

El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes



RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen y metas de APEC. 3. Conceptos previos. 4. ¿Existen las libertades económicas en el Perú? 5. ¿Quién protege y asegura las libertades económicas? 6. ¿Cuál es la extensión de dicha protección? 7. Casos en relación a la protección de la inversión extranjera o la importación de bienes. V. A) British American Tobacco vs. Sunat (expediente 01311-2000-AA). V. B) C & S Nipón Auto Parts vs. El poder judicial y más de 5000 mil ciudadanos vs. El poder ejecutivo (expedientes 01576-2007-AA y 00017-2004-AI). V. C) Caso World Cars Import vs Ministerio de economía y finanzas (expediente 03610-2008-PA) V. D) Más de cinco mil ciudadanos vs. El Congreso (expediente 0013-2007-AI). V. E) San Fernando S.A. vs. la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete (expediente 05970-2006-AA). 8. Comentario final.

Resumen: *Desde hace más de diez años en el Perú se ha optado por una economía social de mercado, que ciertamente toma muchos de los postulados del liberalismo económico, pero sin olvidar ni omitir los deberes fundamentales que le corresponde al Estado y que están recogidos básicamente en el artículo 44 de la Constitución. Ello permite, al mismo tiempo, garantizar un trato igualitario a las inversiones nacionales y extranjeras, públicas o privadas; lo cual también genera confianza y mayores niveles de desarrollo. Las libertades económicas que la Constitución reconoce hallan una adecuada protección jurídica a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la cual las actividades económicas no aparecen como incompatibles con algunos deberes constitucionales que el Estado debe garantizar a los ciudadanos.*

Abstract: *Peru has chosen a social market economy for more than ten years, which truly takes many postulates of economic liberalism, but without forgetting or omitting the fundamental duties of the State, and which are basically collected in Section 44° of the Constitution. This enables at the same time to ensure an egalitarian treatment to domestic and foreign investments, whether public or private; which also creates confidence and greater levels of development. The economic freedoms recognized by the Constitution find an adequate legal protection through the case law of the Constitutional Court, in which the economic activities do not seem incompatible with some constitutional duties that the State must ensure to the citizens.*

1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión del próximo Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC, he considerado pertinente realizar algunos comentarios respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, obviamente, vinculados a la materia económica.

2. ORIGEN Y METAS DE APEC¹

El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (Asian Pacific Economic Cooperation — APEC) es un foro regional que fue creado el 7 de noviembre de 1989 a iniciativa del Primer Ministro de Australia, Sr. Robert Hawke, en Canberra-Australia. Su principal propósito es estrechar las relaciones comerciales y de inversión externa entre sus países miembros para alcanzar una senda de crecimiento sostenible.

Inicialmente, el Foro de APEC fue un ámbito de diálogo ministerial de carácter informal, al que asistieron 12 países. El Foro de APEC cuenta a la fecha con 21 países que representan alrededor del 40 por ciento de la población, 49 por ciento del comercio y 56 por ciento del PBI, mundial.

El foro de APEC tiene como objetivos principales:

- La liberalización del comercio y la inversión, es decir, la apertura de los mercados y la reducción significativa de los obstáculos que causen restricciones al comercio y la inversión.
- La facilitación de los negocios y el ámbito empresarial, es decir, reducción de los costos de transacciones empresariales; y mejoramiento del acceso a la información comercial optimizando los beneficios de la tecnología de la información.
- La cooperación técnica y económica de la región Asia-Pacífico, es decir, actividades de cooperación para fortalecer las capacidades institucionales e individuales en los diferentes sectores de las 21 economías.

El Foro de APEC declara ser el único grupo intergubernamental en el mundo que opera sobre la base de compromisos voluntarios y de acciones unilaterales y no discriminatorias. Este Foro no exige que sus países miembros firmen un tratado. Las decisiones son adoptadas por consenso y los compromisos de manera voluntaria. La búsqueda de los objetivos antes mencionados, que se desarrollan para todos sus miembros, se aplica para terceros países. Este principio de no discriminación se llama “regionalismo abierto”.

