarial, entonces, reciben también el mismo tratamiento jurídico que las principales, al menos en cuanto a protección constitucional se refiere.

Conviene acotar en este punto que nuestra hipótesis no parte de la premisa que la Libertad Empresarial protege al empresario de manera absoluta e indiscriminada, sino que efectivamente, existen límites que éste debe respetar en su actuar, como es verdad de todo sujeto protegido en el ordenamiento jurídico: no existe protección absoluta ni libre de condiciones, pues el balance entre derechos y deberes es el componente esencial para

del desequilibrio entre Estado y organización privada, el cual ciertamente es mayor a cualquier desequilibrio que pudiese surgir entre privados, puesto que no importa el poderío económico ni el volumen transnacional que pudiese tener un privado, jamás podrá equipararse en la balanza jurídica frente al *ius imperium*, el poder coercitivo, del Estado.

² En el Derecho Peruano, específicamente en la doctrina jurídica que lo fundamenta, a partir de la revisión parcial de la bibliografía disponible en materia de Derecho Empresarial y Derecho del Consumidor, podemos observar que el concepto de Actividad Empresarial Secundaria o Complementaria no ha sido estudiado con la profundidad necesaria, puesto que las principales alusiones a tal noción están en (1) el tratamiento al Objeto Social, especialmente en el aspecto de la relación entre los administradores de la Sociedad y la Sociedad, así como de la Sociedad y sus accionistas, así como en (2) los procedimientos administrativos de otorgamiento de licencias municipales, donde los mismos están en función al tipo de Actividad Principal de la empresa y sus acciones y de manera conexas, (3) en materia tributaria, donde todo empresario requiere estar inscrito en el Registro Único de Contribuyentes para poder realizar sus actividades. Probablemente ésta escasez conceptual se deba a la menor importancia que fácticamente revisten las Actividades Empresariales Complementarias, pues como su nombre lo indica, no son las actividades esenciales para el funcionamiento de una empresa. Sin embargo, al ver los hechos recientes que han involucrado el uso de estos conceptos en procesos sancionatorios resulta evidente que dichos conceptos también necesitan una precisión doctrinaria mayor a fin de lograr una mejor aplicación jurídica.

la vida pacífica dentro de una sociedad. Por ello, hubiese correspondido que INDECOPI tome, como base de su aplicación de la norma, la trasgresión real a uno de estos límites (por ejemplo, una falta de idoneidad en sus servicios). Sin embargo, al valerse de la complementariedad de las actividades de las señaladas empresas, está sentando – probablemente sin darse cuenta- un criterio controversial que impone rigidez a los modelos de negocio, lo cual tiene como consecuencia previsible, si el criterio en cuestión realmente toma forma de precedente, la negación de la función social del empresario, de la contribución que éste hace al mercado que es la llevar a cabo el proceso de descubrimiento de oportunidades y consecuente desarrollo de modelos de negocios en constante experimentación y evolución para poder buscar las mejores formas de satisfacer al consumidor y poder prosperar.

Respecto de la relevancia jurídica de la presente investigación, consideramos que, dado que el Derecho existe como una herramienta que busca evitar o resolver los conflictos que surjan entre las personas como fruto de la convivencia diaria, las actividades de las agencias regulatorias, como representantes del Estado, deben ceñirse a los principios que informan la labor jurídica, entre ellos, el de la no intervención arbitraria. Sin embargo, a través de la casuística que inspira este estudio, hemos notado un punto de ambigüedad que no permite dilucidar claramente si estamos ante un caso de intervención arbitraria o una legítima sanción regulatoria. Por ello, como se afirma párrafos arriba, el objetivo radica en esclarecer los alcances del aspecto de complementariedad de las actividades empresariales y determinar que limitaciones le son oponibles al derecho a la libertad empresarial para poder tener una perspectiva definida sobre la casuística presente y futura. Por ello que como parte de nuestro estudio hayamos emprendido un análisis del derecho a la Libertad Empresarial, específicamente, en la libertad para configurar modelos de negocios, dado que mientras INDECOPI resuelve que las empresas deben limitarse únicamente a su giro principal, otras instituciones del Estado reconocen la complejidad en la que pueden evolucionar las empresas y por tanto permiten la multiplicidad de giros. Ejemplo de ello se ven en Derecho Municipal, pues hemos encontrado municipalidades que, en sus procedimientos de licencias de funcionamiento, definen rangos de actividades secundarias que una empresa puede realizar sin necesidad de solicitar una licencia independiente para ello.

Paralelamente, hay que tener en cuenta que –como sabemos desde la corriente del Análisis Económico del Derecho- en el mundo empresarial, la jurisprudencia genera un marco regulatorio indirecto, es decir, que si bien la jurisprudencia (administrativa, en éste caso) no tiene efectos vinculatorios en nuestro régimen jurídico, las empresas en un afán de optimizar sus recursos, tienden a acatar las resoluciones que afectan a otras empresas que desempeñan un modelo de negocios similar, pues de lo contrario se expondrían a los costos de representación legal y sancionatorios en los que eventualmente les tocaría soportar. Es decir, que en materia empresarial las actuaciones jurisdiccionales, ya sean a nivel administrativo o judicial, tendrán un cierto carácter vinculatorio, aunque ello provenga de las leyes que rigen la realidad y no necesariamente del ordenamiento jurídico. En éste sentido, el presente estudio se dota de relevancia jurídica en la medida en que busca abordar criterios que inevitablemente tienen impacto en la actuación diaria de los individuos en la sociedad, ya sea en su rol de empresarios o de consumidores.

Como cierre a esta breve introducción, el autor desea agradecer a cualquier interesado que se tome el tiempo de revisar el estudio y así mismo, extender una invitación a la crítica, pues sólo a partir del diálogo y el debate alturado podemos esperar ahondar el conocimiento que tenemos sobre el Derecho y sus aplicaciones en la realidad, especialmente en un tema que no ha recibido la atención suficiente como éste.

ÍNDICE

EPIGRAFE	pág. II
DEDICATORIA	pág. III
RESUMEN	pág. IV
ABSTRACT	pág. V
INTRODUCCIÓN	pág. VI
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	pág. 01
I. Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias como Manifestación necesaria de la Subjetividad	pág. 02
1. Presentación preliminar	pág. 02
2. Análisis Económico del Rol del Empresario	pág. 04
3. Análisis Exegético de la Libertad de Empresa	pág. 16
4. Límites de la Libertad de Empresa respecto de las Actividades Secundarias ó Complementarias	pág. 28
II. Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias frente al Derecho del Consumidor	
1. Aplicación del Test de Razonabilidad	pág. 33
2. Principio de Idoneidad	pág. 35
MARCO TEÓRICO	pág. 41
1. Libre Iniciativa Privada y Libertad Empresarial	pág. 41
a) Concepto	pág. 41
b) Economía Social de Mercado	pág. 45
c) Capacidad Regulatoria del Estado	pág. 47

2. Actividades Empresariales	
a) Concepto y Rol de la Empresa	pág. 50
b) Actividades Primarias	pág. 53
c) Actividades Secundarias o Complementarias	pág. 57
3. Derecho del Consumidor	
Concepto de Consumidor	pág. 59
Derecho del Consumidor	pág. 60
Naturaleza Jurídica	pág. 61
4. Contratos de Adhesión	
Concepto	pág. 63
Cláusulas Generales de Contratación	pág. 65
Naturaleza Jurídica	pág. 66
5. Cláusulas Abusivas	
Contratos de Consumo	pág. 68
Tratamiento Jurídico de las Cláusulas Abusivas	pág. 70
Tutela del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas	pág. 71
CONCLUSIONES	pág. 77
PROPUESTA	pág. 79
BIBLIOGRAFÍA	pág. 81
ANEXO: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	pág. 85

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se realizó con el objetivo de determinar los límites de la protección constitucional a la Libertad Empresarial, en el contexto de las Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias para aclarar si éstas están incluidas dentro dicha protección o si es que exceden las facultad de autodeterminación subjetiva en materia económica que la Constitución ampara -y por tanto, los entes regulatorios de la actividad privada están facultados a ejercer medidas arbitrarias sobre éstas- a fin de cubrir el vacío positivo y doctrinario que actualmente se evidencia al revisar el tratamiento que éste tipo de actividades ha recibido.

La hipótesis sobre la que trabajamos fue la de considerar que dichas Actividades Complementarias sí forman parte de la Libertad Empresarial, previendo que su naturaleza no es distinta a las Actividades Empresariales Principales que efectivamente están protegidas, sino que se diferencian en materia de grado y relevancia más que de legitimidad. Una vez realizada la investigación, hemos encontrado que efectivamente, existen suficientes argumentos para considerar que el empresario puede materializar su accionar en modelos complejos que no necesariamente deban limitarse a una categoría tradicional, pues la finalidad de la institución social a la que llamamos *empresa* radica en el proceso de descubrimiento, de ensayo y error, que constantemente desempeñan y para ello requieren la libertad de configurar los ya mencionados modelos complejos. Más aún, las únicas limitaciones a la realización de actividades “secundarias” que se han dado con anterioridad en el ordenamiento jurídico han sido principalmente con la finalidad de determinar la obligación de los accionistas de una sociedad frente al accionar de sus representantes cuando éstos se extralimiten del objeto social de ésta, lo cual no constituye una prohibición intrínseca a dichas actividades. Fuera de esto, la normativa componente del Derecho Empresarial no se manifiesta para establecer algún requisito en particular que las mencionadas actividades deban cumplir.

Para la presentación de dichos argumentos, hemos visto a bien estructurarlos en dos grandes capítulos, que describiremos a grandes rasgos a continuación: **Primero, las Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias como Manifestación necesaria de la Subjetividad**, es decir, que estas actividades se hacen como parte del proceso de descubrimiento empresarial que viabiliza nuestro sistema económico, lo cual

fundamenta su inclusión dentro del ámbito de protección de la Libertad Empresarial. En el contexto de éste capítulo estudiaremos las actividades empresariales desde el punto de visto económico para luego revisar el tratamiento jurídico que tienen dichas actividades y, **las Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias frente al Derecho del Consumidor**, capítulo en el cual evaluaremos la efectividad de la aplicación de la protección otorgada por la Libertad Empresarial frente a los Derechos del Consumidor (específicamente, la libertad de elección del consumidor), a manera de ensayo aplicativo de lo postulado en el capítulo primero además que dichos derechos marcan uno de los límites principales a la actividad empresarial; con ello se busca demostrar porqué, tras analizar cuál es el punto de equilibrio entre ambas esferas de protección, las Actividades Secundarias tendrían la misma validez que las Principales.

I. Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias como Manifestación necesaria de la Subjetividad

1. Presentación preliminar

En las líneas que componen éste capítulo, desarrollamos el argumento principal para sostener la presente tesis, el cual hemos visto a bien denominar como “*Manifestación Necesaria de la Subjetividad*” por considerar que dichos vocablos expresan concisamente la idea que se busca transmitir. **En términos simples, la Libertad Empresarial reconoce en el empresario una contribución social, la cual sólo puede hacer si tiene la libertad para explorar alternativas de producción de bienes y servicios que posteriormente los consumidores decidirán apoyar o no, desincentivando aquellos procesos o productos no deseados para la sociedad; sin embargo, dicha libertad se puede ver mellada por la intromisión de los gobernantes de turno**, que con motivación altruista o no, se verán tentados en injerir en dichos procesos en los cuales no necesariamente están realmente capacitados para hacerlo o en casos peores, entendiendo el proceso pero buscando desvirtuarlo para lograr fines privados, como es el caso de normas burocráticas que generan monopolios inadvertidos o regulaciones populistas que afectan el crecimiento económico pero fortalecen la imagen del gobernante debido a la ignorancia

generalizada que los ciudadanos tenemos respecto de la ciencia económica y la tendencia pasional en nuestras elecciones políticas. Pero como citamos en las páginas iniciales de este trabajo, *el Derecho es la razón desprovista de la pasión*. **Como parte del proceso productivo, los empresarios desarrollan modelos de negocios complejos**, usualmente con información que resulta de difícil entendimiento para quienes no estamos especializados en el área del conocimiento que nutre a dicho proceso específicamente y **parte de ésta complejidad radica en la pluralidad de actividades ejercidas, las cuales pueden ser actividades independientes una de otra pero que en el marco de una empresa específica, pueden ser proceso simbióticos aunque alguno de dichos procesos pueda tener mayor notoriedad (Actividad Principal) que los demás (Actividades Secundarias)**. Por ello, la distinción entre Actividades Principales y Secundarias no necesariamente es categórica, sino que obedece a la subjetividad del empresario, haciendo entonces que la protección de la Actividad Principal sea igual de importante que la Secundaria, de lo contrario, el reconocimiento de la Libertad Empresarial sería una norma vacía.

En esta línea, para establecer el argumento de este capítulo, empezaremos primero por **el análisis económico del rol del empresario**, es decir, una reseña y estudio, valiéndonos de nuestro entendimiento sobre los conceptos económicos respectivos, de cuál es la función del empresario dentro de una economía para poder así determinar qué protección merece y así poder discernir posteriormente cuál es el valor de dicha protección frente a la protección otorgada a otros miembros de la sociedad. Así mismo, una vez estudiada esta figura, procedemos al **análisis exegético de la Libertad de Empresa**, donde entramos de lleno en la parte jurídica de este estudio, conjugando nuestro entendimiento sobre el sistema económico con nuestros conocimientos sobre el ordenamiento jurídico que nos rige actualmente y los principios que lo informan para determinar los verdaderos alcances del concepto de Libertad de Empresa o Libre Iniciativa Privada, conforme se desee denominarlos. Finalmente, se aplica lo previamente analizado para establecer **los límites a la Libertad de Empresa respecto a las Actividades Secundarias o Complementarias**. Es decir, la fundamentación de porqué consideramos que dicho tipo de actividades tienen la misma validez que las actividades principales en cuestión de la legitimidad o libertad de la empresa para emprenderlas.

2. Análisis Económico del Rol del Empresario

Naturaleza y Definición de la Función Empresarial

De acuerdo a HUERTA DE SOTO, la etimología de la palabra "*empresarialidad*" proviene del latín *in prehendo*, que significa "*descubrir, ver, darse cuenta*" de algo. Por ello, dicho autor establece que la función empresarial es "*...la capacidad típicamente humana para darse cuenta de las oportunidades de ganancia que surgen en el entorno actuando en consecuencia para aprovecharse de las mismas*" (HUERTA DE SOTO, 2004, pág. 26). Para entender esto a profundidad, es decir, para entender el rol del empresario en la sociedad, aplicaremos los postulados del Análisis Económico del Derecho, es decir, nos valdremos de los conocimientos que se han desarrollado en el campo de las Ciencias Económicas para definir la figura del Empresario y los principios que rigen su actuación. En esta línea, el autor principal al que recurriremos es Israel KIRZNER, economista reconocido por sus contribuciones en el estudio económico de la función empresarial y la definición del empresario. En pocas palabras, KIRZNER argumenta que la función única que cumple el empresario y no es compartida con ningún otro actor del proceso económico de mercado es la *función de descubrimiento*.

Sobre la Naturaleza de la Empresarialidad, el citado autor señala el primer obstáculo en la definición de éste concepto: "*La función empresarial en el mercado es difícil de comprender ... A mi modo de ver, es posible aferrar ese elemento esquivo de la empresarialidad de una manera satisfactoria. Además, creo que es de la mayor importancia conseguirlo para comprender el proceso del mercado.*" Sobre dicho elemento, señala que "*...en toda acción huma está presente un elemento que, aunque es crucial para la actividad economizante en general, no se puede analizar en términos de economía, maximización o con criterios de eficiencia ... La distribución de recursos a traves de fuerzas impersonales del mercado se compara frecuentemente con la toma de decisiones del individuo ... de la misma forma que los criterios de eficiencia, por sí mismos, no bastan para comprender la acción individual humana, dado que un factor crucial para la emergencia de una actividad individual economizante es el elemento empresarial "extraeconómico", tampoco la función distribuidora del proceso mercadológico se puede comprender únicamente en términos de la interacción de*

actividades individuales maximizadoras ... Para que surja el proceso de mercado se requiere, además, un elemento que, en sí mismo, no resulta comprensible dentro de los límites conceptuales estrechos de la conducta economizante. Entiendo que este elemento de mercado es la empresarialidad" (Kirzner, 1986, pág. 1)

Para explicar lo anterior, en el análisis económico siempre se ha tenido como dada la noción que la actividad individual como la distribución de medios escasos para lograr objetivos que compiten entre sí, donde cada individuo se enfrenta a un "*problema económico*" propio, de acuerdo a sus condiciones, es decir, que de la visión neoclásica de la economía –con las tradicionales líneas de oferta y demanda en el modelo de equilibrio– se desprende la noción que el ser humano ‘aparece en el mundo’ con una serie de recursos dados, sobre los que no han influido y su labor ‘económica’ simplemente consistirá en asignar estos recursos a la satisfacción de uno u otro fin. Sin embargo, KIRZNER señala que se trata de una visión incompleta pues genera "*...una noción del mercado como conjunto ... de individuos dotados de acción económica, cada uno de los cuales toma sus decisiones sobre una serie dada de fines y medios*" (Kirzner, 1986, pág. 2)³. Es decir, que bajo esta noción el mercado nunca cambiaría, sino que sería un modelo constante pues se excluye la posibilidad de introducir elementos foráneos en el proceso, es decir, elementos que no hayan estado previamente señalados en la definición del modelo (elementos ‘no dados’). Para poner un ejemplo sencillo, podríamos hablar del mercado de la telefonía, donde un análisis sobre la empresarialidad en este sector, bajo el modelo neoclásico, no daría cabida a elementos como la invención del teléfono celular o, su versión más reciente, el Smartphone pues el ser humano simplemente distribuiría los recursos ya disponibles – digamos, teléfonos fijos y postes de cableado– para asignar sus necesidades comunicativas.

De acuerdo a lo señalado entonces, KIRZNER propone que "*La acción humana, en el sentido desarrollado por Mises, implica tipos de acción dotados por el ser humano 'para liberarse de su malestar' y para 'mejorar'. Al ser más amplio que la noción de economicidad, ... no restringe el análisis de la decisión al problema de distribución ... no se toma por una computación mecánica ... No se limita a reflejar la manipulación de unos*

³ El subrayado es nuestro

medios dados ... sino que refleja además la percepción misma del sistema de fines y medios en el seno del cual tiene lugar a la distribución y la economicidad (Kirzner, 1986, pág. 3). Esto significa que en la concepción del hombre que actúa propuesta por MISES, éste sujeto no sólo tiende a perseguir sus fines eficientemente después de identificarlos claramente, sino que, enfoca también "...el impulso y la perspicacia que se precisan para definir los fines a alcanzar y los medios disponibles". Así mismo, "La conducta economizante -o más exactamente, su análisis- omite necesariamente la tarea de identificar los fines y los medios. La noción de economicidad presupone, por definición, que esta tarea ... se haya efectuado previamente". En otras palabras, Kirzner considera lo que denomina como "elemento de perspicacia" como el "elemento empresarial ... el que hace que la acción humana sea algo activo, creador y humano, en vez de algo pasivo, automático y mecánico". Por tanto, el elemento empresarial ya no sería un mero cálculo (manipulación de datos), un simple proceso de maximización, una "reacción pasiva" (Kirzner, 1986, pág. 4). Un beneficio de éste entendimiento es que permite explicar la secuencia de acciones de un mismo individuo, lo cual no sería posible si fuesen explicaciones puramente distributivas.