3. CONCEPTOS PREVIOS

Uno de los factores determinantes del crecimiento económico es, a no dudarlo, el concerniente al Estado de Derecho o *rule of law*². Para que esto ocurra, los

1 José Azañero. Jefe del Departamento de Convenios Internacionales de la Gerencia de Estudios Económicos. BCR. MONEDA. Año 2008. N.º 13, pp. 35 y 36.

2 COOTER, Robert y Hans Bernd SCHAEFER. *Law and the Poverty of Nations*. 2008. Disponible en: http://works.bepress.com/robert_cooter/144

agentes privados deben de tener certeza de que sus propiedades³, sus contratos⁴ y sus inversiones⁵, en general, no serán afectados sin justificación. Así, un país que no garantice la estabilidad de los negocios y un trato igualitario a los inversionistas, tendrá una gran traba para el desarrollo.

Lamentablemente, existen muchas maneras mediante las cuales se puede afectar al comercio. Una que típicamente ha preocupado a los emprendedores⁶ y, en general, a la sociedad⁷, es aquella mediante la cual los Estados expiden normas que restringen la actividad mercantil. En respuesta a ello, las libertades⁸ económicas surgen como una manera de limitar el poder del Gobierno de turno para la expedición de dichas normas, las que, como ha quedado dicho, terminan restringiendo, propiamente, las actividades económicas⁹.

-
- 3 Art. 70 de La Constitución Política (en adelante, C.P.): “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.
 - 4 Art. 62 de la C.P. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.
 - 5 Art. 63 de la C.P. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.
En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.
El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.
 - 6 Art. 59 de la C.P. 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.
 - 7 Art. 1 de la C.P. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
 - 8 Art. 58 de la C.P. 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.
 - 9 BEARD, Charles. *An Economic interpretation of the Constitution of The United States*. 1913. Disponible en: <http://ideas.repec.org/b/hay/hetboo/beard1913.html>

Sin embargo, el hecho de que estas *libertades económicas* existan, normativa o formalmente, tampoco es garantía suficiente de su vigencia fáctica o empírica. En efecto, para que ellas tengan un papel en la delimitación de las políticas públicas se requiere un consenso social, que derive en la actuación de una autoridad competente la que, a su vez, tendrá unos determinados parámetros para su desempeño y aplicación.

Nuestra intención en este artículo es resaltar a la autoridad competente y mostrar cuáles han sido los parámetros que ha utilizado, todo esto más allá del mero reconocimiento formal de las libertades económicas. En este análisis, además, nos centraremos en el tratamiento que ha recibido la inversión extranjera.

4. ¿EXISTEN LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL PERÚ?

Si bien en el Perú las políticas económicas han tenido altibajos, hay que reconocer que desde hace más de diez años contamos con una economía social de mercado, que toma muchos de los postulados del liberalismo económico¹⁰, sin olvidar ni omitir, claro está, los deberes asistenciales que le corresponden al Estado. No debemos olvidar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución, y bajo el régimen de una economía social de mercado, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa, principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Así, en una sentencia que ha dotado de contenido a nuestro régimen económico, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha sostenido que:

“El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (F.A. Hayek. *Los fundamentos de la libertad*. Ed. Unión. Madrid 1991, pág. 26).

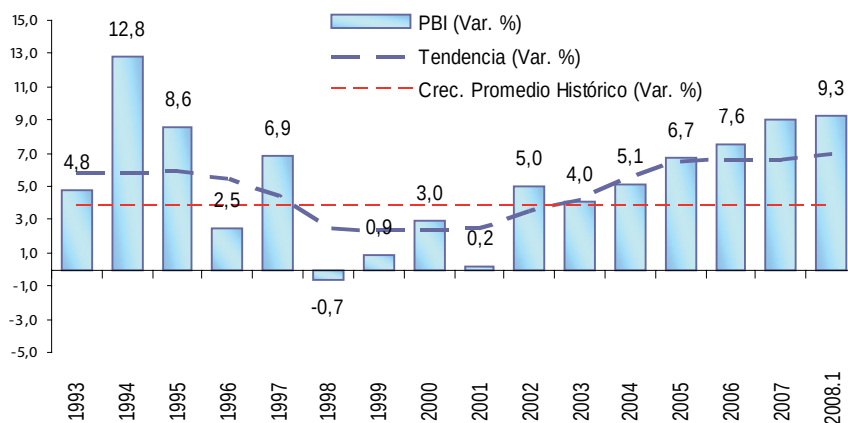
La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un

10 Art. 60 de la C.P. “(...) 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. (...)”.

marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas” (STC 0008-2001-AI, F. J. 11).

El proceso de liberalización de la economía peruana, por otro lado, como ha sido destacado en otros lugares, se ha visto fuertemente influenciado tanto por el Consenso de Washington¹¹, como por nuestros decepcionantes resultados económicos en décadas anteriores, donde se aplicaron políticas tendentes al intervencionismo estatal¹². De este modo, entonces, hemos tenido una combinación de aprendizaje propio, influencia de la globalización y de cambio de nuestra propia ideología que nos ha llevado a este régimen que, conservando aspectos sociales, confía la mayor parte del desarrollo económico al sector privado.

Es así que la economía peruana ha mantenido un crecimiento constante desde el año 2001, lo que se ha visto reflejado en cifras:



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas-MEF, con datos del Instituto Nacional de Estadística-INE que, a su vez, recogen estimaciones del MEF. Disponible en: www.mef.gob.pe/PRENSA/discursos/banca_jun2008.ppt

Esta apuesta por el liberalismo económico, como no podía ser de otro modo, abraza en su seno la protección de las libertades económicas, a fin de evitar que ninguna rama del Gobierno pueda regular injustificadamente dichas actividades, así como que, tampoco, ninguna persona o empresa privada pueda concertar a fin de impedir o falsear la competencia.

11 WILLIAMSON, John. "What should the World Bank think about the Washington consensus?". En: *The World Bank Observer* 2. 2000, pp. 251-264.

12 SHEAHAN, John. *La economía peruana desde 1950: buscando una sociedad mejor*. (Traducción de Pilar Gavilano). Lima: Instituto de Estudios Peruanos-IEP. 2001.

Como ya hemos mencionado, desde el punto de vista normativo o formal, las precitadas libertades económicas han estado reconocidas —desde el nacimiento de la República, por nuestras Cartas Fundamentales¹³ y/o leyes especiales. Sin embargo, el que este reconocimiento haya tenido efectos en la realidad, es algo que —como sabemos— depende de varios factores, como la ideología, la tradición, el contexto y hasta los intereses particulares de los sujetos y objetos de la regulación. En la actualidad, como hemos mencionado, se viven tiempos propicios en el Perú para el ejercicio de estas libertades, *quizá como nunca antes en nuestra historia*. En la práctica, esto se ha reflejado en mayores privatizaciones, menos regulación y, en general, más confianza en el sector privado.

5. ¿QUIÉN PROTEGE Y ASEGURA LAS LIBERTADES ECONÓMICAS?

Si bien, existen diversas instituciones encargadas de garantizar el ejercicio de libertades económicas, donde podemos contar al Congreso, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en nuestro país existen dos instituciones que han tenido un papel preponderante en el cumplimiento de esta labor: el Instituto Nacional de Protección de la Competencia y la Propiedad Intelectual —INDECOPI y el Tribunal Constitucional.

13 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1933. TÍTULO II.— GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.— CAPÍTULO I.— GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SOCIALES.— Artículo 17.— Las Compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los Tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979.— TÍTULO III.— DEL RÉGIMEN ECONÓMICO.— CAPÍTULO IV.— DE LA EMPRESA.— Artículo 136.— Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las condiciones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.— CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.— TÍTULO III.— DEL RÉGIMEN ECONÓMICO.— CAPÍTULO I.— PRINCIPIOS GENERALES.— Artículo 63.— La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley”. COMENTARIO.— Fue gracias a la obra del internacionalista argentino, César Calvo, que se logró atenuar la dureza de las estipulaciones originarias. Se advierte por ejemplo y como no podía ser de otro modo, la excepción en los contratos de naturaleza financiera y la alternativa de pacto, con arreglo a Ley, de otras jurisdicciones en virtud a tratados en vigor, pudiendo ser éstos tanto de la jurisdicción judicial como la arbitral.