Explicando lo anterior, el citado economista no se basa en el modelo neoclásico del *homo economicus* sino en el *homo agens* propuesto por MISES pues en la concepción miseana no existen recursos previamente dados sino simplemente acciones humanas sobre el entorno, lo cual implica la capacidad de descubrir recursos y emplearlos en formas no establecidas con anterioridad, es decir, innovar; y esta capacidad de innovación es lo que KIRZNER denomina como elemento de perspicacia (un estado de alerta, de observación, al entorno que permite al empresario descubrir las oportunidades de satisfacción de necesidades). Esto es un factor esencial para entender el concepto de empresarialidad, pues como lo plantea KIRZNER: *"...cuando se cree que las circunstancias de una decisión resultan conocidas con certeza por el autor de la misma, podemos 'predecir' la forma que esa decisión tomará simplemente identificado en el curso de acción óptimo en relación con las circunstancias conocidas ... esta interpretación 'mecánica' ... sería totalmente aceptable en un mundo de conocimiento y predicción perfectos. En él no habría ningún campo para el elemento empresarial. Si cada individuo conoce con certeza lo que va a ocurrir, se pueden explicar enteramente sus planes ...*

Pero, por supuesto, sabemos que los seres humanos no actúan en un mundo de conocimiento perfecto" (Kirzner, 1986, pág. 5).

Tal vez dicha concepción es la que le haya valido a KIRZNER el reconocimiento en ésta materia del análisis económico pues efectivamente articuló la noción de que el proceso de mercado provee nueva información a sus participantes y en consecuencia, en ello radica la noción de empresarialidad. Sólo en el contexto del mundo de conocimiento imperfecto –que es evidentemente, el mundo real en el que habitamos- "*...se hace posible encontrar ... una función económica completamente nueva que, por definición, quedaba excluida del mundo del conocimiento perfecto. Se hace posible introducir un participante en el mercado ... [el empresario puro] ... un autor de decisiones cuyo papel completo surge de su estar alerta a las oportunidades hasta entonces ocultas" (Kirzner, 1986, pág. 6).* Profundizando en lo mismo: "*...Como los participantes en éste mercado no son, ni muchos menos, omniscientes, probablemente existirán en cualquier momento una multitud de oportunidades que aún no han sido aprovechadas ... Lo que necesita nuestro autor de decisiones, sin medios para tomar la decisión mejor, es simplemente conocer dónde están esas oportunidades no explotadas. Lo único que requiere es descubrir dónde han estado pagando demasiado los compradores y dónde han estado cobrando poco los vendedores y cubrir ese hueco ... El descubrimiento de esas oportunidades sin explotar requiere estar alerta" (Kirzner, 1986, pág. 7).* "*Un estado de desequilibrio de mercado se caracteriza por una ignorancia muy difundida. Los participantes en el mercado no son conscientes de las oportunidades reales de intercambio beneficioso disponibles [resultando en] que innumerables oportunidades se dejan pasar". (Kirzner, 1986, pág. 24)* La teoría del mercado se hace para entender los hechos producidos por el estado de desequilibrio y aquí es importante la empresarialidad: Considerar que los medios son constantes hace imposible explicar los cambios de planes en distintos momentos ni los cambios consecuentes en el precio. "*Para esto es preciso introducir la idea de que los hombres APRENDEN a partir de su experiencia en el mercado. es necesario dar por sentado que a partir de los errores ... se puede esperar el desarrollo de cambios de expectativas sistemáticos sobre los fines y los medios, los cuales a su vez engendrarán las correspondientes alteraciones en los planes" (Kirzner, 1986, pág. 25).*

Características de la Función Empresarial

De acuerdo a HUERTA DE SOTO, son las siguientes:

- 1) **Generación de nueva información.** *"...todo acto empresarial supone el descubrimiento de una información nueva que antes no tenía el actor ... [Esta información] es subjetiva, práctica ..., dispersa ... y táctica"* (Huerta de Soto, 2004, pág. 27).
- 2) **Función esencialmente creativa.** *"...todo desajuste social se plasma en una oportunidad de ganancia que queda latente para ser descubierta por los empresarios ... obteniendo de esta manera un 'beneficio empresarial puro'. Por tanto, [el empresario] crea una información en su mente que antes no existía, que resulta, una vez se lleva a cabo el acto empresarial, en la obtención de un beneficio empresarial puro"* (Huerta de Soto, 2004, pág. 27).
- 3) **Transmisión de información.** Se transmite información constantemente acerca de la disponibilidad y la necesidad de distintos bienes, principalmente a través de los precios de mercado.
- 4) **Coordinación.** Los agentes en el mercado *"...aprenden a disciplinar o coordinar su comportamiento en función de las necesidades ajenas del otro"* (Huerta de Soto, 2004, pág. 28).
- 5) **Competencia.** Del latín *cum petito*, *"...conurrencia múltiple de peticiones sobre la misma cosa a la que hay que adjudicar un dueño"* (Huerta de Soto, 2004, pág. 29). En la empresarialidad, las oportunidades descubiertas y aprovechadas tienen un momento y espacio específico que una vez aprovechado, ya no puede ser aprovechado por otro empresario.
- 6) **Perpetuidad.** *"...el proceso empresarial jamás se detiene ni agota. Aunque podría pensarse ... llegar a una situación de equilibrio, ... el acto empresarial, a la vez que coordina, crea nueva información que a su vez modifica en el mercado la percepción general de fines y medios de los actores implicados, lo cual da lugar a la aparición de nuevos desajustes..."* (Huerta de Soto, 2004, pág. 29).

Importancia de la Función Empresarial

Una vez definido y entendido el concepto de la función empresarial –la función de descubrimiento- podemos entender cuál es el rol que esta función denota para la sociedad. Para ello traeremos a colación lo propuesto por el Nobel de Economía, Friedrich HAYEK, en su seminal artículo ‘*El uso del conocimiento en la Sociedad*’, donde trató lo que él llamó ‘*el problema epistemológico*’ (que, a su vez, también fue una de las bases que inspiraron el concepto de la empresarialidad de KIRZNER tratado párrafos arriba) como enfoque para abordar el concepto de una economía y los roles de las personas en esta.

De acuerdo a HAYEK (1945, pág. 519), si tuviésemos toda la información relevante, si pudiésemos partir de un sistema de preferencias dado y si pudiésemos manejar conocimiento perfecto sobre los recursos disponibles, el problema sería sólo de lógica puesto que las condiciones para resolverlo están implícitas en nuestras presunciones. Sin embargo, éste *no* es el problema que la sociedad enfrenta y el cálculo económico tradicional no soluciona el problema completamente; esto es debido a que la "*información*" sobre la que parte el cálculo económico sobre una sociedad entera, nunca está "*dada*" a una mente en particular (que luego pueda solucionar las implicaciones). De hecho, HAYEK afirma incluso la imposibilidad presente y futura que dicha información pueda estar disponible en tales condiciones. El carácter especial del problema del orden económico racional está determinado justamente por éste hecho, que el conocimiento de las circunstancias nunca se encuentra concentrado ni integrado, sino que disperso en pequeñas partes incompletas y usualmente contradictorias, en manos de los distintos individuos. Por tanto, el problema económico no es de distribuir los recursos "*dados*" sino más bien un problema de cómo asegurar el mejor uso de los recursos conocidos por los miembros de la sociedad, para los fines cuya importancia relativa sólo conocen éstos mismos. Es decir, es un problema de usar un conocimiento que no está dado a nadie en su totalidad.

Así mismo, HAYEK (1945, pág. 520) establece que toda actividad económica es planeamiento, y en una sociedad de muchas personas, éste planeamiento tendrá que basarse hasta cierto punto en conocimiento que no está dado al planeador sino a un tercero y que tendrá que ser transmitido al planeador. Cómo se comunica éste conocimiento es el problema central de cualquier teoría económica y uno de los problemas de la política económica es determinar la mejor forma de usar el conocimiento inicialmente disperso. La respuesta está íntimamente conectada con la otra pregunta que surge, de quién debe ser el planeador. Sobre ésta cuestión gira todo el debate económico. No se cuestiona si debe planearse o no, sino si debe planearse centralmente, por una autoridad para todo el sistema, o si la tarea debe dividirse entre los individuos. En éste sentido, el término planeamiento se usa contemporáneamente para hablar de planificación centralizada mientras que la planeación descentralizada se denomina competencia; el punto medio sería el monopolio, donde se reparte el planeamiento central a una empresa en cada industria. El mejor sistema será aquel donde se pueda hacer un mayor uso del conocimiento existente y a su vez, esto depende de qué sistema puede poner en manos de la autoridad central éste conocimiento originalmente disperso o, en transmitir el conocimiento adicional a los individuos para que estos puedan encajar sus planes con los del resto.

Poniendo las palabras de HAYEK en contexto, lo que el autor quiere denotar es que no existe una sola persona o entidad, pública o privada, que pueda hacerse del conocimiento completo de los recursos que una sociedad dispone pues dicho conocimiento está ‘disperso’, es decir, que se encuentra difuminado entre los varios miembros de la sociedad, siendo cada uno de estos poseedor de un conocimiento no semejante al del prójimo, lo cual genera el problema de cómo transmitir ese conocimiento a las personas encargadas del planeamiento económico con la suficiente rapidez y precisión como para que éstas puedan tomar las mejores decisiones.

En éste punto, HAYEK (1945, pp. 521-522) hace otra aclaración, señalando que existen distintos tipos de conocimiento: **Por un lado**, aquellos que son más probables de estar en manos de individuos particulares y **por otro**, aquellos probables de estar en manos de una autoridad compuesta de expertos designados. Actualmente, se asume que estos últimos están en mejor posición, pues el conocimiento científico tiene un espacio

preferencial en la mentalidad pública, que tiende a olvidar que éste no es el único tipo relevante de conocimiento. Sin embargo, esto también es una pequeña parte del problema. Si bien es difícil contradecir que el conocimiento científico no es la suma de todo el conocimiento, es también innegable que existe un cuerpo de conocimiento sobre circunstancias particulares de tiempo y espacio que no necesariamente cabe dentro de la categoría de conocimiento científico, y es en éste aspecto que todo individuo tiene cierta ventaja sobre el resto pues posee información única que podría usar a su beneficio, aunque este conocimiento requerirá de la voluntad del individuo de aprovecharlo.

Así mismo, dicho economista considera que los problemas económicos surgen como consecuencia del cambio. En un mundo constante, no es necesaria la actividad de planeamiento o la reformulación de planes. En esa línea, si se acepta que el problema económico de la sociedad es principalmente la adaptación rápida a los cambios en las circunstancias particulares de espacio y tiempo, la consecuencia sería que las decisiones finales deben dejarse en manos de quienes están familiarizados con éstas circunstancias, quienes conocen de forma directa estos cambios y los recursos disponibles para afrontarlos. No puede esperarse que estos agentes comuniquen primero la información a una entidad central para que ésta, después de integrar todo el conocimiento, emita sus órdenes, sino que, más bien debe resolverse de una forma descentralizada. A su vez, HAYEK también hace notar que las personas que tomen las decisiones de forma descentralizada sobre los recursos disponibles no necesitan conocer todos los eventos o efectos que dieron pie a los precios de intercambio de dichos recursos, lo relevante es la facilidad o dificultad necesaria para conseguirlos en comparación con los otros usos o alternativas productivas que tienen esos objetos. Es decir, las cosas tienen una importancia relativa. Es decir, que HAYEK plantea que el planeamiento económico, entiéndase, todas las decisiones de producción -desde el panadero que decide cuántos panes hornear el próximo Lunes, hasta la mesa directiva de una corporación decidiendo iniciar operaciones trasatlánticas en un programa de expansión de mercados- deben ser hechas por un individuo o grupo directo de éstos y no necesariamente por una institución estatal centralizada que tome todas estas decisiones en nombre nuestro en atención a la imposibilidad fáctica de transmitir esa información con la suficiente velocidad y fidelidad para que dicho ente centralizado pueda actuar.

Por ello, HAYEK plantea como solución a dicho problema de conocimiento el Sistema de Precios. *"Ciertamente es una gran contribución de la lógica pura de la elección que ha demostrado conclusivamente que incluso una mente singular como ésta podría resolver éste tipo de problema sólo mediante la construcción y uso constante de tasas de equivalencia (o "valores", o "tasas marginales de sustitución"), esto es, añadiendo a cada tipo de recurso escaso un índice numérico que no puede ser derivado de ninguna propiedad de la cosa específica, pero que refleja, o en la que se condensa, su importancia en vista de toda la estructura de medios-fines. En cualquier pequeño cambio tendrá que considerar sólo estos índices cuantitativos (o "valores") en los cuales toda la información relevante se concentra; y, al ajustar estas cantidades una por una, puede reorganizar sus disposiciones apropiadamente sin tener que resolver todo el rompecabezas ab initio o sin tener que explorar todas sus ramificaciones en cada etapa"*(Hayek, 1945, pág. 524). Esencialmente, en un sistema donde el conocimiento de los hechos relevantes está disperso entre las personas y los precios pueden servir para coordinar sus acciones individuales y separadas. Esto lo vemos en lo que Adam SMITH reconociera como las leyes de Oferta y Demanda: cuando un bien puede satisfacer las finalidades subjetivamente determinadas de una pluralidad de personas, pero en un momento dado no existe una suficiente cantidad de dicho bien, el precio del mismo subirá en el proceso de subasta que es la ley de la Demanda. Esto mismo genera una señal para potenciales o actuales empresarios, invitándolos a aumentar su producción de dicho bien a fin de cubrir esa demanda. Sin embargo, cuando haya suficiente de dicho bien para cubrir las demandas de todos los interesados, el precio volverá a bajar pues ya no habrá esa fiera subasta previa. Este es un proceso constante en busca del equilibrio, aunque dicho equilibrio no sea posible lograr pues cada segundo la composición de la realidad varía y es necesario adaptarse a ésta. El punto es que cada individuo, del lado de la Demanda, sólo sabe que tiene ciertas necesidades y que existen determinados bienes para satisfacerlas, por lo que elegirá entre los bienes alternativos que satisfagan dicha necesidad u otras de mayor importancia para el individuo. El individuo no necesita para ello estar consciente de los métodos de producción de uno u otro bien sino simplemente tomar en cuenta los precios de las diferentes alternativas pues en base a éste número determinará si satisfacer dicha necesidad vale el precio exigido o no. Por el lado de la

Oferta, los actuales o potenciales empresarios evaluarán los precios de sus insumos para determinar si el producto a generar es rentable o no y para ello tampoco necesitan estar conscientes de los factores que generaron los precios de cada uno de esos insumos⁴. Como señala HAYEK: *"El mero hecho que exista un sólo precio para un bien -o, mejor dicho, que los precios locales están conectados en una forma determinada por el costo del transporte, etc.- provee una solución que ... pudiese haber logrado una mente singular que poseyese toda la información que en realidad está dispersada entre todas las personas involucradas"* (Hayek, 1945, pág. 524).

Finalmente, traemos a colación a Ludwig von MISES -influyente economista que probablemente hubiese ganado el Nobel de no haber fallecido antes de la creación de dicho galardón- para agregar algunos aspectos adicionales sobre el problema del cálculo económico: *"...la mera información transmitida por la tecnología sería suficiente para realizar el cálculo sólo si todos los medios de producción -tanto materiales como humanos- pudiesen ser perfectamente sustituidos uno por otro, de acuerdo a proporciones concretas, o si todos fuesen absolutamente específicos. En el primer caso, todos los medios de producción serían adecuados ... para lograr los fines que sean, las cosas serían como si sólo un tipo de medio, un tipo de bienes económicos de orden alto, existiese. En el segundo caso, cada medio podría ser empleado para obtener un fin único, uno adjudicaría a cada grupo de factores de producción complementarios el valor correspondiente al respectivo bien de primer orden. Ninguna de estas condiciones está presente en el universo en el que el hombre actúa. Los medios sólo pueden ser sustituidos uno por otro dentro de límites estrechos ... Pero, en la otra mano, la mayoría de medios no son absolutamente específicos, pudiendo ser adecuados para fines varios"* (Mises, 2011, pp. 206-207). Lo que MISES plantea está en línea con lo que HAYEK señalaba sobre la imposibilidad práctica de centralizar la información: no es posible hacerlo a través de un medio tecnológico. Para explicarlo, partamos de un tradicional argumento que podría plantearse contra la idea de la imposibilidad de centralización de conocimiento

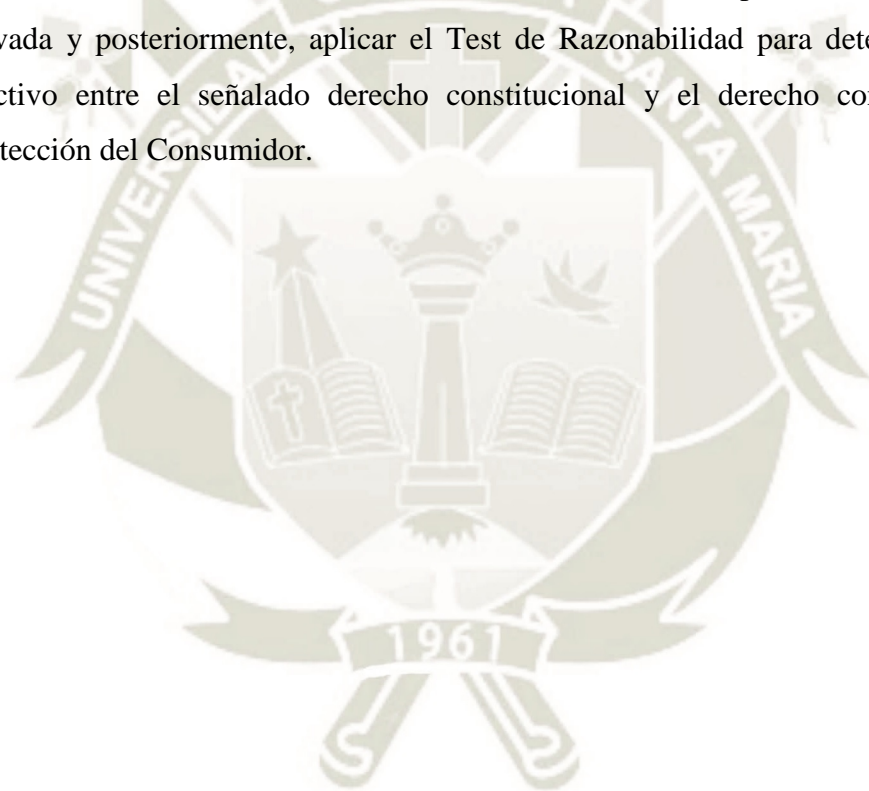
⁴ También debe anotarse que no se está promoviendo la ignorancia voluntaria, sino que, la ignorancia es una condición que afecta a nuestra mente y sólo podemos sortearla hasta un punto determinado. Es decir, no podemos conocer infinitamente y el conocimiento, si bien es valioso, también tiene un precio (ya sea en tiempo, dinero u otros recursos).

en el mundo actual, de la sociedad de la información: ya contamos con recursos tecnológicos para transmitir información a una velocidad impresionante y prácticamente inmediata. Sin embargo, la información sobre las valoraciones reales de las personas respecto de sus fines no se puede transmitir pues ésta misma proviene de una raíz netamente subjetiva de la personalidad humana. Por ponerlo en otros términos: no es lo mismo que una persona manifieste el deseo de tener algo (por ejemplo, de ser un mejor profesional) que realmente mostrar dicho deseo a través de actos reales que implican el sacrificio de recursos para obtener tal satisfacción (en éste ejemplo, optar por horas de estudio en vez de recreación o por invertir dinero en cursos de especialización en vez de comprarse un auto nuevo, etc.) de necesidades.

Añade MISES, "*...El hecho de que existan diversas clases de medios, que la mayoría de medios son más adecuados para algunos fines y no otros ... y que por tanto los varios medios permiten varios usos, colocan al hombre en la tarea de ubicarlos en los usos en que puedan brindar el mejor servicio. Aquí la computación provista por la tecnología es inútil ... [la tecnología] conoce todas las relaciones causales [del mundo externo] pero es ajena a su relevancia para las necesidades y deseos humanos ... Para la noción del valor-uso subjetivo, para la perspectiva específicamente humana, y para los dilemas del hombre que actúa no hay nada que aprender de la tecnología. Ignora el problema económico: utilizar los medios disponibles en forma tal que ningún deseo más urgentemente sentido debe permanecer insatisfecho porque los medios para su consecución fueron utilizados -desperdiciados- para la consecución de deseos menos urgentes. Para la solución de tales problemas la tecnología y sus métodos de conteo y medición son inadecuados*" (Mises, 2011, pp. 207).