A comienzos de la década de los noventa se expidió un paquete legislativo que prácticamente refundó el sistema económico peruano. Como producto de este nuevo paquete legislativo surgió el INDECOPI, como una autoridad especializada en la protección de la libre competencia, interdicción de la competencia desleal, combate a toda práctica que la limite, al abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Más allá del papel, los que dirigieron el INDECOPI estaban vinculados a las teorías liberales en materia económica, destacando entre ellos a los profesionales Beatriz Boza, Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias, los tres, ex alumnos de la Maestría en Derecho de la Universidad de Yale, EE. UU. Su gestión resaltó además por un manejo muy eficiente y la expedición de resoluciones ampliamente fundamentadas, cosa que no se acostumbraba en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Es así que, los empresarios, tenían en el INDECOPI —y en alguna medida lo siguen teniendo, un guardián de lujo para el mantenimiento de la libre competencia.

Sin embargo, la labor del INDECOPI se centraba más en el mercado mismo y menos en la intervención estatal en la economía. Es decir, el INDECOPI no tomaba mayormente en cuenta las normas estatales como restricciones de la libre competencia, con la excepción de las barreras burocráticas fijadas por municipalidades.

Es aquí donde la presencia de un Tribunal Constitucional se hacía necesaria: la manera típica en que las libertades económicas podrían ser afectadas era precisamente mediante la intervención estatal. Esto es así porque el aparato regulatorio es proclive a ser capturado por las propias empresas reguladas, a fin de que se dicten normas que los favorezcan. Estas normas, típicamente, restringirían la competencia, favoreciendo a unos competidores respecto de otros. En más detalle,

“(...) la regulación, entendida como las decisiones colectivas que buscan restringir la competencia, habitualmente está orientada —principalmente— por los intereses de las propias industrias reguladas que, con el apoyo de los políticos, consiguen que se apruebe una regulación que los beneficie, en detrimento de la sociedad o los consumidores; en lugar de estar motivada en supuestas “fallas del mercado”, el “interés público” u otras consideraciones tradicionales. En ese sentido, amplia doctrina, inspirada en la teoría de la public choice y en la economía del bienestar, ha destacado que “(...) la regulación respaldada en el interés público es casi siempre un esfuerzo para crear un cartel o servir a un interés privado a expensas del público”¹⁴.

Sin embargo, el proceso regulatorio se encuentra diversificado entre muchos actores, en parte, gracias a la existencia de un TC, por lo que la adopción de aquellas normas, ahora y desde algún tiempo, ciertamente, se torna muy difícil. Así, Quintana ha resaltado que:

14 AVELLANEDA, Julio y SÚMAR, Óscar. *Paradojas de la regulación: Análisis económico del Derecho publicitario*. Tesis para obtener el título de abogado. Lima: PUCP. 2008.

“(...) la intervención del Tribunal Constitucional somete al regulador a una nueva forma de rendición de cuentas y que cuenta incluso con vías de sanción efectiva de comportamientos considerados inadmisibles por dicha instancia de revisión”¹⁵.

6. ¿CUÁL ES LA EXTENSIÓN DE DICHA PROTECCIÓN?

Si revisamos el total de la jurisprudencia del TC, veremos que éste ha protegido las libertades económicas en procesos contra normas (sea mediante procesos de amparo o procesos de inconstitucionalidad), resoluciones administrativas y hasta contra decisiones judiciales de instancias inferiores. Además, y como debe ser, esta protección se ha extendido no solo a las personas naturales, sino también a las jurídicas (STC 01881-2008-PA).

Al evaluar estas afectaciones, el TC ha utilizado el mismo *test* que cuando evaluaba la posible afectación de libertades políticas. De manera distinta a lo que ocurre en Estado Unidos¹⁶, por ejemplo, no se podría decir que en nuestro país exista un estándar diferenciado en la protección de derechos fundamentales o que unos tengan primacía sobre otros. Sean cual sea el derecho involucrado, el TC no ha hecho otra cosa que aplicar *tests* de proporcionalidad. Estos *tests*, típicamente, evalúan la idoneidad de las normas, su *necesidad* y su *proporcionalidad en sentido estricto*.

Desarrollando estos *subprincipios*, el TC ha señalado, en la STC 0048-2004-AI, que cada uno de estos tiene el siguiente contenido:

Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de interven-

15 QUINTANA, Eduardo. “Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 52. 2006, p. 115.

16 Ver especialmente los artículos contenidos en The CATO Journal 3, “Economic Liberties and the Judiciary”. 1985. Disponibles en: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj4n3/cj4n3.html> Adicionalmente, FRANKEL, Ellen y Paul DICKMAN (editores). *Liberty, Property, and Government: Constitutional Interpretation Before the New Deal*. New York: State University of New York Press. 1989, entre otros trabajos.

ción debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”.

Temáticamente, además, las resoluciones no han dudado en proteger todas las libertades económicas, como la propiedad, la libertad contractual o el derecho de asociación; y otras menos clásicas, como la igualdad de la inversión extranjera. Es en este último ámbito donde centraremos nuestro análisis.

7. CASOS EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA O LA IMPORTACIÓN DE BIENES

V.A) *British American Tobacco vs. SUNAT (expediente 01311-2000-AA).*

En este caso, se ventiló una demanda de amparo interpuesta por la British American Tobacco contra el Decreto Supremo 158-99-EF, que establecía un impuesto sobre el tabaco rubio que se comercializase en más de tres países.

Lo curioso era que, en el mercado peruano, sólo dos entidades vendían ese producto, una era la recurrente y la otra, una empresa (estatal o pública) nacional. La recurrente vendía, además, en más de tres otros países, mientras que la otra empresa, nacional o pública, sólo vendía en el Perú, por lo que el impuesto solo le era aplicable a ella.

Así, la recurrente señalaba que:

“El mencionado Decreto Supremo grava, pues, de manera distinta a dos productos iguales, lo que genera un monopolio ilegal a favor del producto nacional y constituye una barrera de acceso al mercado impidiendo la libre competencia, porque se grava con mayor monto a sus cigarrillos”.

El Tribunal, en concordancia, señaló:

“Que el artículo 65 de la Constitución facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite; que hay competencia imperfecta en el mercado, cuando el principio constitucional es la libertad de competencia y simultáneamente, en la práctica, existe la concentración de grandes empresas que configuran situaciones de monopolio con alto nivel de competitividad entre ellas; que si bien la posición de dominio en el mercado no está prohibida —porque eso supondría impedir el éxito empresarial— ello es así siempre que dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, por lo que no es aceptable que el Decreto Supremo N.º 158-99-EF establezca una clasificación arbitraria, que otorga un trato preferencial a una categoría de cigarrillos, favoreciendo a algunos productores y/o comercializadores, respecto a los demás” (F. J. 4).

En este caso, es de constatar que el TC inaplicó una norma que disponía un trato diferenciado para empresarios industriales del mismo producto, con la intención velada de crear un monopolio a favor de uno de ellos. Si el TC no hubiera intervenido, el efecto de la norma hubiese sido crear un monopolio a favor de una empresa nacional, sacando o haciendo salir del mercado a la empresa extranjera.

V. B) C & S Nipón Auto Parts vs. el Poder Judicial y Más de 5000 mil ciudadanos vs. el Poder Ejecutivo (expedientes 01576-2007-AA y 00017-2004-AI).

En ambos procesos se discute básicamente el mismo tema: si una norma (decreto de urgencia) puede o no prohibir la importación de partes de autos previamente usadas, y automóviles.

El TC, utilizando nuevamente su *test de proporcionalidad*, llega a la conclusión de que el Estado no puede restringir dicha importación, en la medida en que no es una política estrictamente necesaria, al existir otras, menos gravosas.