Hasta este punto, hemos expuesto tres grandes cuerpos teóricos de tres grandes economistas –*El Empresario* de KIRZNER, *El uso del conocimiento en la sociedad* de HAYEK y *El problema del Cálculo Económico* de MISES- para fundamentar una idea que en realidad puede exponerse en sólo breves líneas: La esencia de la función empresarial (la contribución del empresario a la economía de la sociedad) es la capacidad de descubrir, es decir, su atención a los constantes cambios en la composición de la realidad para poder encontrar formas de satisfacer necesidades de la sociedad, cambios

que generan información que es imposible transmitir a una entidad central de manera práctica por lo que no podemos pretender que una institución de éste tipo pueda **prescribir cómo es que debe ejercerse una actividad económica, por lo menos en cuanto a términos de capacidad productiva o calidad, aunque debemos ahora abordar el aspecto normativo, pues la mera eficiencia económica no es el objetivo último de la sociedad ni del Derecho sino que existen consideraciones y límites que provienen del orden moral, expresado en lo jurídico, que deben imperar aun así conlleven un arreglo que no sea eficiente en términos netamente materiales.** Por ello, es que en el capítulo siguiente abordaremos dicha cuestión: el rango de protección constitucional contenido en la institución de la Libertad Empresarial o Libre Iniciativa Privada y posteriormente, aplicar el Test de Razonabilidad para determinar el límite efectivo entre el señalado derecho constitucional y el derecho constitucional a la Protección del Consumidor.



3. Análisis Exegético de la Libertad de Empresa

Introducción

La Libertad de la Empresa en nuestro ordenamiento jurídico es una garantía de protección que se determina a nivel constitucional, dentro de lo dispuesto en lo que los juristas denominan como Constitución Económica, es decir, la porción de la Carta Magna avocada a delimitar el régimen económico y principales derechos y principios que lo constituyen, que posteriormente serán desarrollados a profundidad en las diferencias leyes complementarias. Sin embargo, la Libertad de Empresa sigue siendo un tema álgido en el debate jurídico y, como un reflejo del pensamiento social y político de nuestra población, no existe un verdadero consenso popular sobre el valor de la empresa privada y, por tanto, los límites a su accionar. En relación a esto, ECHAÍZ MORENO sostiene que “...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, mas no ha sucedido así con el tratamiento ofrecido por la jurisprudencia” (Echaíz Moreno, 2010, p.21). Aunque, como más adelante traeremos a colación, podemos ceñirnos a los precedentes vinculantes dispuestos por el Tribunal Constitucional para tener una clara noción de dicho derecho.

En congruencia, GUTIÉRREZ CAMACHO indica que es complicado definir las libertades económicas pues su definición “nos remiten a conceptos económicos, sobre cuyos alcances no hay unanimidad. Tal es el caso de la empresa, concepto que de ningún modo puede ser calificado de lineal o sencillo en la doctrina, pues en realidad se trata de un fenómeno complejo, cuya comprensión requiere que se conozca todos los elementos que lo componen” (Gutierrez Camacho, 2013, p.38).

Concepto Jurídico de Empresa

Es esencial tender un puente por el cual el mundo académico jurídico reconozca los conceptos planteados por la economía para de ésta manera, darles un afianzamiento normativo. Esta es la premisa que buscan los proponentes del Análisis Económico del Derecho. Ahora bien, el concepto que se plantea es complicado en la medida en que en la

propia ciencia económica aún existe debate sobre su definición, aunque como ya se desarrolló en el capítulo anterior, podemos apoyarnos en el entendimiento desarrollado por KIRZNER para comprender la importancia de la empresa y cuál es realmente su aporte específico. Ahora, pasando a citar a autores nacionales, de acuerdo a GUTIÉRREZ CAMACHO, *“La empresa es el elemento organizador de la economía, capaz de coordinar y dirigir todos los factores que concurren en la producción de bienes y servicios. La razón de ser de la empresa, así como su justificación, residen en el hecho de que la participación en el mercado tiene un costo, más aún si dicha participación es recurrente ... Esta organización consiste en un conjunto de relaciones, contratos, que aparecen en cada etapa del proceso de producción y comercialización”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.40). Sin embargo, *“...la empresa no tiene una definición unívoca; tanto desde el punto de vista económico como jurídico es extremadamente difícil conceptualizarla ... En nuestros días la empresa tiene diferentes rostros y contenidos ... Esta realidad nos advierte que la libertad de empresa no puede comprender un único derecho, sino que debe abarcar un haz de facultades, todas ellas vinculadas y dependientes entre sí”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.41).

Continuando con la definición, *“No obstante [la complejidad de la empresa], existen algunos elementos que pueden considerarse distintivos de la empresa, ellos son la iniciativa y la organización. Por ende, se argüirá que la libertad de empresa es la concreción de la iniciativa privada. Convenimos parcialmente con esta concepción, sin embargo, agregaríamos que la iniciativa privada tiene una aplicación mucho más dilatada que la sola actividad empresarial, adoptando otras expresiones como la libertad de contratación e incluso la libertad de trabajo. En cuanto a la organización, diremos que es la relación o vínculo entre todos los elementos que componen la empresa. En otras palabras, es la manera de disponer dichos elementos y de dinamizarlos al punto de hacerlos producir o generar los bienes o servicios deseados ... lo que los especialistas en management llaman ‘cultura empresarial’. De ahí que... la empresa excede a la mera suma de los diversos elementos materiales e inmateriales que la conforman”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.41).

La relevancia de la empresa a nivel económico ha estado presente ya por varias décadas previas al debido reconocimiento jurídico que recibe en la Constitución de 1993. De acuerdo a GUTIÉRREZ CAMACHO, *“la empresa ha sido el actor más importante en la economía del siglo XX y todo apunta a que lo seguirá siendo en el presente siglo ... De la misma manera como el Estado representó en su hora la subyugación de multiplicidad de centros de poder (señores feudales, obispos y gremios), el surgimiento de la empresa ha significado un contrapeso al poder económico del Estado, llegando incluso en ocasiones a superarlo con el surgimiento de empresas globalizadas, que en muchos casos representan una economía mayor a la de todo un país”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.14). Es probablemente por ello que la empresa a pesar de tener una contribución clara, sigue siendo blanco de críticas gratuitas (aunque no descartamos – claramente- que haya cabida para justas apreciaciones negativas), especialmente de las clases políticas tradicionales pues como retrató GUTIÉRREZ, hay una pérdida de influencia de éstas esferas en favor de la clase empresarial que definitivamente no debe entenderse como la clase mercantilista característica del siglo anterior sino como el grupo de empresarios emergentes, empresarios consolidados y potenciales emprendedores que trabajan en nuestro país.

Continuando con GUTIÉRREZ CAMACHO, nos dice el autor que *“...en la actualidad el hombre moderno no puede vivir desligado del mercado, sus principales necesidades las satisface en este espacio mediante transacciones económicas, incluso, en cierta medida, su autorrealización puede verse comprometida por relaciones de mercado ...; por ello, la Constitución como norma cúspide del ordenamiento legal, no podía permanecer omisa a regular las relaciones y derechos económicos, derechos que se encuentran más cerca de las personas y que en la práctica son los que definen si realmente vivimos o no en un verdadero Estado de Derecho”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.15).

Para iniciar nuestro análisis exegético de la norma, partiremos por citar los principales artículos constitucionales que tratan la Libertad Empresarial:

“Art. 58. Economía Social de Mercado

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.

Artículo 59.- Rol Económico del Estado

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.

Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” (Constitución Política del Perú, 1993)

En primer lugar, abordemos el sistema económico en el que nos enmarca la Constitución, pues sobre éste se construye nuestro tratamiento jurídico a la empresa. Para GUTIÉRREZ CAMACHO, *“Una economía social de mercado parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.23). En la misma línea, *“...si bien hay un relativo consenso respecto a la necesidad de limitar la libertad de mercado, no existe la misma unanimidad con relación a cómo deben operar estas limitaciones en una economía social de mercado. El*

problema reside en que ... debe combinarse eficiencia con igualdad en el mercado; un equilibrio esquivo, difícil de alcanzar” (Gutiérrez Camacho, 2013, p.38). Como hemos señalado ampliamente en el capítulo sobre el rol de la empresa en la sociedad, la inclusión de una esfera de protección constitucional hacia esta institución no es simplemente producto de una ideología imperante producto de la influencia de un ‘poder económico sub-alterno’, como si de una suerte de conspiración. Al contrario, es más bien el reconocimiento a la expresión popular pues como han demostrado con anterioridad diversos autores nacionales, entre ellos, destacadamente Hernando de Soto, la tesis vieja del peruano ‘naturalmente socialista’, es decir, sometido a la estructura estatal con devoción para emprender trabajos colectivos y crear una red de solidaridad social, está desfasada por la realidad pues al contrario, no somos abejas en una colmena jerárquica sino más bien, mentes jóvenes eminentemente creativas y moldeadas por los retos del día a día, especialmente formados por las crisis económicas que nos han golpeado y a las cuales hemos respondido reiteradamente con nuevas formas de organización social y empresarial que demuestran nuestra capacidad resiliente y nuestra inclinación a la empresariedad. Así mismo, no se trata de un reconocimiento absoluto o ilimitado pues como la mayoría de derechos, encuentra límites en los derechos ajenos.

Continuando con el análisis del artículo 58, BERNALES BALLESTEROS interpretó que “...cada persona tiene el derecho a desarrollar las actividades económicas que considere de su preferencia dentro de la sociedad, desde luego cumpliendo las normas que regulan dicha iniciativa. Sin embargo, estas normas deben estar destinadas a canalizarla, no a entorpecer su acción” (Bernalles Ballesteros, 1999, p.348). Así mismo, ECHAÍZ MORENO, citando al Tribunal Constitucional (Sentencia recaída sobre EXP 0008-2003-AI/TC), señala: “Debemos entender que la libertad de empresa se refiere precisamente a la facultad de realizar actividad empresarial ... pues se sabe 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”. Así mismo, el Tribunal Constitucional en Sentencia recaída sobre EXP. 3330-2004-AA/TC, ha establecido 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*” (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el EXP. 3330-2004-AA/TC EXP. 3330-2004-AA/TC).

ECHAÍZ MORENO (2010, p.27) considera que el Tribunal *‘revalora la teoría subjetiva que enfatiza el interés del empresario’* mediante el citado argumento y así mismo, resume cuatro tipos de libertades establecidos en ésta Sentencia: (1) la libertad de creación de empresa y acceso al mercado, (2) la libertad de organización, (3) la libertad de competencia y (4) la libertad para cesar las actividades. GUTIÉRREZ CAMACHO también señala que la libertad de empresa *“...al mismo tiempo, contiene un derecho subjetivo y una norma que impone al Estado limitaciones en su accionar empresarial (...) Un primer elemento de la empresa es el mercado, que es a un mismo tiempo el ámbito natural y el elemento esencial de la empresa ... aunque no existe un derecho de clientela, sí existe un derecho a acceder a ella. De ahí que la ley reconozca el derecho de acceso al mercado y a la libre competencia, sencillamente porque la empresa no sería posible sin mercado”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.42).

En el marco teórico mencionamos que existe una distinción hecha por la doctrina y jurisprudencia respecto de los términos ‘libertad de empresa’ y ‘libre iniciativa privada’. Esto puede apuntar a que el término ‘iniciativa’ se refiere al emprendimiento, a la creación de organizaciones empresariales nuevas y por ello, cubriría el aspecto de la libertad de entrada al mercado mientras que la libertad de empresa cubriría lo referente al ejercicio empresarial posterior. En ésta línea, convendría clarificar que de acuerdo al TC, *“...la libre iniciativa privada no puede ser confundida con un derecho como el de la libertad de empresa, ya que, a diferencia de este último, la primera debe ser conceptualizada como un principio que informa y rige a la totalidad del modelo económico ... De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene 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 con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia cualquiera”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.22). También es importante considerar la siguiente conclusión de GUTIERREZ CAMACHO, *“En suma, el principio de libertad económica es una proyección [en el plano económico] del respeto de la dignidad de la*

persona, que le garantiza que será tratado en el mercado con igualdad ... pudiendo elegir libremente sin que nadie lo sustituya en sus decisiones” (Gutierrez Camacho, 2013, p.22).

Así mismo, es necesario entender que la libertad se reconoce no sólo en función de la protección de un grupo humano específico dentro de la sociedad sino en la búsqueda que la protección directa a dicho grupo genere a su vez un entorno de cooperación y armonía entre la ciudadanía en general. Por ello es que se afirma que “...las garantías contenidas en la parte económica de la Constitución no sólo están ligadas al ámbito económico, tales derechos también proporcionan la base para el surgimiento de instituciones legales y políticas que garantizan la libertad en su más amplio sentido. En esta línea, modernamente se ha redescubierto que la economía depende en gran medida del Derecho y la política y, a la inversa, se puede decir que gran parte del Derecho es economía, que muchas de sus instituciones y figuras se ocupan no solo del patrimonio y las transacciones de los particulares, sino también de las condiciones del funcionamiento de la actividad económica. Si bien es verdad que los derechos políticos son importantes para el ciudadano, tanto la democracia como el Estado de Derecho serán inviables sin derechos económicos”(Gutierrez Camacho, 2013, pp.38-39). Es importante resaltar éste aspecto sobre la importancia colectiva de preservar la libertad empresarial pues parte de reconocer lo que en economía y teoría de juegos se llama como resultados *win-win*, es decir, donde ambas partes ganan. Esta es la premisa fundamental de la economía de mercado⁵.

Ahora, como comentamos párrafos arriba, el Tribunal Constitucional ha establecido precedentes importantes en el desarrollo de la doctrina respecto a la Libertad de Empresa. A continuación, citamos lo vertido en el Exp. 011-2013-PI/TC:

⁵ “[La libertad de empresa] tampoco es, como se podría pensar, un derecho individualista, que favorece a unos cuantos -los empresarios-; en realidad su trascendencia social es enorme. Cuando en una sociedad la libertad de empresa no se respeta los afectados son muchos, peor aún si tal violación conduce a cerrar o impedir la apertura de una empresa. Estos hechos inciden en la vida de numerosas personas: consumidores, trabajadores, proveedores e incluso el propio Estado. Por estas razones, la libertad de empresa no debe ser protegida sólo por y/o para los empresarios”. (Gutierrez Camacho, 2013, p.38)

"21. El primer componente de una economía social de mercado es la libre iniciativa privada. Es decir, la confianza en la persona y en su capacidad, no sólo para producir riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos. Este modelo rechaza todo perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que desprecia de la capacidad humana para auto regularse y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos" (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Exp. 011-2013-PI/TC). Este primer punto es importante para entender la noción que buscamos discernir en el presente estudio pues nos apunta –en conjunción con lo que hemos visto en párrafos y capítulos anteriores- al carácter esencial de la no intervención del Estado en la determinación de los modelos de negocio o cómo se gestionan esto (dentro de los límites de lo permitido pues un modelo de negocio no podría construirse sobre la base de una actividad ilícita, como el comercio de órganos, por ejemplo), debido al reconocimiento semi-universal que tenemos en las sociedades occidentales modernas sobre la importancia de la experimentación constante y la flexibilidad en el rango de acción que permita a los emprendedores ensayar distintas formas de satisfacer las necesidades diversas de los miembros de la sociedad pues sólo de ésta manera se logrará dicha satisfacción en términos efectivos, aunado al igual reconocimiento sobre la incapacidad de los órganos para centralizar la gestión productiva, aun así hablemos de órganos descentralizados hasta el nivel regional. Como ya se estableció en el análisis económico de la función empresarial y el problema del cálculo económico, la prosperidad económica de las sociedades tiene como fuerza vital el trabajo de los emprendedores y en éste contexto, el Estado debe fungir como “carrocería” de dicha maquinaria, es decir, no determinando qué se produce o en qué términos, pero sí conteniendo la actividad dentro de los márgenes de lo permitido.

Continuando con lo vertido por el Tribunal Constitucional, en un siguiente punto dicho colegiado delimita lo que se considera como el *contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa*, concepto álgido para la corroboración de nuestra hipótesis (respecto de si dicha protección incluye o no a las actividades complementarias). El colegiado señala:

"32. ... el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres posiciones ius-fundamentales básicas:

- **Acceso.** A través de la llamada libertad de fundación de una empresa mediante la cual se garantiza la potestad de decidir no sólo crear empresas, sino también actuar en el mercado, según la denominada libertad de acceso al mercado.
- **Auto-organización.** A través del reconocimiento a la libertad de organización de la empresa, que garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado.
- **Cesación.** A través del cual se reconoce la potestad de decidir la salida del mercado de la empresa" (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Exp. 011-2013-PI/TC).

Así mismo, de acuerdo a GUTIÉRREZ CAMACHO, la Libertad de Empresa se compone de los siguientes elementos o libertades:

- **Libertad de creación de empresa.**
- **Libertad de inversión.**
- **Libertad de acceso al mercado.**
- **Libertad de organización.** "...facultad que se le otorga al empresario para determinar sus objetivos empresariales y en función de ellos, decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa" (Gutierrez Camacho, 2013, p.43).
- **Libertad de gestión.** "...libre conducción no sólo de los bienes con que cuenta la empresa sino también de su personal. ... el Estado no puede imponer métodos de gestión o comportamiento destinados a obtener resultados" (Gutierrez Camacho, 2013, p.44).
- **Libertad de transferencia de empresa.**
- **Libertad de cierre de empresa.**

Hay una clarificación esencial que también aporta GUTIÉRREZ CAMACHO en el sentido en que no podemos pretender una Economía Social de Mercado si no damos las herramientas jurídicas a los privados que deseen participar en los fines productivos de la sociedad. Por ello el autor afirma que “...*la conducción de la economía por los particulares sólo es posible donde existe libertad de empresa, derecho de propiedad, libertad de iniciativa privada, libertad de contratación, libre competencia y protección al consumidor, garantías que en buena cuenta forman parte del núcleo duro de la Constitución económico y son lo que podríamos llamar los principios y derechos fundamentales del sistema constitucional económico*” (Gutierrez Camacho, 2013, p.38-39).

En ambos casos vemos que la organización es un tema álgido entre la composición de facultades que protege la Libertad de Empresa. Retomando el extracto del Tribunal Constitucional, el tema específico que analizamos en éste estudio se enmarcaría en el segundo punto mencionado en éste: **Auto-organización**, mediante la cual el Tribunal Constitucional establece que la Constitución reconoce la libre organización empresarial, es decir, la libertad del empresario para establecer su propia forma de trabajo, es decir, sus propias operaciones, su propia forma de gestionar la empresa y, por tanto, las actividades que quiera desarrollar.

En línea con lo anterior, resaltamos de sobremanera la frase: “...*en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado*”. La importancia de subrayar esta frase está en que ella incluye el reconocimiento de la doctrina constitucional a cómo opera una economía donde se garantiza la propiedad, la libertad de contratación y, en resumen, el Estado de Derecho, pues bajo estas condiciones son los consumidores los que se colocan como determinante último del éxito o fracaso de una empresa y su modelo de gestión; como Mises lo diría: el consumidor es el “Soberano” del mercado. Esto entraña algo más que simplemente la tradicional noción de oferta y demanda, como sabemos de los postulados básicos de la Economía, sino que hay un entendimiento filosófico más profundo que debemos tomar en cuenta: Las verdaderas intenciones de las personas se manifiestan a través de sus acciones. Esto puede sonar a refrán tradicional o sentido

común, pero debemos destilarlo con cuidado. Lo que se afirma es que las personas tenemos consideraciones subjetivas amplias sobre lo que consideramos ‘necesario’ o no, influidas por una serie de factores ambientales, psicológicos, hereditarios, educativos, sociales, etc. que finalmente confluyen en un criterio personal. Esta subjetividad nos puede hacer pensar o incluso exteriorizar nuestras necesidades (mediante afirmaciones) de una manera que no necesariamente estamos realmente dispuestos a cumplir. Por ejemplo, una persona puede estar plenamente consciente de la importancia de mantener una dieta saludable e incluso haber sufrido complicaciones graves y afirmar que ‘desea mejorar su alimentación’. Sin embargo, esto no es realmente una traducción de su voluntad pues sólo podremos colegir que tiene tal voluntad a través de los actos que haga. Si es que sigue manteniendo sus hábitos de alimentación en forma desproporcional y nociva, no podemos afirmar que ‘tiene la voluntad de alimentarse mejor’. Esto lo entenderíamos a través de la concepción del *homo agens* que Mises establece en su obra general y expone magistralmente en *La acción humana*. Al actuar, el ser humano intercambia una serie de recursos disponibles (internos, como el esfuerzo, por ejemplo, o externos, como el dinero u otros); es decir, realiza lo que los economistas llaman un *tradeoff*: sacrificar un recurso con la expectativa de recibir otro. Por ello, en el mundo de las ideas podemos plantear necesidades de manera infinita y basados en una cantidad de criterios igual de vasta, algunos de los cuales nos pueden parecer sumamente razonables. Sin embargo, la mente no modifica el mundo material a discreción y, por tanto, sólo a través de la acción concreta es que materializamos nuestras necesidades reales en la búsqueda de su satisfacción.