Así, el TC señala que:

“(...) considera que, sin necesidad de adoptar una decisión como la adoptada en el artículo 1 de la norma impugnada, bien pudo el Estado llegar a los mismos objetivos sobre la base de otro tipo de alternativas, por principio, menos gravosas. Tal aseveración resulta plenamente constatable por diversos motivos, entre los que se puede detallar los siguientes: a) la congestión generada por vehículos de transporte como aquellos cuya restricción de importación se ha dispuesto, es resultado, o de la excesiva libertad de acceso al mercado de transporte, o de la falta de control de las reglas que restringen el acceso de vehículos orientados a la finalidad descrita. Se trata, en otros términos, de verificar que las reglas de libre competencia, entendida como libertad de acceso y de participación en el mercado, no están siendo correctamente observadas, pese a existir elementos que permitirían corregir los eventuales excesos; b) por otra parte, el mismo fenómeno de congestión y de la correlativa contaminación que éste genera es producto del aumento desmedido de vehículos promovido por la existencia de incentivos de mercado que, de alguna forma, exigen un control equilibrado que actualmente no se ha venido dando. No es, pues, que no se pueda participar en la actividad de transporte, sino que la regulación aplicable al ejercicio de la misma no termina siendo la más efectiva en función de la cantidad y calidad de los vehículos utilizados y a la protección del medio ambiente y la salud de los usuarios; c) otro de los aspectos que se intenta mejorar es el concerniente a la informalidad; sin embargo, este último requiere de efectivas tareas de fiscalización y sanción por parte de las autoridades competentes, las mismas que, por lo menos durante la época en que se promovió la norma impugnada, no se vinieron realizando en forma efectiva. Más que atacar el problema del tráfico no permitido sobre la base de restricciones en la adquisición de vehículos, era, pues, pertinente reforzar las tareas de fiscalización sobre quienes por tener un vehículo de transporte pretendían ejercer dicha actividad; d) lo mismo puede decirse de la seguridad de los peatones y demás vehículos que circulan por las vías del país, así como de la calidad del servicio que se ha venido prestando y que requiere inevitablemente del establecimiento de reglamentos y normas técnicas, así como del cumplimiento de requisitos o exigencias mínimas en la capacitación o formación del personal encargado de brindar el servicio de transporte; e) finalmente, la supuesta existencia de precios predatorios (perjudiciales) justifica de alguna forma y acorde con los principios de protección al consumidor y el usuario, un cierto control sobre el mercado. Esta tarea por otra parte, correspondía ser realizada por el Indecopi a través de su Comisión de Libre Competencia, sin embargo, y para la época en que fue emitida la norma cuestionada, dicha alternativa tampoco fue tomada en cuenta” (STC 00017-2004-AI, F. J. 7).

El TC evita así la implementación de una norma que privilegiaría a una parte de los comerciantes nacionales (los que venden repuestos nuevos), perjudicando a los que no; con el efecto indirecto de reducir las ganancias de los proveedores extranjeros de estos productos.

Aunque esta norma podría estar basada en la protección del medio ambiente, nosotros consideramos que la norma no solo no era necesaria, sino que podría tener un efecto contrario al querido. En efecto, hay que tomar en cuenta que, aunque los repuestos usados pueden no tener la mejor calidad, si una persona los adquiere es porque son mejores a los que actualmente posee. Ser “mejor” debería incluir también contaminar menos. De esta manera, la política no era sólo innecesaria, sino de una lógica más aparente que real.

V. C) Caso World Cars Import vs Ministerio de Economía y Finanzas (expediente 03610-2008-PA)

Se trata de una demanda de amparo contra el MEF y el MTC solicitando la reposición de su derecho a importar vehículos automotores para el transporte de carga y de pasajeros con motores diesel, sin límite de antigüedad. A tal efecto solicita que se le declaren inaplicables el artículo 1 del D. Leg. 843, cuatro decretos Supremos y dos decretos de urgencia. Fundamenta su pretensión en que las mencionadas normas resultan discriminatorias respecto de quienes no ostentan los recursos económicos para adquirir vehículos con una antigüedad de dos años para los de carga e inferiores a los ocho años para los de transporte de pasajeros; que las mencionadas disposiciones vulneran su derecho a la libertad de contratación y por tanto, su derecho al trabajo. Agrega que es poco serio atribuirle a los vehículos que pretende importar el origen y la causa de los accidentes de tránsito que ocurren en nuestro país, sosteniendo además que no puede ser considerado el más grave agente de contaminación ambiental, pues ello constituye una mera especulación.

En cuanto al aspecto procesal se deja constancia que el recurrente es solo un nombre comercial con el que actúa una persona natural, comerciante o empresario. No es denominación o razón social de una persona jurídica. El nombre comercial no es persona y por tanto no es sujeto de derecho. En otras palabras, el nombre comercial carece de personalidad jurídica. No obstante lo expuesto, que podría ser razón suficiente para desestimar la demanda, el TC va al fondo del asunto y sobre este tema descubre que en autos corre un contrato privado de importación de vehículos fechado año 2000 no obstante, que el Registro Único de Contribuyente que posteriormente acompaña, recién fue emitido en el año 2007 por lo que, la veracidad o fidedignidad del contrato acompañado, es puesto en seria duda.

La ley y los reglamentos cuestionados no prohíben la importación de vehículos; solamente regulan el tipo, clase y antigüedad de los que son posibles de transar e introducir en el país. El Estado tiene el derecho de regular la materia. De otro lado, corresponde a éste la planificación de una política que concilie, a través de la ponderación, las tensiones propias que se suscitan entre la tutela del medio ambiente y el ejercicio de las libertades económicas, y de otro lado, a los particulares, el solida-

rio deber de conservar el medio ambiente, pues *“conseguir bienestar y un nivel de vida digno, es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de éste”*, pues como se sabe *“en el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni puede reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto”*.

En su sentencia, también el TC se refiere a las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados, sobre la salud, y principalmente, sobre la vida de la población en el Perú. Una entidad especializada informó que se ha determinado con claridad la relación causa-efecto que existe entre la mayor antigüedad y obsolescencia de los vehículos y la mayor incidencia de accidentes, a saber: (i) de los vehículos de transporte público de pasajeros involucrados en accidentes de tránsito, el 79% registran una antigüedad mayor a 10 años; (ii) tratándose de vehículos privados, el 62% registra una antigüedad mayor a 10 años; (iii) tratándose de vehículo de transporte de carga, el 79% registra una antigüedad mayor a 10 años; y (iv) que la antigüedad máxima de vehículos de servicio público permitida en países como México, es de 10 años; Argentina, 10 años; Chile, 12 años; Colombia, 20 años, es muy inferior a la antigüedad permitida en el Perú, que es de 30 años. Este dato contrasta dramáticamente con la tasa de mortalidad en accidentes de tránsito que exhibe el Perú, de 25 muertos por cada diez mil vehículos, las más alta de la región, pese a que su tasa de motorización es la más pequeña, pues solamente alcanza a 49 vehículos por cada mil habitantes.

V. D) Más de cinco mil ciudadanos vs. El Congreso (expediente 0013-2007-AI).

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra un párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión que establecía que:

“(...). La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen. (...)”.

La norma estaría basada en la necesidad del Estado de controlar los contenidos divulgados por los medios masivos. El TC concluye que la medida no es idónea ni necesaria para lograr este cometido.

No sería idónea por cuanto nada impide —de acuerdo a nuestra Ley General de Sociedades— que una persona tenga el control de una empresa pese a contar con menos del 50% de acciones¹⁷ (F. J. 30-33).

¹⁷ La Ley General de Sociedades 26887 vigente desde el 1 de Enero de 1998 establece en su artículo 88 que la sociedad puede crear y emitir diversas clases de acciones y que la diferencia puede

No sería necesaria, por otra parte, en la medida en que tanto los nacionales como los extranjeros están sujetos a control estatal, cuando son concesionarios de servicios de difusión masiva (F. J. 28).

Lo importante, para estos efectos, es que el TC no es indiferente ante un trato desigual a inversionistas extranjeros, sino que está dispuesto (obligado) a protegerlos igualmente.