Lo anterior es la razón por la cual no se puede centralizar la economía en un ente gubernamental, como lo demostraron Mises y Hayek. La tarea de planificar una economía es básicamente conocer las necesidades de los individuos de la sociedad, los recursos disponibles (incluyendo los recursos y capital humano existente) y en base a ello, hacer el cálculo de distribución de los recursos a la satisfacción de las diversas necesidades. El primer problema en ello está en *conocer las necesidades* de las personas, pues éstas sólo se manifiestan –como ya dijimos- a través de sus acciones y no sus palabras. Por tanto - incluso en la sociedad de la información de hoy en día, donde estamos hiperconectados y podríamos fácilmente comunicar nuestras palabras a un ente centralizado- no podemos

conocer las necesidades o valoraciones reales de las personas a través de un sistema de encuestas (como se hubiese pretendido en los regímenes comunistas) y mucho menos, en el criterio arbitrario de una oficina gubernamental.

Por lo expuesto líneas arriba es que tenemos la cláusula que afirmaba el Tribunal Constitucional: “*en atención a sus recursos y condiciones del mercado*”, pues sólo en el intercambio de recursos que se da en el contexto del mercado –es decir, la Economía de Mercado- es que podemos esperar una verdadera articulación económica gracias a la manifestación real de las voluntades de las personas a través de los intercambios libres entre éstas y por tanto, el surgimiento del fenómeno monetario y en consecuencia, la formación de precios.

En consecuencia, podemos evidenciar que muchas empresas tienen prósperos modelos de negocio a pesar de no tener una gran popularidad entre sus clientes. Claros son los ejemplos de las compañías de telefonía celular que son sujetas a crítica constante, pero, sin embargo, siguen captando una preferencia significativa de los consumidores a pesar de tener competidores fuertes ya establecidos en el mercado. Esta disonancia entre la opinión popular y los actos de consumo se explica por lo arriba expuesto, pues las personas actuamos sobre las condiciones que tenemos y no sobre las condiciones que subjetivamente consideramos ideales y por ello si bien podríamos estar muy agradecidos de tener un producto determinado a un precio bajo o casi nulo, no necesariamente nos abstendremos de consumirlo si es que el precio es mayor a ello, siempre y cuando no exceda lo que estemos realmente dispuestos a pagar por dicho bien, lo cual generalmente es resultado de un proceso comparativo subjetivo en el cual contrapesamos (con análisis profundo o superficial) nuestras alternativas y elegimos nuestro curso de acción, o en éste caso, de consumo.

Por ello, los modelos de negocios de las empresas deberán ser recompensados o desincentivados por la acción de los consumidores y no por la intervención gubernamental, a quien corresponde más bien el control de las actividades de las empresas en el sentido de la licitud de sus actividades en términos penales y de abuso de posiciones de dominio. Por citar un ejemplo, una de las funciones más importantes de entes

reguladores como INDECOPI debe estar en perseguir aquellas empresas que faltan al principio de idoneidad del servicio (en pocas palabras, que realizan estafas). Esto se condice con las palabras de GUTIÉRREZ CAMACHO, con las cuales cerramos este apartado: *“Decir que la iniciativa privada es libre es afirmar que el mercado le pertenece a los particulares y no al Estado. Quiere decir que no es tarea del Estado la creación de riqueza, esta función se encuentra reservada a los particulares. Nuestra Constitución ha entendido que a civilización moderna es producto del accionar de los particulares en el mercado, del libre intercambio de bienes y servicios que son la base de las relaciones económicas que se manifiestan en los contratos. La nuestra es una civilización contractual, que solo es posible gracias a que la iniciativa privada es libre... El mercado es un sistema autodirigido -lo que no quiere decir que no pueda ser regulado- en el que la iniciativa privada es un prerrequisito”* (Gutierrez Camacho, 2013, p.21).

4. Límites de la Libertad de Empresa respecto de las Actividades Secundarias o Complementarias

En principio, las Actividades Principales de una Sociedad (determinadas por el Objeto Social de su estatuto y también visibilizados en el giro de negocio que ésta señale frente a organismos administrativos, ya sea para fines tributarios, de licencia de funcionamiento, entre otros) tienen una protección implícita frente a la potestad interventora del Estado. Es decir, en el marco de la Economía Social de Mercado, que yace en nuestra Constitución vigente, el Estado no puede intervenir arbitrariamente en las actividades de los privados, sino que sólo podrá hacerlo mediante leyes, de naturaleza taxativa (es decir, que señalen claramente los supuestos y condiciones en que dicha intervención se hará). Esto constituye a grandes rasgos lo que definimos hoy por libertad empresarial

Así mismo, la Ley General de Sociedades sostiene que el objeto social determina las actividades de la empresa y posteriormente señala que también son válidas las actividades complementarias que la empresa pueda realizar con la finalidad de cumplir el

objeto social. Dicha precisión busca resolver cuestiones que pudiesen suscitarse en la relación de la sociedad frente a sus socios, administradores o clientes. Sin embargo, queda implícito en ello que, salvo norma contraria, las empresas pueden realizar las actividades que se encuentran dentro de su objeto social y actividades adicionales, las cuales serán **igual de válidas**, en la medida en que contribuyan a la finalidad de la sociedad. **Por tanto, una actividad complementaria no podría ser sujeta a la arbitrariedad de un ente regulador, al igual que la actividad principal misma.**

De acuerdo a BEAUMONT CALLIRGOS, el Objeto Social es importante para *‘precisar la responsabilidad de los administradores’*, pues estos administran dinero ajeno. En este sentido, el jurista afirma respecto de su tratamiento en la Ley General de Sociedades que *“...no exige claridad y precisión de los negocios y operaciones que constituyen el fin u objeto social. Ahora hace referencia sólo a una descripción detallada de ellos, o sea, que es menos riguroso, pero algo más, refiere que los actos relacionados con tales negocios y operaciones que coadyuvan a la realización de sus fines también se consideran incluidos, aunque no estuviesen expresamente indicados en el pacto o estatuto”* (Beaumont Callirgos, 2007, p.76).

Así mismo, haciendo referencia a la lógica detrás de la norma, señala: *“En los debates de la Comisión Especial Revisora se hizo referencia a que muchas veces es la propia realidad económica del país la que obliga a las sociedades a intempestivos cambios de rumbo y de propósitos, y que no siempre se va a estar revisando si el objeto social real calza exactamente con el objeto social escriturado o inscrito”* (Beaumont Callirgos, 2007, p.76). Subrayamos esta última referencia pues denota la importancia de la flexibilidad con la que debe contar una empresa en el desarrollo de sus actividades. De aquí, que en el marco teórico del presente estudio hayamos definido las Actividades Secundarias como: *“...toda aquella acción realizada por la empresa que no sea de carácter incompatible con las Actividades Primarias establecidas en el objeto social”*. Esta definición implica que la trascendencia de las diversas actividades desarrolladas por la empresa puede alcanzar el carácter de primario o secundario sin necesariamente requerir la modificación del objeto social. Es por ello que el Anteproyecto de la Ley

Marco del Empresariado no hace mención de algún tipo de diferenciación entre las actividades primarias o secundarias, pues ello conllevaría un trabajo de análisis *ex ante* inútil e imposible para el legislador en la medida en que el aporte de la empresa a la sociedad está en la capacidad de ésta para experimentar diversas formas de gestión empresarial en la producción o prestación de bienes y/o servicios –el proceso de descubrimiento- y en consecuencia, de nada serviría que el legislador intenta suplantarse en la posición de empresario para descubrir por éste las infinitas posibilidades de modelos de negocio para determinar cuáles combinaciones de actividades principales y secundarias son válidas.

Según el Tribunal Registral, debemos tener en cuenta que “... *el artículo 11 de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social, entendiéndose incluidos ... los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados*” (Tribunal Registral, Resolución 021-2002-ORLC/TR). Continúa: “*Usualmente, las sociedades precisan para el desarrollo de sus actividades la celebración de diversas operaciones ..., éste será por lo tanto uno de los actos relacionados con el objeto social ... que no requiere estar expresamente indicado*” (Tribunal Registral, Resolución 021-2002-ORLC/TR).

Finalmente, indica que “*Los actos relacionados con el objeto social que coadyuvan a la realización de sus fines son innumerables; dados que no se requiere que se encuentren expresamente indicados, no será posible que el registrador público califique si estos actos efectivamente coadyuvarán a la realización de los fines de la sociedad, puesto que ello implicaría evaluar si las decisiones del directorio son adecuadas para la gestión de la sociedad, evaluación que no sólo no le compete, sino que además no cuenta con la información necesaria para poder pronunciarse al respecto*” (Tribunal Registral, Resolución 021-2002-ORLC/TR). Este punto nos ilustra una limitación interesante de la función de los representantes del Estado. Si bien en éste caso está referida al funcionario registral, el mismo tenor puede aplicarse en el contexto de otras agencias estatales. El sentido planteado por dicha resolución es el de señalar que el

Estado no está facultado legalmente a determinar la forma en que una empresa debe ser administrada. Es decir, es un punto más de corroboración sobre los límites de la intervención estatal en el modelo de negocios de una empresa. Si trajéramos a colación la casuística que inspiró este estudio, podríamos evidenciar que un negocio no tiene porqué limitarse a los formatos tradicionales de acuerdo a la voluntad de un funcionario público o una estancia administrativa. Los únicos límites estarán en la trasgresión que pueda generarse al orden público o la comisión de delitos mediante dichas actividades.

Entonces, entrando al meollo del asunto, consideramos que debe entenderse incluidas, dentro de los Límites de la Libertad Empresarial, tanto a las Actividades Principales como Secundarias. Es decir, que no corresponderá al accionar del Estado, en su rol orientador y regulador de la iniciativa privada, determinar el carácter principal o secundario de las actividades de una empresa, sino que, respecto de éste, sólo le corresponderá:

- Reconocer las actividades que las empresas hayan decidido emprender como válidas en las diversas combinaciones y formas de organización por las que éstas hayan optado, de acuerdo al objeto social de cada una.
- Regular la actuación de las empresas en la medida en que éstas no incurran en actos ilícitos, punibles en la vía penal, como correspondería hacer respecto de cualquier otro sujeto de derecho; así mismo, regular su actuación en la medida en que sus actividades no cometan abusos contra el consumidor, para lo cuál no deberá ser aplicable ningún tipo de distinción entre el carácter principal o secundario de las actividades sino el carácter de trasgresión a los derechos del consumidor que cualquiera de las diversas actividades de la empresa pueda revestir.
- Cautelar los intereses de los socios de la empresa y terceros afectados frente a la gestión de los representantes de las empresas (actos *ultra vires*), como ya lo

desarrolla la Ley General de Sociedad y la doctrina y jurisprudencia correspondientes a su aplicación.



II. Actividades Empresariales Secundarias o Complementarias frente al Derecho del Consumidor

En este capítulo, haremos un análisis contrapuesto de la Libertad Empresarial, el cual ya hemos determinado incluye a las Actividades Secundarias dentro de su esfera de protección jurídica, y el Derecho del Consumidor, aunque para mantener la especificidad del tema, puntualmente en el derecho del consumidor a la libre elección de bienes y/o servicios delimitada en el artículo 1ro, inciso f, del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Queremos a través de éste análisis comparativo lograr una mejor visión de los límites de la Libertad Empresarial a través de la aplicación del Test de Razonabilidad para esclarecer de manera específica como es que la Libertad Empresarial se desarrolla frente a la Libertad de Elección del consumidor,

Aplicación del Test de Razonabilidad

Para aplicar el Test de Razonabilidad, tomamos las premisas de éste delineadas en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0030-2004-AI/TC, donde se establece que el valor justicia, parámetro de constitucionalidad, está integrado por tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Los cuales se desarrollan de la siguiente manera:

"§1. Principio de Idoneidad

3. En primer lugar, corresponde realizar un análisis desde el punto de vista de la idoneidad de la medida adoptada. Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución.

En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten

lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental.

(...)

§2. Principio de Necesidad

*6. Un principio de este tipo significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, **no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.** Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental.*

(...)

§3. Principio de Proporcionalidad

*9. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, **el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental,** comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso.*

Se pueden recoger tres criterios con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad. Estos criterios son: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva" (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Exp. N° 0030-2004-AI/TC).

En resumen, para determinar si la libertad de elección del consumidor implica la restricción de actividades de carácter secundario de la empresa protegidas por la Libertad Empresarial, debemos determinar lo siguiente:

- La restricción de las actividades secundarias debe fundamentarse en la búsqueda de un objetivo constitucionalmente legítimo y así mismo, elegir medios que mejor permitan concretar tal finalidad de entre las alternativas posibles (*Principio de Idoneidad*).
- Ser la única medida que permita lograr el objetivo con la menor restricción o limitación posible sobre el derecho afectado (*Principio de Necesidad*).
- Lograr la finalidad deseada en grado tal, que resulte al menos proporcional al grado en que se afectó al derecho (*Principio de Proporcionalidad*).

Haciendo el análisis de cada punto, tenemos que en primer lugar, el Principio de Idoneidad no prevalece en la contraposición de ambos derechos y por ende, resultaría de poca utilidad plasmar el análisis subsecuente del Principio de Necesidad y Proporcionalidad, pues ambos requieren construirse sobre la base de la Idoneidad pues éstos últimos refieren a aspectos de la forma en que se dan las restricciones y no tanto en el fondo que las fundamenta. Es decir, se avocan principalmente al carácter práctico del análisis para aterrizarlo en términos concretos en la realidad. Sin embargo, esto sólo será posible, nuevamente, sobre la base del Principio de Idoneidad. Por ello, a continuación, presentaremos el desarrollo y justificación de porqué consideramos que los fundamentos no permiten la prevalencia de dicho Principio en ésta contrastación de derechos:

Análisis del Principio de Idoneidad

En términos concretos, el Principio de Idoneidad exige que la libertad a elegir del consumidor tenga un objetivo constitucionalmente legítimo. En éste punto necesitamos entonces, primero definir dos entendimientos sobre lo que constituye dicha libertad y su correspondiente aplicación: **Primero**, el entendimiento correcto a nuestro parecer, bajo el cual la libertad es la prerrogativa que las personas tienen para actuar sin ser coaccionados a tomar decisiones, es decir, a actuar bajo amenaza o uso efectivo de la fuerza en su contra, salvo que sea en salvaguarda de derechos mayores (por ejemplo, cuando un policía restringe la libertad de una persona, con potencial agresión física,

cuando ésta esté intentando agredir a otra gravemente). Bajo éste sentido, la libertad de las personas es eminentemente compatible con la libertad de terceros y simplemente correspondería, que, en el contexto de mercado, las acciones de consumo de las personas sean plenamente válidas en tanto están eligiendo productos o servicios ofertados voluntariamente por empresas y finalmente, se dé el encuentro de voluntades bajo condiciones aceptadas bilateralmente. Si definimos la libertad de elección del consumidor bajo éstos términos, sería incluso innecesario realizar éste Test de Razonabilidad pues no hay incompatibilidad entre derechos que de sustento a realizar contraste alguno. Ambos derechos pueden ejercerse a plenitud y sin conflicto jurídico.

De la otra mano, tendríamos, **en segundo lugar**, la noción de Libertad de Elección del Consumidor que viene siendo propugnada por la gestión actual de INDECOPI notablemente y por sectores notoriamente politizados, en la cual no se puede sustentar el Principio de Idoneidad pues se busca un objetivo que no es constitucionalmente legítimo. Éste objetivo sería el de colocar al consumidor en un pedestal o posición superior al empresario mas no una posición de equilibrio o balance. Para explicar este punto, primero partiremos por citar el artículo 1ro, inciso f, del Código de Protección al Consumidor, que define claramente la mencionada libertad, estableciendo el "*Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta*" (Código de Protección al Consumidor)

Dicho derecho no se debe entender como una libertad absoluta mediante la cual, el consumidor pueda plantearse en la postura de exigir al proveedor el servicio o producto que éste desee, bajo las características que éste subjetivamente determine como idóneas. Entender la libertad en éste sentido sería abrir las puertas a un desequilibrio entre consumidor y empresario pues implica un cambio del paradigma del consenso de voluntades que importa el mercado por la imposición de voluntad unilateral de parte del consumidor. Al contrario, lo que debe entenderse correctamente como '*Derecho a elegir entre productos y servicios idóneos*' es la protección de la prerrogativa del consumidor para, **por un lado**, decidir autónomamente y no compulsoriamente (es decir, mediante el uso de la fuerza o la amenaza de ésta por parte de un tercero) si entabla una relación de

consumo de los productos de una empresa determinada y **por otro**, de decidir hacerlo, a elegir el producto ofertado que desea, en iguales condiciones de libertad. Esto último es esencial subrayar y clarificar: "*El producto ofertado*". La subjetividad del empresario, protegida por la Constitución, se manifiesta en la oferta (que incluye, claro está, no sólo el ofrecimiento sino la correspondiente ejecución que se requiriese del servicio o entrega de producto determinado) que éste pone a disposición del público, dentro de los parámetros de lo válidamente ofrecible pues no sería defendible que éste ofertase servicios ilícitos, como el sicariato, por ejemplo. En éste sentido, hay una confluencia de voluntades y subjetividades de consumidor y empresario cuando ambos, libres de compulsión, ofrecen y aceptan una relación de consumo respectivamente.

Sin embargo, también debemos anotar en éste apartado que tampoco se busca defender la 'omnipotencia de la oferta'. Por ejemplo, cuando en contratos se incluyen cláusulas abusivas que eximen al empresario de la responsabilidad de ejecutar la prestación del contrato a pesar de haberse pagado el precio convenido y peor aún, aquellos que además lo eximen de devolver el monto. Estos son claros abusos al principio de idoneidad y no deben admitirse bajo ningún motivo. Este es uno de los puntos esenciales donde el Código de Protección al Consumidor debe obrar, lo cual dista mucho de considerar la libertad de elección del consumidor como una imposición de la demanda sobre la oferta, que a todas luces reviste un tenor de desequilibrio y 'contra-abuso' que no puede ser admisible en nuestro ordenamiento jurídico, que está motivado por el balance en aras de la armonía entre miembros de la sociedad.

Para reforzar el análisis sobre la idoneidad, mencionamos de una parte que la libertad del consumidor entendida como la arbitrariedad para exigir unilateralmente una oferta específica del empresario no perseguiría un objetivo constitucionalmente válido, también tenemos que en el otro lado, la libertad de empresa sí persigue un objetivo de éste tipo, pues como señala GUTIÉRREZ CAMACHO, "*Se trata de derechos de gran importancia, y especialmente valorados por el hombre común, porque de alguna manera todos los ciudadanos ejercen estos derechos y en gran medida, afectan e influyen decisivamente en la calidad de vida de estas personas, llegando a ser incluso más importantes para el ciudadano común que los derechos vinculados a la configuración de*

la política del Estado, a la que, de hecho, se siente más ajeno. Más aún, podríamos decir que la verdadera democracia se define en el mercado, porque como afirmaba VON MISES, ‘el intercambio es la relación social por excelencia’. Y sólo en un mercado libre el hombre común siente que es igual y que realmente tiene derechos” (Gutierrez Camacho, 2013, p.39).

En pocas palabras, entender la Libertad de Elegir del Consumidor como una forma en la que éste pueda determinar en la vía de la coerción estatal –o mejor dicho, que las agencias regulatorias o instituciones del Estado en nombre del Consumidor lo hagan- la forma en que los productos se van a ofrecer y negociar, es propiciar un abuso del derecho igual al que podría cometer la empresa que, en una posición de dominio, obligase al consumidor a aceptar cláusulas que la exoneren de cumplir el resto de condiciones contractuales sin obligación de reparar por dicha falta. Ejemplo de esto son los casos que inspiraron éste estudio, en los cuales se consideró que la aplicación correcta de la protección al consumidor implicaba que el agente regulador, INDECOPI, determine *a priori* y unilateralmente, cuál es el modelo de negocio que el empresario puede seguir y qué actividades puede realizar o no.

Algunas luces sobre lo anterior: en el proceso contra las sancionadas empresas, INDECOPI postuló que éstas debían ceñirse a los canones tradicionales que orientaban el rubro principal en que las citadas desarrollan sus actividades y por ende, debían abstenerse de tomar medidas para proteger sus intereses en los rubros secundarios a los que también se dedicaban. Aquí existe un mal entendimiento de la libertad de ambas partes y tratamientos incoherentes: Como mencionamos párrafos arriba, las empresas a través de su subjetividad desarrollan actividades diversas, algunas con mayor trascendencia que otras, que no se constituyen en ofertas omnicomprensivas, es decir, que satisfagan toda necesidad posible del consumidor bajo cualquier rango de condiciones que éste desee. Al contrario, la empresa ofrece una determinada cartera de productos y/o servicios.

Considerar que el consumidor tiene derecho a exigir a la empresa la provisión de un servicio bajo condiciones unilaterales sería un desbalance entre las libertades de ambos

cuando, al contrario, la libertad se materializa en la aceptación de la oferta propuesta, haya o no mediado un proceso de negociación. De lo contrario, cualquier consumidor podría denunciar a un restaurante por no ofrecerle un préstamo de crédito o, siendo menos exagerados, por ofrecerle un menú de parrilla y no incluirle opciones vegetarianas a su gusto. Esto sería un supuesto evidente de insensatez y que ningún jurista en su sano juicio defendería.

En la misma línea, las empresas, especialmente aquellas que proveen de espacios privados a los consumidores para que estos desarrollen sus actos de consumo en dichas inmediaciones, pueden plantear medidas para evitar que en estos espacios se consuman productos de competidores, lo cual es defendible por sentido común pues no podríamos exigirle a una empresa subsidiar el consumo de bienes de otra. Típico es el ejemplo de la restricción de los restaurantes a consumir platos traídos de otros restaurantes dentro de sus locales, ya sea prohibiéndolos absolutamente o cobrando un ‘derecho de corcho’ (popular expresión pues dicha práctica se da notoriamente con bebidas más que con comida, pero el principio aplica igualmente). Le permitimos esto a toda empresa pues sería injusto que ésta incurra en una inversión para que luego sea una tercera empresa la que coseche los frutos de dicha inversión. Sin embargo, INDECOPI se distancia de dicho supuesto y al hacerlo, incurre en el problema fundamental del cual nace ésta tesis: Es válida la restricción que pueda imponer la empresa para cautelar su inversión en el rubro principal de sus actividades, pero no así, lo es la restricción que pudiese poner para cautelar las actividades secundarias a las que también se avoque.

Entonces, este sería el meollo del asunto de los citados casos y que lamentablemente, no ha sido enfocado correctamente por ninguno de los involucrados, incluyendo la defensa de las empresas sancionadas. INDECOPI está afirmando claramente con esto que las actividades secundarias no son susceptibles de la misma libertad empresarial que protege a las actividades principales; está afirmando que el equilibrio de libertades entre empresa y consumidor sólo aplica para éstas actividades y no para las secundarias, las cuales tendrán que ser ejercidas bajo la voluntad arbitraria del consumidor. Quién en éste caso podría realizar el mismo acto de consumo que ilustramos en el ejemplo del restaurante pues dicho rubro no es el principal de la empresa.

Irónicamente, INDECOPI pretende dictar qué rubros son compatibles entre sí y aparentemente, delimitar criterios arbitrarios para determinar el carácter principal de una actividad, a pesar que en la práctica tengamos que ambas actividades son ampliamente trascendentes para las citadas empresas, una siendo sólo ligeramente mayor a la otra en cuanto corresponde a la distribución de sus ingresos.



MARCO TEÓRICO

1. Libre Iniciativa Privada y Libertad Empresarial

a) Concepto⁶

De acuerdo a Marcial RUBIO, "*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. Como toda libertad, debe ser ejercitada dentro del marco de las leyes*" (Rubio Correa, 1999, p.199).

Dicho autor también nos alcanza que **la libre iniciativa privada se subsume dentro de la libertad de competencia**, pues al ser una libertad de todos, cada uno debe respetar la iniciativa ajena y así mismo, que **la libre iniciativa y la libertad de empresa, comercio e industria que el artículo 58⁷ de la Constitución de 1993 garantiza son sinónimas**, por tanto, RUBIO nos invita a seguir la noción expuesta por OCHOA CARDICH: "*[La libre iniciativa privada es] Aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*" (Ochoa Cardich, citado por Rubio Correa, 1999, p.199). Aunque RUBIO CORREA también hace la atinencia que la empresa es una esfera dentro de la libre iniciativa, pero con reglas

⁶ La doctrina peruana suele utilizar los términos Libertad Empresarial y Libre Iniciativa Privada como sinónimos; sin embargo, adoptamos el término 'Libertad empresarial' dado que es el utilizado mayormente dentro de la casuística analizada en el presente estudio.

⁷ **Artículo 58.-** "*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*" (Constitución Política del Perú, 1993)

particulares caracterizadas por la interacción del ser humano y la persona jurídica que la constituyen (concepto que aplica incluso si se trata de una empresa unipersonal).

"Cuando la Constitución dice que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, impone al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, con un celoso respeto de la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado, todo ello bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder. Para lo cual se precisa de un Estado fuerte, lo que no es sinónimo de gigante y burocrático (...) Nuestra Constitución ha entendido que la civilización moderna es producto del accionar de los particulares en el mercado, del libre intercambio de bienes y servicios que son la base de las relaciones económicas que se manifiestan en los contratos. La nuestra es una civilización contractual, que sólo es posible gracias a que la iniciativa privada es libre" (Gutierrez Camacho, 2005, p.777).

GUTIÉRREZ CAMACHO considera que no es equiparable la libre iniciativa privada con la libertad de empresa y disiente así de la doctrina nacional pues considera que no tendría sentido equiparar dichos conceptos pues ello llevaría a considerar que el legislador reguló el mismo en dos normas distintas (arts. 58 y 59 de la Constitución), lo cual no es dable para quien persigue una interpretación sistemática de nuestra Carta Magna. *"El principio de libertad económica es una proyección en el plano económico del respeto de la dignidad de la persona. El que le garantiza que será tratado en el mercado con igualdad, esto es, con igual dignidad, pudiendo elegir libremente sin que nadie lo sustituya en sus decisiones" (Gutierrez Camacho, 2005, p.776)..*

En la Ley Marco para la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757, se define la libre iniciativa privada como:

Art. 3.- *"Se 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" (Ley Marco para la Inversión Privada, D.L. 757).

También cabe citar el artículo 59 de la Constitución⁸, donde el Estado se asume como garante de la libertad de empresa, comercio e industria, las cuales ciertamente tienen límites establecidos por ley y deben ejercerse dentro de los parámetros de la moral, salud y seguridad pública, pero queda expreso este reconocimiento constitucional a la libertad empresarial en esencia. En los comentarios a dicho artículo, GUTIERREZ CAMACHO afirma que *"La libertad de empresa es un mandato constitucional que al mismo tiempo contiene un derecho subjetivo -cuyo titular es toda persona que decida emprender una actividad económica- y una norma que impone al Estado limitaciones en su accionar empresarial"* (Gutierrez Camacho, 2005, p.797). En la misma línea, el citado autor explica que *"...en principio ... toda actividad empresarial directa por parte del Estado es perturbadora de la competencia, limitante de la iniciativa privada y la libertad de empresa. La presencia del Estado en el mercado como empresario debe ser excepcional, además de indirecta"*. Con esto, dicho autor busca complementar la noción de libertad empresarial y cómo esta puede verse afectada (Gutierrez Camacho, 2005, p.777)⁹. Así mismo, lo anterior se explica en que *"Para el orden público económico consagrado en la Constitución, el centro de la actividad económica recae en la empresa privada, de esta manera se deja en manos de los particulares la organización y dirección del proceso económico. Son ellos los encargados de crear riqueza, siendo el Estado el responsable de generar las condiciones para que el mercado funcione. Por consiguiente, no es tarea del Estado participar directamente en la actividad económica; su función es más bien reguladora"* (Gutierrez Camacho, 2005, p.777)..

⁸ **Art. 59.-** *"El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo 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"* (Constitución Política del Perú, 1993)

⁹ Cabe resaltar que, si bien el autor menciona toda intervención estatal como perturbación del ambiente del mercado, no considera que por ello sea inherentemente ilícita, pues es posible configurar situaciones en que el Estado intervenga de manera legítima.

Continuando con la exposición de GUTIERREZ, tenemos que *"Las garantías, contenidas en la parte económica de la Constitución, no se refieren a derechos políticos, sin embargo, ha de reconocerse que tales derechos proporcionan la base para el surgimiento de instituciones legales y políticas que garantizan la libertad en su más amplio sentido"* (Gutierrez Camacho, 2005, p.795). La libertad de empresa es un derecho económico esencial, *"...pero esta libertad no es sólo una declaración positiva, una facultad que se le reconoce a todas las personas, naturales y jurídicas, sino también una limitación. Y es que el Derecho Constitucional es el Derecho de la libertad, debe por tanto limitar el poder"* (Gutierrez Camacho, 2005, p.795).

De acuerdo al citado autor, la libertad de empresa se compone de un conjunto de derechos:

- Libertad de creación de empresa.
- Libertad de inversión.
- Libertad de acceso al mercado.
- Libertad de organización.
- Libertad de gestión.
- Libertad de cierre de empresa.

Un aspecto también relevante a señalar sobre la naturaleza de los límites que se establecen a partir de la Libertad de Empresa, es que *"...las limitaciones a la libertad de empresa no son sólo para proteger a los consumidores; aunque parezca paradójico, también benefician a los propios empresarios, sobre todo a los pequeños ... Esta libertad tampoco es, como se podría pensar, un derecho individualista, que favorece a unos cuantos -los empresarios-, en realidad su trascendencia social es enorme. Cuando en una sociedad la libertad de empresa no se respeta, los afectados son muchos ... Estos hechos inciden en la vida de numerosas personas: consumidores, trabajadores, proveedores e incluso el propio Estado. Por estas razones, la libertad de empresa no debe ser protegida sólo por los empresarios, pues en rigor la empresa es un fenómeno colectivo. No existe violación de la libertad empresarial que sólo afecte a los empresarios"* (Gutierrez Camacho, 2005, p.796).

b) Economía Social de Mercado

Para obtener una clara visión del concepto de Libertad Empresarial es necesario tener un entendimiento del régimen económico en el que nuestro ordenamiento jurídico se enmarca. Estamos hablando de la Economía Social de Mercado, modelo económico que sentó un claro cambio en el entendimiento tradicional del Estado que se tenía en el Perú, implementándose así conceptos que sembrarían las semillas del progreso de nuestro país, de las cuales aún seguimos viendo frutos y por cuya integridad debemos velar con tanto empeño como velamos por la democracia, la paz y otros valores nacionales.

Según Ronald CLAPHAM, **la Economía Social de Mercado es un sistema de libertad económica y equilibrio social, de carácter abierto y no dogmático**, es decir, que partiendo de principios establecidos, reevaluará el rendimiento del sistema en base a nuevas experiencias en función a lo cual diseñará nuevos equilibrios; equilibrios entre los elementos **(1) libertad, (2) competencia, (3) justicia social y (4) seguridad social**. Así mismo, señala que *"para la economía de mercado socialmente comprometida, la dimensión social es una parte integrante. Es por esto que los objetivos sociales y distributivos se ubican en el mismo nivel que la eficiencia económica. Los problemas sociales... no pueden solucionarse únicamente con un mercado que funciona bien... Su solución precisa igualmente de medidas complementarias para lograr el equilibrio social, así como también de medidas de tipo institucional para propiciar la cooperación social... La combinación del mercado con el equilibrio social es lo que caracteriza a la Economía Social de Mercado"*. (Clapham, citado por Rubio Correa, 1999, p.201). A su vez, CLAPHAM también habla de la corrección de los extremos del mercado: *"Dentro del concepto de orden se parte de la premisa de que los resultados del mercado son susceptibles de ser corregidos... El correctivo social no debe ser interpretado tan sólo como una reacción, sino como un elemento activo. Las controversias no se encienden en el "sí" de una política redistributiva sino más bien en el "cómo"... la corrección distributiva de los resultados del mercado deberá ser ordenada"* (Clapham, citado por Rubio Correa, 1999, p.201).

GUTIERREZ CAMACHO señala que históricamente las normas de contenido económico se han dado con el propósito de limitar el poder económico del Estado, específicamente, su poder fiscal. Dicho autor refiere que en el S.XIX las Constituciones liberales no tenían normas económicas, pero sí derechos y libertades de contenido patrimonial. *"Los derechos económicos eran concebidos como parte de los derechos generales de la personalidad"* (Gutierrez Camacho, 2005, p.770).. Después de la II Guerra Mundial, vendría un tratamiento más sistemático a las normas económicas debido a la mayor presencia empresarial en el mundo. Por tanto, los derechos económicos adquieren una trascendencia propia, más allá del control del poder estatal, y un rol jurídico inédito, pues también se reconoce la desigualdad entre los actores del mercado y la necesidad de protegerlos, así como las desigualdades de las sociedades modernas que se busca disminuir mediante un orden social justo y una economía eficiente. Entonces, a los derechos políticos, se suman los derechos sociales y económicos. Afirma GUTIERREZ: *"...los derechos económicos constituyen hoy derechos subjetivos exigibles frente al Estado y los particulares (...) Todo lo cual implica necesariamente la existencia de un Estado fuerte, con claridad respecto de su rol regulador, un Estado que no compita con los particulares en la actuación empresarial sino que colabore con ellos, pero que se halle atento a los excesos que pudieran generarse en una economía de mercado, donde se respeta la iniciativa privada, pero no se abandona a las fuerzas del libre mercado"* (Gutierrez Camacho, 2005, pp.771-772).

La ESM se fundamenta en dos ideas: **Primero**, la creencia en el mercado como el 'mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía' y, **en segundo lugar**, el reconocimiento que el mercado 'no crea necesariamente justicia' (dicho autor considera que una libertad total sólo agudizaría la desigualdad existente). El debate doctrinario se encuentra en dónde establecer los límites del mercado, a fin de corregir desigualdades sin distorsionarlo. La idea central de la ESM es que: *"la participación del Estado en la economía sólo se dará para contribuir a cumplir con el objetivo distributivo en el mercado. Este debe ser su medida y límite; no sustituye al mercado, sólo colabora con él"*. La ESM marca pautas claras para la actuación del Estado: *"en primer término, renuncia a competir con los particulares en la actividad económica, absteniéndose de la creación y gestión de empresas públicas; igualmente se abstiene, en principio, de*

participar en la formación de los precios; no obstante, asume la protección de los actores más débiles del mercado (consumidores); por último, se constituye en el garante de la seguridad económica de todos los ciudadanos". "[no debe confundirse] el rol del Estado, este no busca el bienestar de todos los ciudadanos, sino garantiza que todos pueden alcanzar dicho bienestar" (Gutierrez Camacho, 2005, p.780).

RUBIO CORREA (1999, pp.207-208) también comenta que en España no se habla de ESM sino, de economía de mercado, pero nuestra constitución se pronuncia de una forma más decidida e inequívoca a comparación de los textos de otros países del entorno respecto a la economía de mercado. Aunque la cláusula de "*economía de mercado*" en España no debe entenderse como si resucitase las "*viejas leyes mecánicas de autorregulación de la economía*", pues debe observarse también el contexto normativo. Siguiendo lo dicho por éste notable jurista, podemos evidenciar que una de las formas en que el componente "social" en la nomenclatura de nuestro régimen económico se expresa radica en la inclusión de la noción de Protección al Consumidor en su articulado. Esto en atención a que la satisfacción de necesidades del Consumidor es lo que fundamenta la existencia y protección de la libre iniciativa privada.

c) Capacidad Regulatoria del Estado

A manera introductoria, podemos traer a colación las palabras del profesor SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, quien resalta: "*Cabe destacar que la Constitución de 1993 no hace referencia al papel singularmente importante que le cumple al Estado en la regulación de los servicios públicos y la infraestructura, cuya gestión, la economía moderna concibe en manos privadas. La legislación y la jurisprudencia han ido abriendo el camino en el Perú hacia la conceptualización del Estado regulador, al que se le asigna la labor de supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios, promoviendo la libre competencia y garantizando un servicio de calidad a precio justo en beneficio de los usuarios o consumidores...*" (Santiestevan de Noriega, 2005, p.783). Sin embargo para reconciliar esta noción, citamos a RUBIO CORREA (1999, p.214), quien señala que la intervención del Estado es esencial para lograr el equilibrio social, la redistribución y la promoción de los menos favorecidos para ayudarles a generar competitividad. Pero dicha

intervención no debe ser sesgada, desordenada ni tener intereses subalternos. El jurista alemán FALTHAUSER señala 5 puntos de intervención estatal: (1) para fijar los parámetros del mercado mediante la reglamentación de la competencia; (2) para crear el sistema de seguridad social; (3) para incentivar el desarrollo regional; (4) para generar una política de proceso económico y (5) para crear condiciones fundamentales, como la protección del medio ambiente (Falthausen, citado por Rubio Correa, 1999, p.214)

Para OCHOA CARDICH es posible contemplar al Estado dentro de un rol planificador sin dejar de estar dentro de los parámetros de la Economía Social de Mercado. El autor afirma: "*Dentro del régimen... se reconoce implícitamente la viabilidad de la planificación al declararse en la norma que 'el Estado orienta el desarrollo del país'. Por tanto, se abre la posibilidad de buscar una vía intermedia que concilie el respeto a la libre iniciativa con una orientación o rectoría del Estado en el desarrollo del país que materialice el componente social del régimen...*" (Ochoa Cardich, citado por Rubio Correa, 1999, p.214) Lo señalado en éstas líneas es un tema importante de estudio debido a que en nuestra actual Constitución se ha eliminado la referencia explícita al rol del Estado como ente planificador que sí se expresaba en la Constitución antecesora, lo cual se interpretó como una proscripción de normas de planeamiento público de la economía, incluso desactivándose el Sistema Nacional de Planificación. En pocas palabras, el Estado no tiene el rol de dirigir la economía¹⁰.

Como mencionamos anteriormente en el punto sobre Libertad empresarial, el art. 59 de la Constitución delimita un nuevo paradigma para el rol del Estado, quien ahora más que dirigir, se encargará de estimular la creación de riqueza como objetivo central y como principio guía de su actuación, sin que ello implique tener un rol de Estado asistencialista sino más bien, que "*el esfuerzo que el Estado ponga en regular, conducir y si es preciso planificar la economía, debe estar orientado fundamentalmente a producir más riqueza*" (Rubio Correa, 1999, p.226), lo cual no es el único objetivo ni uno predominante sobre los otros pues lo que se busca es el equilibrio con el componente

¹⁰ Aunque no queda proscrito que el Estado tenga un rol promotor en diversas áreas como seguridad, servicios públicos, infraestructura, entre otras, donde participará no sólo como órgano regulador sino incluso como agente proveedor de dichos bienes o servicios.

Social, pero para lograr satisfacer las actividades que lo componen, es importante la creación de riqueza para su financiamiento.

Respecto del Rol de los organismos reguladores del Estado, SANTIESTEVEAN DE NORIEGA afirma: *"...sabido es que nuestra legislación... ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete... al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado"* (Santiestevan de Noriega, 2005, p.784).

2. Actividades Empresariales

a) Concepto y Rol de la Empresa

En la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado, se indica que la empresa es *"la organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios"* (Congreso de la República del Perú, Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado). Así mismo, la Comisión elaboradora del proyecto señala que *"no se ha considerado incluir dentro del concepto de empresa la afirmación de que dicha organización económica, que conlleva una actividad económica, tiene un fin de lucro, por cuanto pueden existir actividades empresariales que no persigan tal fin"* (Congreso de la República del Perú, Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado).

En línea con lo anterior, podemos afirmar que la Actividad de una empresa es la explotación del fondo empresarial, el cual -a su vez- se ha definido como *"el conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios"* (Congreso de la República del Perú, Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado).

CHANDLRE afirma que la empresa es, por un lado, una entidad legal y por otro, administrativa (Chandlre, citado por Vigil Oliveros, 2016, p.51) y así mismo, el jurista FERNANDEZ SESSAREGO la define como una organización de personas en la cual confluyen múltiples intereses; esta definición no sólo incluye a los titulares patrimoniales sino también a otros actores interesados, como trabajadores. En la doctrina alemana, RAISCH define las actividades de las empresas como *"...prestaciones con valor económico a otros participantes del mercado"* (Raisch, citado por Vigil Oliveros, 2016, p.51).

De acuerdo a GUTIERREZ CAMACHO, *"La empresa es el elemento organizador de la economía, capaz de coordinar y dirigir todos los factores que concurren en la producción de bienes y servicios. La razón de ser de la empresa, así*

como su justificación, residen en el hecho de que la participación en el mercado tiene un costo, más aún si dicha participación es recurrente como en el caso de los empresarios; este costo se reduce cuando se utiliza la organización empresarial... Pese a su importancia, la empresa no tiene una definición unívoca, tanto desde el punto de vista económico como jurídico es extremadamente difícil conceptualarla" (Gutierrez Camacho, 2005, p.796). Así mismo, este jurista define la Organización empresarial como el "...conjunto de relaciones, contratos, que aparecen en cada etapa de la producción" (Gutierrez Camacho, 2005, p.796).

Años después, el mismo plantea el siguiente concepto de empresa, en la segunda edición de la misma obra jurídica: "...la empresa no tiene una definición unívoca; tanto desde el punto de vista económico como jurídico es extremadamente difícil conceptualizarla... En nuestros días la empresa tiene diferentes rostros y contenidos... Esta realidad nos advierte que la libertad de empresa no puede comprender un único derecho, sino que debe abarcar un haz de facultades, todas ellas vinculadas y dependientes entre sí" (Gutierrez Camacho, 2013, p.41).

Prosigue el autor: "No obstante su complejidad, existen algunos elementos que pueden considerarse distintivos de la empresa, ellos son la iniciativa y la organización. Por ende, se argüirá que la libertad de empresa es la concreción de la iniciativa privada. Convenimos parcialmente con esta concepción, sin embargo, agregaríamos que la iniciativa privada tiene una aplicación mucho más dilatada que la sola actividad empresarial, adoptando otras expresiones como la libertad de contratación e incluso la libertad de trabajo. En cuanto a la organización, diremos que es la relación o vínculo entre todos los elementos que componen la empresa. En otras palabras, es la manera de disponer dichos elementos y de dinamizarlos al punto de hacerlos producir o generar los bienes o servicios deseados... lo que los especialistas en management llaman 'cultura empresarial'. De ahí que... la empresa excede a la mera suma de los diversos elementos materiales e inmateriales que la conforman" (Gutierrez Camacho, 2013, p.41). Finalmente, indica lo siguiente: "Pero, además... la empresa al propio tiempo es un elemento organizador de la economía: ordena la producción, distribución y

comercialización de bienes y servicios. Todos los elementos económicos se vinculan ordenada y eficientemente a través de la empresa” (Gutierrez Camacho, 2013, p.41).

En Perú, en el año 1959 la Ley 13270, Ley de Promoción Industrial, define el concepto de "empresa industrial", como *"...la persona natural o jurídica que ejerce una determinada actividad económica que, por su finalidad, está amparada por esta Ley de Promoción Industrial, con la amplitud o con las limitaciones que ella determina"* (Ley 13270, Ley de Promoción Industrial) De acuerdo a la Constitución de 1979, en su art. 130 señalaba: *"Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley"* (Constitución Política de 1979).

El profesor VIGIL OLIVEROS, respecto de la definición del concepto y naturaleza jurídica de la empresa, señala que *"Los intentos por capturar la esencia de la empresa para el derecho han pasado por la elaboración de varias teorías que la conciben como un objeto unitario que forma parte de un patrimonio de su titular. Estas teorías, no reconocen en la empresa una organización de personas sino más bien una organización de bienes y derechos utilizados para realizar la actividad empresarial. La concepción de la empresa como un objeto se fundamenta en la posibilidad de constituirla en materia de tráfico jurídico"* (Vigil Oliveros, 2016, p.51).

b) Actividades Primarias

Actualmente podemos colegir la definición de las actividades primarias o principales de la empresa como aquellas que son determinadas en el Objeto Social de manera explícita. Es decir, aquellas actividades que en virtud del artículo 11, se desarrollan en la cláusula correspondiente dentro del estatuto y que, se pueden entender como una expresión de la intencionalidad de los socios fundadores de la empresa. LIND PETROVIC plantea que *“...el objeto social es la actividad económica a través de la cual la sociedad busca desarrollarse durante su existencia y, si deseamos precisar algunos de sus rasgos más importantes, podremos decir que son los fundadores quienes libremente determinan cuál habrá de ser el objeto social teniendo como única limitación el que sus actividades o aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social, no sean contrario a la ley ni a la moral”* (Lind Petrovic, 2003, p.170).

Tomando de referencia a FERRERO DIEZ CANSECO y LEMA HANKE (citados por Lind Petrovic, 2003, p.171), tenemos los siguientes criterios respecto de la necesidad de definir el objeto social:

- Delimita la actividad de la sociedad
- Ayuda en la determinación de lo que es el interés social
- Delimita la competencia de órganos sociales, incluyendo a la Junta General
- Fija límites de facultades de representación
- Contribuye a la definición de la esfera de actividades de la sociedad

En la misma línea, de acuerdo a HUNDSKOPF, renombrado autor en materia de Derecho Comercial, **el Objeto Social establece una delimitación de actividades, no necesariamente extensa pero sí obligadamente clara y no ambigua, por las siguientes razones:**

1. *“Toda sociedad se constituye para un determinado fin económico y dependiendo de la magnitud y contenido de éste, se adoptan decisiones complementarias que también son fundamentales e indispensables...”*
2. *El objeto social viene a constituir el marco de referencia para la actuación y gestión de los órganos sociales y de los administradores...*
3. *Una vez delimitado el objeto social elegido e incorporado en el pacto social y en el estatuto será posible entender... los actos que puedan considerarse incluidos en el objeto social, por estar relacionados con este y además porque coadyuvan a la realización de sus fines por existir, un nexo o vinculación que así lo permita.*
4. *No obstante, la permeabilidad y relativa flexibilidad de esta última norma... siempre habrá un marco de referencia que en definitiva resulta fundamental para, de un lado juzgar y evaluar la responsabilidad de los administradores, directores y gerentes, y de otro, para identificar los actos y contratos que exceden el objeto social... así como las responsabilidades que se derivan...”* (Hundskopf Exebio, 2013, p.57)

Como señala HUNDSKOPF, la función principal de la delimitación de actividades que se hace en el objeto social de la empresa, es principalmente la de cautelar el accionar de los representantes, quienes verán en ésta lista las acciones que se les permite incurrir como parte de su gestión empresarial, para así proteger el interés de los socios quienes están destinando su capital dentro de la empresa para llevar a cabo dichas actividades y no otras, con las que pueden no sentirse de acuerdo por razones de perspectiva financiera, económica, o incluso por motivaciones personales o espirituales. Así mismo, esto cautela también los intereses de quienes entablan contratos con las empresas pues saben que la normatividad reconoce sus actividades como lícitas y que así mismo, no habrá la posibilidad que intempestivamente se cambie el rubro empresarial y se quite validez a los actos celebrados con anterioridad. En concordancia, el TRIBUNAL REGISTRAL ha planteado que *“...el objeto social debe ser fijado de forma clara mediante la utilización de expresiones adecuadas que delimiten sus contornos y que sean susceptibles de entendimiento general, sin que ello impida que puedan ser omnicomprensivas, es decir, incluir varias actividades. Asimismo, el objeto social puede reflejarse con mayor o menor amplitud con inclusión o no de posibles actividades subordinadas, pero siempre en forma*

que precise y determine la naturaleza de los actos” (Tribunal Registral, Resolución 1066-2015-SUNARP-TR-L”.

De acuerdo a BROSETA PONT, “[El objeto social] *constituye una garantía fundamental para la propia sociedad, para los socios e incluso para los terceros que con ella se relacionan. Para la sociedad, porque el objeto delimita la esfera de su propia actividad en la que debe invertir su patrimonio... para los socios el objeto social es un elemento esencial pletórico de garantías, porque, en primer lugar, es elemento objetivo que siendo destino y concreción de su voluntad, centro de imputación de su consentimiento delimita la vinculación inherente a sus declaraciones de voluntad en el momento constitutivo y, fundamentalmente, porque al delimitar las facultades y la competencia de los órganos sociales, les garantiza que el patrimonio social no será invertido o desviado hacia los actos o negocios ‘extravagantes’ al objeto social. Finalmente, el objeto social es relevante para los terceros, porque el objeto social inscrito les procura un criterio para delimitar las facultades de los órganos que representan a la sociedad y, por ende, les manifiesta los actos o negocios que sin extralimitar sus facultades puede, sin riesgos de ineficacia, estipular con los administradores” (Broseta Pont, citado por Lind Petrovic, 2003, pp.170-171).*

En ésta línea, queda claro que el objeto social como definición de las actividades principales de la empresa no es un mecanismo para limitar la forma en que un negocio puede desempeñarse -GUTIERREZ CAMACHO define el concepto sucintamente resumiendo que “...*el objeto social sirve para determinar la esfera de facultades de los órganos sociales” (Gutierrez Camacho, 2003, p.53)- pudiéndose incluir dentro de éste objeto actividades de diversa índole que no necesariamente sean parte de lo que el imaginario popular entendería como ‘conexas’.* Por ejemplo, el alquiler de mobiliario y la venta de comida. La aceptación o rechazo de ésta por parte de la sociedad dependerá finalmente del proceso de mercado, donde los consumidores demuestren con sus actos si les parece una combinación válida o si, por el contrario, ésta resultará en una experiencia comercial fallida.

Reforzamos esta noción con lo expuesto por BARREIRO, quien indica que “*no debe confundirse la exigencia legal con la descripción minuciosa de la totalidad de los actos que se proyecta a cumplir [por ser] una tarea inútil e irrealizable. Basta la enumeración de categoría de actos. Asimismo, debe entenderse habilitado el órgano de representación para la realización de todos los negocios jurídicos que, sean actos finales o instrumentales, tiendan a facilitar o preparar el cumplimiento del objeto, con la limitación, ciertamente razonable, de su encuadre dentro de aquel*” (Barreiro, citado por Lind Petrovic, 2003, p.173). **Es decir, que no se busca la definición del objeto social como un limitante de la acción empresarial sino del accionar de los representantes en su gestión.**

Una fuente importante para contribuir a la definición de las Actividades Empresariales es el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, la cual define los siguientes conceptos:

“Fondo Empresarial. - *fondo empresarial es el conjunto de bienes y derechos organizados por una ó más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, el cual una vez registrado limita la responsabilidad del empresario.*

Una misma persona puede ser titular de varios fondos empresariales y a su vez un solo fondo empresarial puede tener como titulares a varias personas.

Actividad Empresarial. - *actividad empresarial es el conjunto de operaciones que lleva a cabo un empresario, directamente o a través de sus representantes, para explotar un fondo empresarial”* (Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado).

Sin embargo, los conceptos planteados por el citado Anteproyecto no se manifiestan directa ni indirectamente sobre el carácter de principal o secundaria de una actividad empresarial. Probablemente podamos explicar esto en la medida en que el concepto de empresa moderno ya reconoce la función empresarial como aquella función de descubrimiento de distintas formas de organización productiva para la generación de bienes o servicios que satisfagan las demandas de los consumidores diversos en la sociedad y por tanto, ya se parte por asumir como irrelevante la definición de que

actividades serán principales o secundarias pues esto deberá ser determinado en última instancia por los propios gestores de la empresa quienes, de manera propositiva, experimentarán modelos varios y ajustarán los mismos, combinando actividades distintas y dándoles a éstas caracteres de principal o secundario de acuerdo al razonamiento subjetivo de cada uno de ellos.

c) Actividades Secundarias o Complementarias

Este es uno de los conceptos más importantes a definirse dentro del marco de éste estudio, pues a través de nuestra investigación buscamos delimitar un concepto aplicable a nivel doctrinario y que tenga ramificaciones para con el ordenamiento jurídico positivo. En éste sentido, para su definición partiremos por establecer la escasa noción que ya existe en nuestro ordenamiento para así poder elaborar sobre ésta los corolarios correspondientes o añadidos que permitan delimitar su funcionamiento. De ésta manera, esperamos obtener un concepto operativo para el presente estudio.

En ésta línea, la Ley General de Sociedades, en su artículo 11, respecto del Objeto Social, nos indica que son válidas las *'acciones que coadyuven a la realización de sus fines'*. Es decir, que la Ley ya está estableciendo un margen de acción para que se desarrollen actividades que no están expresamente determinadas en el estatuto. Más aún, la ley establece este margen no con la finalidad de normar el modelo de negocio de la empresa y limitarlo a un esquema particular sino para que exista claridad en el actuar de la empresa a fin de cautelar los intereses de los socios, tal como mencionamos en el apartado anterior. Así mismo, hemos comentado en dicho apartado también que la concepción moderna de la empresa entiende la flexibilidad necesaria para la actuación de la misma y en ello, distintas acciones pueden converger en la formación de esquemas productivos tradicionales o innovadores, donde, de las diversas actividades realizadas por la empresa, algunas puedan cobrar mayor importancia (es decir, carácter de principal) en algún momento determinado y otras obtener dicha importancia en momentos distintos, de acuerdo a las demandas del mercado y condiciones ambientales en las que se desarrolla la empresa, ambas de carácter eminentemente cambiante.

También debemos anotar lo dicho por BERNALES BALLESTEROS, quien señala sobre el pluralismo económico que nuestra Constitución consagra, que “...es la posibilidad de que en el mismo sistema económico coexistan diversas formas empresariales: privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales, públicas, mixtas, de capital nacional, de capital extranjero, etc. La existencia de cada una de ellas debe ser regulada y protegida por el Estado, que no puede prohibirlas ni estorbarlas. En materia de organización económica de las personas, el Estado no puede tener preferencias y debe ser neutral” (Bernales Ballesteros, 1999, p.357). Es decir, que ya desde un nivel constitucional se reconoce la importancia de permitir un rango de flexibilidad a la empresa por las funciones que cumplirá. Como afirma GUTIÉRREZ CAMACHO, “... la empresa al propio tiempo es un elemento organizador de la economía: ordena la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Todos los elementos económicos se vinculan ordenada y eficientemente a través de la empresa” (Gutierrez Camacho, 2003, p.41).

Por tanto, podríamos determinar el concepto de Actividades Secundarias o Complementarias en los siguientes términos:

Se considerará Actividad Secundaria a toda aquella acción realizada por la empresa que no sea de carácter incompatible con las Actividades Primarias establecidas en el objeto social.

Debemos anotar con humildad que el concepto alcanzado aquí es susceptible de mejoras y variaciones en su formulación, pues se trata de un primer intento de establecer un concepto de éste tipo. Más aún, como se comentó en la introducción, es la actuación de distintas entidades estatales con capacidad jurisdiccional la que motiva la formulación de estos conceptos pues de otra manera, la fluctuación constante propia del mercado hace que la empresa deba tener un carácter flexible y, por tanto, no deba ceñirse a estructuras rígidas al momento de definir sus actividades, o mejor dicho, el carácter principal o secundario de las diversas actividades a las que eventualmente se avoque.

3. Derecho del Consumidor

a) Concepto de Consumidor

El profesor DURAND CARREÓN, abre su Tratado sobre Derecho del Consumidor indicando que *"El ser humano, en su condición de tal, es un ser lleno de necesidades por satisfacer, y el consumo es la forma natural de satisfacer las carencias naturales del hombre. Esta relación biunívoca por la persona entre la necesidad y el consumo es complementaria y constituye una realidad en el mundo jurídico con una serie de repercusiones no solamente de carácter legal, sino también social y económico; y esta relación ha venido cambiando constantemente desde los tiempos de la Revolución Industrial hasta nuestros días y hoy constituye una preocupación que no puede ser negada ni discutida por el derecho, por ello surge hoy en día la necesidad de dotar al consumo de adecuadas disposiciones jurídicas que garanticen a la relación necesidad-consumo, una vigencia social libre de conductas engañosas y desleales..."* (Durand Carrion, 2007, p.35).

En la misma línea, ESPINOZA hace hincapié en una característica esencial para el concepto de consumidor: *"El consumidor, entendido como aquel que no hace comercio ni desenvuelve una profesión funcional al intercambio de bienes, ha dejado de ser el aislado comprador en un mercado local de modestas dimensiones y se ha transformado en un elemento de masa"* (Espinoza Espinoza, 2005, p.783).

El Tribunal Constitucional ya ha resaltado la importancia del consumidor, al firmar que *"[El consumidor] cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando el bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios"* (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC).

Para DURAND, los consumidores *"...son individuos o grupos de individuos que consumen o utilizan bienes económicos, aprovechando así la utilidad de estos..."* (Durand Carrion, 2007, p.59). Así mismo, dicho jurista considera que el consumidor se puede clasificar como:

1. Individual, personas naturales que buscan satisfacer necesidades individuales mediante sus actos de consumo.

2. Colectivo, personas de derecho público o privado que adquieren bienes para satisfacer necesidades colectivas.

b) Derecho del Consumidor

Podríamos decir en términos generales que el punto de partida para la protección del consumidor nace con la inclusión del Artículo 65¹¹ de la Constitución vigente, pues este representa un paradigma nuevo que reconoce la nueva configuración del mercado global y las consecuencias jurídicas que éste conlleva. Para DURAND CARRIÓN, se trata del *"...conjunto de medidas legales adoptadas por un Estado con la finalidad de defender la capacidad adquisitiva de su población, cautelar su salud y seguridad física frente a la administración de determinados productos y servicios, y garantizar la utilidad o capacidad de uso de los bienes que adquiera o de los servicios que contrate para la satisfacción de sus necesidades"* (Durand Carrion, 2007, p.59).

DONAYRE MONTESINOS indica que *"...la protección del consumidor supone un quiebre del rol neutral que en principio le corresponde al Estado cuando se trata del ejercicio de las libertades económicas ..."* (Donayre Montesinos, 2015) Es decir, que estamos ante una óptica respecto del rol del Estado, como ya mencionamos en párrafos anteriores al describir la Economía Social de Mercado y los límites que corresponden ponerse a la actividad empresarial por parte del Estado.

¹¹ Art. 65.- *"El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Así mismo, vela en particular por la salud y la seguridad de la población"* (Constitución Política de 1993)

c) Naturaleza Jurídica

DURAND CARRIÓN hace una clasificación de las principales teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica del Derecho del Consumidor, entre las cuales señala las siguientes:

Derecho del Consumidor como Derecho Constitucional. La tendencia moderna gira en torno al reconocimiento del Derecho del Consumidor como un derecho con raíz constitucional, debido a que actualmente, la protección no parte de una medida legislativa, sino que se incluye en los articulados de las Constituciones de la mayoría de los países.

Derecho del Consumidor como Derecho de la Persona. Explica DURAND: "*El derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal que una vez transgredido debe procederse a su reparación puesto que esa trasgresión equivale a una violación de uno de los derechos de la persona y debe tener jurídicamente un tratamiento similar a la violación de la libertad, la intimidad o cualquier otro ámbito de la personalidad... La materialización de la protección a los consumidores es consecuencia del reconocimiento de la existencia de una gran mayoría de personas que, al realizar las operaciones normales de la vida diaria, no están en condiciones de conseguir por sí solas calidades y precios adecuados, se ven imposibilitados de ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores*" (Durand Carrion, 2007, pp.47-55). Es decir, que el Derecho del Consumidor es equiparable a otros derechos más tradicionales como la salud o la integridad física, pues no podemos ignorar que desde que el consumo es inherente a la existencia, pues ésta se cimienta en el uso de recursos y la sociedad civilizada a su vez, se organiza para la provisión de estos recursos a través de interacciones sociales que hemos llamado contratos, que, en el fondo, son la expresión social del acto de consumo. Continúa explicando DURAND: "*Por otra parte, creemos que la condición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana ... porque el hombre ontológicamente hablando es sujeto de necesidades desde su nacimiento, e inclusive antes*" (Durand Carrion, 2007, p.55).

Aunque en el otro extremo, el jurista argentino Juan FARINA (citado por Durand Carrion, 2007, p.52) considera que el Derecho del Consumidor no es un estatuto pues no pertenece a un grupo humano en específico sino a una categoría propia de todo ser humano. Pero reitera DURAND, que *"...El hombre como sujeto de necesidades se constituye en protagonista del mercado... y en tal sentido tiene todo el derecho de exigir información adecuada, seguridad, trato justo, precios competitivos, calidad, garantía, etc., es decir, una serie de prerrogativas... para permitirle optar por una decisión de compra eficiente en el mercado..."* (Durand Carrion, 2007, p.52)

Derecho del Consumidor como Derecho Multidisciplinario. Se considera multidisciplinario pues se nutrirá de diversas áreas del espectro jurídico, pero también del conocimiento humano en general debido a la variedad misma de las actividades de consumo en que la persona puede incurrir.

Teoría de los Intereses Difusos. Una corriente opuesta a la doctrina que pone al Derecho del Consumidor en la categoría de Derechos subjetivos, es aquella que más bien coloca a dicha rama jurídica en una categoría mixta, con tintes subjetivos y públicos al mismo tiempo. Eso se explica en lo siguiente: *"Definitivamente no podemos equiparar los derechos del consumidor con los derechos personales, pues si bien es cierto recae sobre el individuo su efecto no se limita al mismo, sino que dado el interés que tiene para el status o consumidores, el efecto recae sobre todo el conjunto... Tampoco se puede equiparar a una norma general, pues sólo surte efecto sobre todos los que se encuentran ligados al status"* (Durand Carrion, 2007, p.53). Prosigue el profesor DURAND: *"...las agresiones a los consumidores tienen un carácter impersonal, no son aislables, y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional... Se despliegan sobre la comunidad expuesta del mismo modo..."* (Durand Carrion, 2007, p.53)

Por tanto, en la modernidad, se han denominado éste tipo de intereses como 'difusos o colectivos'. En el caso del Derecho del Consumidor, serían los intereses *"...de todos los potenciales o efectivos adherentes a cláusulas uniformes contenidas en contratos estándar, para solicitar su inhibición o nulidad cuando sean lesivas de sus derechos económicos..."* De ésta manera es como se explica esta noción de dualidad en la

naturaleza jurídica de ésta rama jurídica en tanto las sanciones que se dan en virtud de la legislación del consumidor no son sólo para reparar a la persona que ha sido dañada en una transacción –un acto de consumo- sino al mismo tiempo, establecen un parámetro que deberá observarse en todos los actos de consumo que recaigan dentro de las mismas condiciones.

4. Contratos de Adhesión

a) Concepto

El profesor SOTO COAGUILA comenta que en la Revolución Francesa se desarrolla la noción de igualdad, pero entendida como una igualdad jurídica y no social o económica, de la cual se desprende el paradigma de la libertad de mercado, pues la libertad de las personas implica la libertad de negociar y celebrar contratos. La libertad en la celebración es lo que fundamenta la justicia del contrato. Sin embargo, en los contratos de adhesión -donde no existe una negociación mutua- no estaríamos ante un mismo tipo de contrato. En pocas palabras, la modernidad ha llevado al surgimiento de una categoría nueva en materia contractual, la cual correspondería a la contratación por adhesión, la cual no podría tratarse bajo los mismos criterios que hemos venido usando para regular los contratos tradicionales.

Como dice SOTO, *"En consecuencia, los contratos celebrados entre sujetos con igual poder de negociación deben atenerse a la autonomía privada de los contratantes, al pacta sunt servanda, correspondiendo al Estado garantizar plenamente la libertad de contratación. Empero, en los contratos que no exista una igualdad en la negociación y celebración, producto de la asimetría de información, es necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual, sin que ello signifique una revisión autoritaria del contenido de todos los contratos, sino únicamente en los casos en que se perjudique al contratante que no pudo ejercer totalmente su autonomía privada al momento de celebrarlos"* (SOTO COAGUILA, 2003, p.565).

Una característica esencial en esta modalidad contractual es la estandarización en pro de la eficiencia: *"El universo de contratos masivos o estandarizados es muy extenso,*

pero lo más característico es que su celebración, muchas veces, se realiza en forma inconsciente por las partes contratantes, ya que al consumidor o usuario lo que le interesa es adquirir el bien o utilizar el servicio a un menor precio y en forma rápida; y al proveedor, comercializar el mayor número de bienes o servicios" (Soto Coaguila, 2003, p.572). SOTO COAGUILA cita lo dicho por ORTEGA Y GASSET, quien hablaba del 'hombre-masa', aquel que sólo busca la satisfacción de sus necesidades al menor costo posible. En esa línea, "...la contratación masiva no es un contrato típico o atípico, es un fenómeno jurídico que se ha constituido en un nuevo sistema de contratación privada y que ha surgido ante la necesidad urgente de viabilizar y agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios a un menor costo, para lo cual, la etapa de la negociación o tratativas previas del iter contractual ha sido reducida o en muchos casos eliminada" (Ortega y Gasset, citado por Soto Coaguila, 2003, p.573). Explica SOTO, "...lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos de tal forma que sin suprimir el consentimiento (elemento esencial para la existencia y validez de un contrato), pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual. Para ello, es necesaria la estandarización del esquema contractual a efecto de reducir o eliminar la negociación de cada una de las condiciones del contrato" (Soto Coaguila, 2003, p.573). Finalmente, queda aclarar un aspecto sobre la masificación contractual: "...Tampoco son contratos con las masas humanas, sino contratos de un mismo tipo contractual celebrados en serie con cada una de las personas que desean adquirir un bien o servicio". Es decir, que, en la materialización del contrato, se establecerán las partes específicas que se someterán al mismo.

A propósito de lo anterior, otra característica notable en la contratación masiva es que, debido al volumen de contratación, los sujetos celebrantes suelen ser anónimos pues la urgencia de la adquisición hace a las partes escatimar en la identificación mutua.

b) Cláusulas Generales de Contratación

DE LA PUENTE Y LAVALLE fue uno de los primeros en estudiar la figura de las cláusulas generales de contratación en el Perú, bajo el término '*estipulaciones generales de contratación*', las que define como: "*...Las condiciones, cláusulas o estipulaciones ... formuladas preventivamente en forma unilateral por la empresa o conjunto de empresas, en forma general y abstracta, que son publicadas o hechas a conocer con miras a que, con base a ellas, se celebren una serie indefinida de contratos individuales, las cuales sólo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos*" (De la Puente y Lavalle, citado por Soto Coaguila, 2003, p.575).

Posteriormente, el Código Civil reconocería éste concepto en el art. 1392:

"Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas, previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos".

SOTO nos brinda entonces un concepto conciso: "*En buena cuenta, las cláusulas generales de contratación son un conjunto inmutable de cláusulas o condiciones redactadas en forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica, con la finalidad de fijar las condiciones de una serie indefinida de futuros contratos particulares, cada uno de los cuales tendrá sus propios elementos ... Pero ... sólo tendrán eficacia una vez celebrado un contrato en particular*" (Soto Coaguila, 2003, p.577).

c) Naturaleza Jurídica

Así mismo, entrando a definir la finalidad de dichas cláusulas, ARIAS-SCHREIBER, miembro de la Comisión redactora del anteproyecto del Código Civil actual, afirma que "*...preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y débil de la relación contractual. Había, en suma, que defender al consumidor*" (Arias-Schreiber Pezet, citado por Soto Coaguila, 2003, p.580). Si bien no existe un claro consenso sobre la finalidad de dichas cláusulas, podríamos resumir las posturas dentro de la doctrina peruana de la siguiente manera (Soto Coaguila, 2003, pp.583-584):

Postura del Código Civil y ARIAS-SCHREIBER, que resaltan la necesidad de regular dichas cláusulas en defensa del consumidor y búsqueda de reducción de la brecha entre el empresario (parte fuerte) y consumidor (parte débil).

Postura de DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien considera como finalidad de éstas cláusulas el tráfico masivo de bienes y servicios, dejando la protección del consumidor como una finalidad accesoria. Dicha postura advierte la distinción entre las Cláusulas y el Contrato celebrado, siendo las primeras declaraciones unilaterales de voluntad del predisponente, lo cual las haría carecer de naturaleza contractual en sí mismas. Sin embargo, dicha naturaleza se adquirirá al momento de celebrar el contrato con el adherente.

Tesis Normativista o Anticontractualista. Propuesta por GROSSMAN-DOERTH, KOHLER y HILDEBRANT, las Cláusulas Generales son parte del ordenamiento legal y como tal, normas vinculantes, por lo que son de obligatorio cumplimiento tanto para quien predispone como para quien se vincula. Es decir, se les considera normas positivas y no de naturaleza contractual.

Tesis Contractualista. Para esta postura, las Cláusulas Generales son simplemente un elemento dentro del contrato, que como los demás, son una expresión de

la autonomía privada de las partes intervinientes y como tal, sólo obtendrán obligatoriedad de cumplimiento cuando se materialice dicho consenso de voluntades en la forma de un contrato particular.

Otras posturas. Por un lado, tenemos al maestro REZZONICO (citado por Soto Coaguila, 2003, p.585), quien considera que la esencia de las cláusulas no está en el contrato sino en una realidad independiente, es decir, tienen un carácter autónomo. Con ello se refiere a que no existen categorías en el Derecho tradicional en las cuales subsumir éste concepto. En una línea similar, se encuentra la postura del jurista peruano BULLARD GONZALES y la Escuela del Análisis Económico del Derecho. BULLARD (citado por Soto Coaguila, 2003, p.586) cuestiona la búsqueda de la naturaleza jurídica, pues intentar someter todo nuevo fenómeno de la realidad jurídica a las teorías ya existentes es un desconocimiento de las limitaciones de éstas últimas. Es decir, que se configura un despropósito en la labor jurídica cuando pretendemos subsumir estos nuevos fenómenos en conceptos diseñados para una realidad anterior, ya largo distinta. Así mismo, ésta postura sienta que la prioridad no debe colocarse e la regulación del proponente (“la gran empresa”, es decir, el actor en posición de ventaja) sino en la disminución de la asimetría de información entre las partes, pues este es el verdadero obstáculo en la contratación que el Estado debe ayudar a superar.

Tratamiento legal. Para terminar, la legislación peruana considera que los contratos celebrados sobre la base de Cláusulas Generales de Contratación son también contratos –aún así revistan una modalidad y características de especial atención- y en consecuencia, corresponde que sean regidos por las normas que ya se tienen en nuestra Teoría general del Contrato. Adicionalmente, no debemos olvidar que la legislación también prevé algunas condiciones para el uso de éste tipo de cláusulas, con lo que queda cubierto el tratamiento jurídico a esta figura.

Características

SOTO COAGUILA detalla las siguientes:

- **Predisposición o preformulación**, pues se tratan de cláusulas que se conciben y redactan en forma previa y unilateral
- **Generalidad**, en tanto las cláusulas se formulan sin considerar a un contratante específico sino un usuario estándar y genérico
- **Uniformidad**, son comunes a una serie indefinida de contratos particulares
- **Abstracción**, se conciben independientemente de una relación jurídica concreta
- **Inmutabilidad**, aunque el Código Civil no lo determine así, si se tratase de contratos que serán modificados en términos, estaríamos ante un 'contrato paritario' y no uno de adhesión.

5. Cláusulas Abusivas

a) Contratos de Consumo

Como comentaba SOTO COAGUILA párrafos arriba, estamos en una época caracterizada por tener entre sus principales o más difundidas formas de contratación, a una modalidad en la que no suele haber equilibrio de posiciones entre las partes. En la línea con ello, RODRÍGUEZ CHAVEZ afirma que *"El contrato de consumo se caracteriza por la intervención de dos sujetos o polos contractuales, uno que es especialista y profesional en el mercado y a quien se denomina proveedor y otro, que no tiene tal experiencia ... y a quien se denomina consumidor"* (Rodríguez Chávez, 2013, p.246).

El mencionado arriba es un elemento esencial en la contratación masiva, pues el proveedor tiene y desarrolla –como consecuencia propia de su actividad- información especializada sobre los productos o servicios que comercia, mientras que, en la otra mano, el consumidor no suele ser especialista en el bien consumido, y como regla general, podríamos afirmar que, incluso siendo un consumidor conocedor, el proveedor siempre tenderá a tener una información de mejor calidad. Por tanto, tendríamos que primer

elemento del Contrato de Consumo es la "Asimetría informativa", es decir, el manejo de una información desigual.

Más aún, el citado autor considera que *"En la génesis del contrato de consumo que se da bajo aquellas formas de contratación masiva, se halla implícito como fuente de autoría del mismo el poder de una de las partes, el proveedor... así, una de las principales características del contrato de consumo como contrato masivo es la 'limitación o falta de negociación' en la formulación del contrato"* (Rodríguez Chávez, 2013, p.246). Por tanto, se advierte que la potestad para diseñar el contenido contractual refuerza la posición de ventaja que tiene el proveedor en ésta relación. En contraste, si bien la desventaja es un problema, también debemos considerar que no resulta injustificada pues el beneficio social de ésta relación desigual es la consecuencia natural de lo que el mismo Adam SMITH llamaría División del Trabajo, lo cual hoy en día es para todo economista y entendido en la materia, la fuente de la *riqueza de las naciones*. Así mismo, RODRÍGUEZ CHAVEZ indica que *"La contratación masiva es un mecanismo contractual de intercambio masivo que hace posible la concatenación de dos factores concurrentes, la producción masiva de bienes y servicios y el consumo masivo, dotándoles de vinculación jurídica. Constituye una forma de contratación a través de esquemas redactados previamente a su celebración por una de las partes. Este medio de contratación limita y en ciertos casos no admite ningún margen de negociación del contenido del contrato para una de las partes, el adherente o consumidor, pues lo que prima es la predisposición del esquema contractual; sin embargo, a cambio, otorga rapidez en la contratación y mayor eficiencia al reducir los costos de transacción en el mercado"* (Rodríguez Chávez, 2013, p.248).

Entonces, esto trae para el ordenamiento jurídico implicancias que no pueden dejar de tratarse. ALPA nos indica que *"...la diferenciación de los contratos de los consumidores implica... la adopción de una perspectiva más articulada respecto a aquella hasta hoy asumida por la doctrina sobre la materia: no se puede enunciar una teoría unitaria y monopólica de "contrato en general", siendo necesario -cuanto menos con respecto a la formación, al clausulado, a la interpretación a la ejecución del contrato, distinguir la hipótesis del contrato con base individual y de los contratos entre*

empresarios, o entre los profesionales, para los cuales vale el derecho común, y la hipótesis de los contratos de los consumidores, para los cuales vale, en cambio el régimen especial" (Alpa, citado por Rodríguez Chávez, 2013, p.248).

b) Tratamiento Jurídico de las Cláusulas Abusivas

Como hemos mencionado, estamos ante un esquema contractual donde la asimetría es un denominador común, por tanto, es necesaria una tutela del consumidor, es decir, la intervención del Estado en un rol que restaure y preserve el equilibrio entre las partes. REZZONICO señala alguna de las formas en que el equilibrio se rompe, perjudicando al consumidor: *"...es a través de las diversas cláusulas específicas como el estipulante lleva a la práctica, fundamentalmente, su situación de ventajoso predominio negocial: excluyendo la responsabilidad, imponiendo un régimen arbitrario para la carga de la prueba, fijando plazos excesivamente cortos para el ejercicio de las eventuales acciones" (Rezzonico, citado por Rodríguez Chávez, 2013, p.250).* En esta línea, RODRÍGUEZ resume la problemática en lo siguiente: *"Así entonces, el contrato de consumo que por lo general se celebra mediante contratos por adhesión o sujeto a cláusulas generales de contratación, en la práctica no hace sino viabilizar la asimetría informativa y el dominio del proveedor... Este es el escenario ideal donde tienen lugar las denominadas cláusulas abusivas. Pues el contrato de consumo, dada la superioridad del proveedor, es en realidad el instrumento perfecto donde aquél puede obtener ventajas desmedidas a costa y en perjuicio del consumidor..." (Rodríguez Chávez, 2013, p.249).*

Entonces, tenemos que la doctrina señala que una Cláusula Abusiva será aquella que *"le permite autoconcederse [a la empresa] mayores derechos o facultades, o, reducir, limitar o exonerar, total o parcialmente, sus obligaciones o cargas contractuales. En tanto que del otro lado... se concreta... desventaja injustificada para el consumidor expresada mediante el incremento excesivo de sus obligaciones y cargas, o, la limitación o supresión de sus derechos o facultades contractuales" (Rodríguez Chávez, 2013, p.251).* Así mismo, nuestro ordenamiento jurídico no ha dejado el tema a una libre determinación subjetiva, sino que ha establecido taxativamente los criterios que deberán

de observarse para determinar si se ha configurado una Cláusula Abusiva. Dichos criterios pueden encontrarse el artículo 49 del Código del Consumidor y son los siguientes:

- Desequilibrio injustificado en derechos/obligaciones
- Contravención al principio de buena fe contractual/principio de equidad
- Contravención al OP/BC

c) Tutela del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas

La razón de los mecanismos de tutela ha sido la necesidad de evitar el uso de contratos de adhesión para estipular cláusulas que conlleven un perjuicio para los consumidores. Dichos mecanismos se definen en los siguientes términos: *"Los sistemas de control son aquellos mecanismos con relevancia jurídica que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas o a contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido, con el único fin de mantener en pie, o en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes"* (Rodríguez Chávez, 2013, p.252). Así mismo, sabemos que el control puede ser en 2 momentos: **previo**, a través de la vigilancia y control del futuro contenido de los contratos y uno **posterior**, a través de sanciones que dejen sin vigencia las cláusulas que se consideren ilegítimas.

Otra forma de clasificar los mecanismos de tutela está en base al sujeto o entidad que las realice, en tal sentido, tenemos las siguientes modalidades:

Tutela autónoma o parastatal. Ésta consiste en la defensa individual del consumidor y se realiza mediante la libertad de contratación; es decir, que el consumidor puede hacerse cargo de su propia defensa frente a cláusulas abusivas utilizando lo que se considera como la piedra angular de la economía de libre mercado: su capacidad de negarse a contratar, lo cual en el plano fáctico requerirá ciertamente de un consumidor activo e interesado, que tome agencia y responsabilidad sobre su propio destino.

Adicionalmente, también se pueden aplicar los Art. 107¹² ó 152¹³ del Código de Protección al Consumidor, los cuales estipulan el derecho del consumidor a denunciar la existencia de una cláusula y así mismo, de manera más directa aún, hacer uso del libro de reclamaciones.

Tutela colectiva del consumidor. Realizado por asociaciones de consumidores, lo cual se permite debido a que los derechos de los consumidores se consideran como un interés difuso. De acuerdo a ALPA, *"Su objetivo es volver relevantes todos aquellos intereses individuales que no serían accionados y protegidos por la inercia, por la indiferencia o las limitaciones del individuo"* (Alpa, citado por Rodríguez Chávez, 2013, p.255). Ya en párrafos anteriores hemos desarrollado el concepto de interés difuso. En esencia, éste tipo de tutela tiene un carácter preventivo, pues vigila que los contratos no adolezcan de Cláusulas Abusivas y contribuyan a la elaboración de futuros contratos. Sin embargo, pueden ejercer control posterior, solicitado extinción de contratos celebrados e incluso resarcimientos para el consumidor afectado.

Autocontrol del Proveedor. Esto se da en virtud de la economía de mercado en la que nos desarrollamos, donde la premisa es que la competencia por la preferencia del

¹² **Artículo 107.- Postulación del proceso.** *"Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. En este último caso, la asociación de consumidores actúa como tercero legitimado sin gozar de las facultades para disponer derechos de los consumidores afectados, salvo de sus asociados o de las personas que le hayan otorgado poder para tal efecto. Tanto el consumidor constituido como parte como el tercero legitimado pueden participar en el procedimiento e interponer los recursos contra la resolución que deniegue el inicio del procedimiento y contra cualquier otra resolución impugnabile que les produzca agravio"* (Código del Consumidor)

¹³ **Artículo 152.- Entrega del libro de reclamaciones.** *"Los consumidores pueden exigir la entrega del libro de reclamaciones para formular su queja o reclamo respecto de los productos o servicios ofertados. Los establecimientos comerciales tienen la obligación de remitir al Indecopi la documentación correspondiente al libro de reclamaciones cuando éste le sea requerido. En los procedimientos sancionadores, el proveedor denunciado debe remitir la copia de la queja o reclamo correspondiente junto con sus descargos"* (Código del Consumidor)

consumidor incentivará u obligará a las empresas a adoptar políticas en favor de éstos a fin de sobrevivir en el constantemente cambiante clima del mercado. Si bien la competencia es un pilar esencial sobre el que descansa nuestro modelo económico, este requerirá de presupuestos de institucionalidad y respecto a la propiedad, no sólo para los empresarios sino también para los consumidores. En ello radica que existan los otros medios de tutela señalados.

Tutela Estatal del Consumidor. Esta se manifiesta en distintos niveles de control: Administrativo, Legislativo y Judicial.

Control Administrativo

Se trata de un control previo y preventivo, "*...con el fin de verificar, depurar y aprobar con antelación el contenido de las cláusulas que integrarán los futuros contratos de consumo a celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación*" (Rodríguez Chávez, 2013, p.259). En tal sentido, DE LA PUENTE (citado por (Rodríguez Chávez, 2013, p.259) considera que el Control Administrativo descansa en 2 consideraciones: (1) el predisponente somete las cláusulas a la administración para que ésta acredite su idoneidad y (2) las cláusulas generales de contratación depuradas por la administración podrán regular los contratos particulares celebrados en base a estas.

Características del Control Administrativo:

- **Control previo.** Control *ex-ante* que constituye un filtro.
- **Control preventivo.** Busca filtrar posibles cláusulas abusivas.
- **Control evaluador.** Requiere el análisis detallado de cada cláusula, el cual tiene 3 momentos: (1) test de respeto a los derechos de las partes, buena fe y equilibrio contractual; (2) evaluación de cláusulas que puedan ser reformuladas y (3) expulsión de cláusulas de las cuales se haya verificado un contenido abusivo.
- **Control estatal.** La protección la ejerce la administración pública.

Control Legislativo

RODRÍGUEZ señala que se trata de un *"...mecanismo de protección estatal previo, compuesto por un conjunto de normas jurídicas que regulan los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, estableciendo los procedimientos y condiciones para su validez, así como la determinación de las cláusulas abusivas, los medios de defensa... y la sanción legal que corresponda, de allí su finalidad tuitiva"* (Rodríguez Chávez, 2013, p.268). Indica el citado jurista que *"...el objeto principal es limitar el poder del predisponente relativizando los alcances del principio de la supletoriedad del Derecho Contractual, en virtud del cual es la voluntad de las partes la que debe primar en el contrato, y solo en aquellos espacios no regulados por ésta, intervienen las normas contractuales supliendo los vacíos dejados por los contratantes; claro está, siempre que no existan normas de carácter imperativo que niegan a las partes pactar en contra..."* (Rodríguez Chávez, 2013, p.268). Es decir que dada la posición de desequilibrio y la inactividad o imposibilidad del consumidor, el legislador reduce las normas supletorias, elevando las normas opcionales a la categoría de imperativas. Mediante la legislación, se reduce el espacio de disponibilidad entre las partes del contrato para pactar los términos del mismo, lo cual se sustenta en que usualmente, en los contratos de consumo esa disponibilidad puede resultar en aprovechamiento por parte de quien posee la posición aventajada en desmedro del consumidor.

Características

- **Control Ex-ante**, pues se realiza antes que se configure alguna relación contractual en particular.
- **Regula los aspectos más importantes**, debido a que, al tratarse de leyes de alcance general, no debe caerse en el fenómeno de la hiperregulación; basta con establecer los mecanismos necesarios para la resolución de conflictos.
- **Brinda pautas generales** para el control administrativo y judicial respectivos.

Control Judicial

Se trata de un "...*mecanismo de protección posterior, mediante el cual el juez tiene la potestad de resolver una controversia o incertidumbre jurídica ... a petición de quien se considere agraviado con una o varias cláusulas abusivas, con la finalidad de que sean declaradas nulas o ineficaces, integrando el contenido contractual dañado y restableciendo el equilibrio perdido en la relación contractual; incluso ... el juez podrá declarar la ineficacia o la nulidad del contrato en su conjunto, cuando las cláusulas abusivas lo hayan afectado en su esencia y resulta imposible su recomposición jurídica*" (Rodríguez Chávez, 2013, p.276).

Características

- **Control posterior.** Como sabemos, en principio la actuación judicial se da para resolver casos concretos, configurándose como un control *ex post*.
- **Es un mecanismo generado.** No interviene hasta que el consumidor lo solicite en el caso concreto.
- **Es un mecanismo evaluador.** Analiza las situaciones surgidas y los elementos involucrados para determinar la aplicación correcta de la norma.
- **Es un mecanismo declarativo.** Declarar las Cláusulas Abusivas como nulas o ineficaces.

Criterios de Interpretación

Una vez detectada la Cláusula Abusiva y expulsada del contrato, el vacío debe llenarse para evitar vacíos, ambigüedades o contradicciones en el contenido contractual. Esto implica la tarea de indagar y dar sentido a las intenciones de los contratantes. Para ello, el juez se vale de los siguientes criterios que se han desarrollado en materia de Protección al Consumidor:

- **Interpretación Pro Consumidor o *Favor Debilis*.** Al ser la parte débil, las cláusulas ambiguas se aplicarán en cuanto favorezcan al consumidor.

- **Interpretación *Contra Stipulatorem*.** Se busca penar al estipulante por haber generado la ambigüedad. Esto busca generar en el predisponente la exigencia de expresarse con claridad (*clare loqui*), pues lo contrario se entiende como negligencia, impericia o mala fe; la ambigüedad es un vehículo para generar cláusulas abusivas.
- **Principio de la buena fe.** Los contratantes actuarán dentro de ciertos márgenes de lealtad. Si se determina que el predisponente actuó de mala fe al incluir CA, el juez podrá condenar aquella actitud y restablecer el equilibrio contractual.
- **Cláusula prevalente.** Si hay discrepancia entre la condición general y la cláusula particular, se aplicará la particular. Se refiere a cláusulas donde sí hubo negociación entre ambas partes (a pesar de ser un CAD).
- **Cláusula más beneficiosa.** Si divergencia entre una condición general y una cláusula particular, se aplica la más beneficiosa para el adherente (ya sea que amplíe sus derechos o reduzca sus obligaciones, cargas y deberes).
- **Cláusula más importante.** Si hay conflicto entre las cláusulas generales de contratación, se prefiere las más importantes para el núcleo central de las prestaciones contractuales.

CONCLUSIONES

A partir de los análisis desarrollados en éste estudio, podemos desprender las siguientes conclusiones:

En primer lugar, nuestra conclusión esencial es que las actividades primarias y actividades secundarias se encuentran incluidas dentro del rango de protección constitucional a la libertad empresarial o libre iniciativa privada.

Dicha conclusión se disgrega en las siguientes conclusiones:

- **Primero, que la empresa requiere un rango de flexibilidad para su actuación**, de lo contrario, sería un despropósito basar nuestro modelo económico sobre dicha institución;
- **Segundo, que el objeto social delimita cuáles son las actividades primarias** y en esa línea, cuáles se podrían considerar como actividades que coadyuven a dichos fines, **con la finalidad de cautelar los intereses societarios**. En otras palabras, buscando restringir el accionar de los representantes de la empresa, no de la empresa.
- **Tercero, que las actividades primarias o secundarias de la empresa no necesariamente se mantienen constantes en el tiempo** pues la trascendencia será determinada por las condiciones del mercado y la voluntad de la empresa.
- **Cuarto, que la libertad empresarial no distingue entre actividades primarias o secundarias**, pues estas son parte de la manifestación de la subjetividad empresarial.
- **Quinto, que el Estado, a través de sus representantes, no tiene el rol de dictar cómo se deben configurar los modelos de negocio de las empresas**

más allá de establecer límites legales para proteger el orden público y los derechos de terceros.



PROPUESTA Y SUGERENCIAS

La principal propuesta que podemos desprender del presente estudio estaría en la forma de una contribución al Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado. Dicha Ley es el producto de un amplio trabajo de juristas especializados en el tema comercial y empresarial que, viendo las deficiencias que nuestro actual ordenamiento jurídico respecto del fenómeno empresarial, especialmente en materia del entendimiento de lo que constituye una empresa –que requiere una perspectiva flexible por la complejidad del fenómeno que se pretende abordar- y las correspondientes consecuencias jurídicas que ello conlleva, a fin de asegurar una mejor regulación del tema en favor tanto de los empresarios como de los consumidores.

Cabe resaltar que actualmente no existe una fecha concreta planteada para el debate de ésta Ley en el foro congresal, sin embargo, consideramos importante aunar nuestros esfuerzos académicos al modelamiento y perfección de dicho proyecto jurídico. En éste sentido, la propuesta presentada a continuación consiste en un aporte que no se incluiría en un artículo específico sino más bien, en la sección precedente al articulado en la cual se desarrollan las diversas definiciones necesarias para entender esta pieza normativa. El mismo estaría redactado en los siguientes términos:

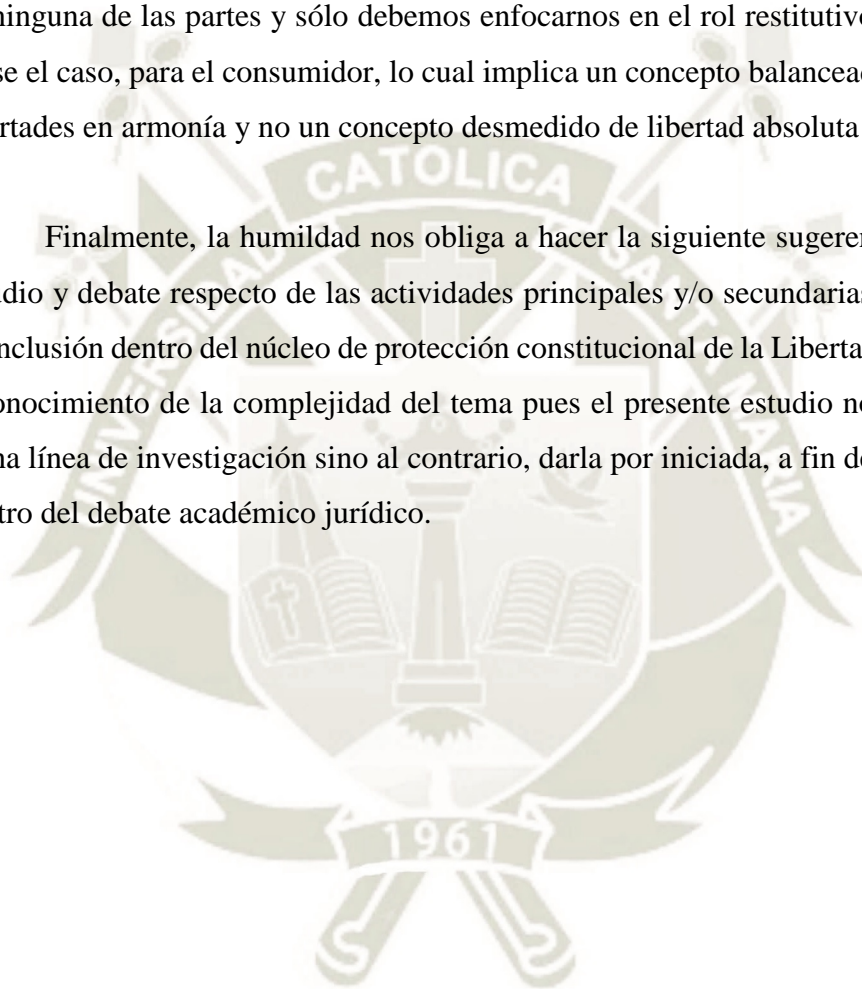
“Actividades Empresariales Primarias y Secundarias o Complementarias

Las empresas pueden desarrollar las actividades que consideren necesarias para explotar su fondo empresarial dentro del margen de la ley, sin la necesidad de ceñirse a modelos de organización o gestión empresarial pre-existentes”.

Una sugerencia accesoria está en materia de Derecho del Consumidor, la cual hemos visto también como parte de la presente investigación. Las resoluciones emitidas por INDECOPI que inspiraron el caso, así como la resolución en la cual la instancia posterior resuelve ratificar éstas, parten por un mal entendimiento fundamental del artículo 1 inciso f (libertad del consumidor para elegir entre productos y servicios idóneos), tal como hemos desarrollado en la Discusión de Resultados de éste estudio, en lo correspondiente al test de proporcionalidad entre la Libertad Empresarial y el Derecho

al Consumidor. Empero, no consideramos que dicho mal entendimiento se resuelva con un artículo específico pues la redacción del artículo actualmente es suficientemente clara. El error está en la interpretación del concepto de libertad, que lamentablemente ha sido sesgada en los casos vistos y corresponderá a los juristas y profesionales del Derecho fomentar el correcto entendimiento de dicho concepto. En ello, será útil despojarnos del sesgo anti-empresa y pro-consumidor, pues no debemos ser ni anónimos ni promotores de ninguna de las partes y sólo debemos enfocarnos en el rol reconstitutivo de equilibrio, si fuese el caso, para el consumidor, lo cual implica un concepto balanceado de ejercicio de libertades en armonía y no un concepto desmedido de libertad absoluta en favor de éste.

Finalmente, la humildad nos obliga a hacer la siguiente sugerencia: continuar el estudio y debate respecto de las actividades principales y/o secundarias de la empresa y su inclusión dentro del núcleo de protección constitucional de la Libertad Empresarial, en reconocimiento de la complejidad del tema pues el presente estudio no pretende agotar dicha línea de investigación sino al contrario, darla por iniciada, a fin de plantear el tema dentro del debate académico jurídico.



BIBLIOGRAFÍA

1. VIGIL OLIVEROS, Enrique (2016) "*Evolución jurídica de la empresa*". Publicado en LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE, núm 12. Perú: UNIFE.
2. HUERTA ZAPATA, Alberto Michael (2006) "*La inclusión del concepto de empresa en la legislación peruana*". Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Perú: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Mayor de San Marcos.
3. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2007) "*Comentarios a la Ley General de Sociedad*". Perú: Gaceta Jurídica S.A.
4. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999) "*La Constitución de 1993. Análisis comentado*". Perú: Editora RAOS S.R.L.
5. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1988) "*Diccionario Jurídico Elemental*". Argentina: Editorial Heliasta SRL.
6. CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2019) "*Elementos de Derecho Comercial*". Peru: Carbonell O'Brien Abogados.
7. CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2018) "*Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*". Perú: Carbonell O'Brien Abogados.
8. CASTRO REYES, Jorge (2006) "*Aplicación Práctica de la Ley General de Sociedades*". Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
9. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. "*Ley Marco del Empresariado. Exposición de Motivos*". Extraído el 27/08, 11:00 horas de http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/codigo31.htm
10. DONAYRE MONTESINOS, (2015) "*La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional. Fundamentos, garantías y mecanismos de protección*". Publicado en PRAECEPTUM, EXPERIENCIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS, Año 2, núm.3. Perú: INDECOPI.

11. ECHAÍZ MORENO, Daniel (2010) *“Instituciones de Derecho Empresarial”*. Perú: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación - APECC.

12. HAYEK, Friedrich (1945) *"The Use of Knowledge in Society"*. Publicado en American Economic Review, 35. EEUU: American Economic Association – AEA.

13. HUERTA DE SOTO, Jesús (2004) *"La teoría de la Eficiencia Dinámica"*. Publicado en Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política, vol. I, n.1. España: Universidad Juan Carlos Rey.

14. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2016) *“Derecho Comercial: Temas Societarios. Tomo XV”*. Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

15. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo (2013) *“La Sociedad Anónima”*. Perú: Gaceta Jurídica S.A.

16. KIRZNER, Israel (1986) *"El Empresario"*, publicado en "Lecturas de Economía Política. Volumen I". España: Unión Editorial.

17. KIRZNER, Israel (1997) *"Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach"*. Publicado en Journal of Economic Literature, Vol. 35, No.1. EEUU: Mises Institute.

18. MISES, Ludwig Von (2011) *"La acción Humana. Tratado de Economía"*. 10ma edición. España: Unión Editorial.

19. RODRÍGUEZ CHAVEZ, Reyler Yulfo (2013) *"Tutela del Consumidor contra Cláusulas Abusivas"*. En: Revista Oficial del Poder Judicial, Año 6 -7. Perú: Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial

20. RUBIO CORREA, Marcial (1999) *"Estudio de la Constitución Política de 1993"* Tomo III, 1era ed. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

21. SOTO COAGUILA, Carlos A. (2003) "*Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*". Publicado en Revista Universitas, núm. 106. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
22. VARIOS AUTORES (2003) "*Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Derecho Societario*". Perú: Gaceta Jurídica S.A.
23. VARIOS AUTORES (2006) "*Protección al Consumidor. Compendio de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*". Perú: Editora Normas Legales S.A.C.
24. VARIOS AUTORES (2005) "*La Constitución Comentada. Tomo I*", 1era Edición. Perú: Gaceta Jurídica S.A.
25. VARIOS AUTORES (2013). "*La Constitución Comentada. Tomo II*". 2da Edición. Perú: Gaceta Jurídica S.A.
26. AMADO MENDOZA, Ana María; CÁCERES ARCE, Jorge; PACHECO DE RIVERO, Cladua (2011) "*Guía Académica para la investigación jurídica*". Fondo Editorial Universidad Católica de Santa María. Arequipa, Perú.
27. MOISSET DE ESPANÉS (2008) "*La investigación en las Ciencias Jurídicas*". Editorial Ducal, Bogotá, Colombia.
28. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo (1999) "*Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*", 3ra edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia.
29. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2007) "*Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento (y como sustentar expedientes)*". 4ta edición. Gaceta Jurídica S.A., Lima, Perú.
30. INDECOPI, Sala de Protección al Consumidor. Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI
31. INDECOPI, Sala de Protección al Consumidor. Resolución 0243-2018/SPC-INDECOPI
32. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. No 008-2003-AI/TC

33. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. No 011-2013-PI/TC
34. TRIBUNAL REGISTRAL. RES. 021-2002-ORLC/TR
35. MONTOYA, Karina (2018) "*INDECOPI: Otras empresas "bien podrían" adoptar el mandato a Cineplanet y Cinemark*". Publicado en SEMANA ECONÓMICA. Extraído el 10/07/2018, 12:00 hrs de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/269054-indecopi-otras-empresas-bien-podrian-adoptar-el-mandato-a-cineplanet-y-cinemark/>
36. VILLAR, Paola (2018), "*Cineplanet y Cinemark: Las dudas tras los fallos de Indecopi*". Extraído el 10/07 de <https://elcomercio.pe/economia/peru/cines-pierden-cineplanet-cinemark-fallos-indecopi-noticia-500404>