V. E) San Fernando S.A. vs. la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete (expediente 05970-2006-AA).

Se trata de una norma que establece que los granos importados no están sujetos a las exoneraciones tributarias que sí gozan los nacionales. La demanda de amparo no

consistir en los derechos que corresponden a sus titulares. Obvio, las acciones de una determinada clase gozan de los mismos derechos. Así, podemos hablar de derechos económicos, tales como una mejor proporción en el reparto de utilidades, ver art. 39 primer párrafo; o, se preferido para suscribir un porcentaje mayor de acciones en los casos de aumento de capital, ver art. 95 inc. 4., párrafo a); o derechos político-administrativos, como tener derecho a elegir un mayor número de directores, por ejemplo, las acciones de *Fundador*, según estatutos, eligen a cuatro directores y las acciones *Comunes* a tres. Ahora bien, imaginemos que los organizadores y promotores de la empresa suscribieron el 30% del capital, creándose y oportunamente, emitiéndose, para ellos, las acciones de *Fundador*; mientras que para los demás accionistas, que fueron ingresando poco después, se creó y emitió el 70% restante, vía acciones *Comunes*. Ahora bien, al Gerente lo designa, con arreglo al art. 185 de la Ley, el Directorio, salvo que el estatuto haya reservado esa facultad a la Junta General. Es evidente que la política institucional de la empresa bajo ejemplo, la va a tener el directorio (por ser mayoría en el número de directores) y la gerencia general (designado por dicho directorio), a pesar de haber provenido de una minoría en el capital social. Conste, que si bien se ha puesto un ejemplo, con sólo 30% vs. 70%, nada obsta, según ley, para poner de ejemplo, 20% vs. 80%, o 10% vs. 90%, etcétera, siempre y cuando así se haya fijado y convenido en el estatuto que esta incorporado en el Pacto Social o documento constitutivo. Por tanto y según lo expuesto, si lo que pretendía el legislador en el Perú era mantener una mayoría peruana en el capital social de las empresas de radio y televisión para fines de asegurar la conservación de la identidad y valores nacionales en los mensajes por emitir y propalar, el freno del 40% al capital extranjero resultaba a todas luces inútil e infructuoso. El enfoque debió dirigirlo al seno del Directorio, si lo que se deseaba era manejar la política institucional, lo cual, ciertamente, hubiese constituido una intromisión absolutamente inaceptable en el marco de la libertad de empresa, comercio e industria, que el Estado garantiza. Lo que ocurre es que revisando legislación comparada, encontramos que en Chile, según ley, las empresas de radio y televisión debían tener la siguiente proporción en el capital social, 70% nacional versus 30% extranjera; Argentina, 80% nacional versus 20% extranjera, etcétera. Lo que hicimos en el TC fue apostar, entonces, por la reciprocidad, es decir, al inversionista extranjero se le preguntaría, cómo actúa tu país según tu Carta Fundamental o Ley de la materia, para el caso de un inversionista peruano, lo cual aparece como un *test* razonable, y podríamos actuar en conformidad. No olvidemos que el texto del artículo 63 presta apoyo a este esquema: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas”. Por lo demás, advertimos, que con la tecnología y la globalización de la comunicación, ya no podíamos taponar el sol con un dedo. Esto, estaba bastante claro, aunque de todos modos, siempre era menester y preferible contar con un “seguro nacional”.

era interpuesta por un importador, sino por una empresa que compra dichos granos para alimentar a sus pollos acá. Ésta señala que:

“(…) el trato diferenciado no se sustenta en razones objetivas y proporcionadas, por los siguientes argumentos:

- *La exclusión del beneficio únicamente se restringe al caso de los avicultores que utilicen en su proceso productivo maíz duro importado, pero no a otras actividades de crianza de animales que igualmente lo utilicen.*
- *En el caso de actividades agroindustriales, la ley autoriza que mediante Decreto Supremo se establezcan los porcentajes mínimos de productos e insumos locales que deberán utilizarse para ser beneficiarios de la norma (artículo 2.2 y 2.3), lo que permite que pueda emplearse un porcentaje de insumos o productos importados.*
- *Por querer proteger al agricultor nacional que produce maíz, la ley incurre en la incongruencia de excluir a otro productor del sector agrario, el avicultor nacional, a pesar que la ley en su artículo 2.1 lo involucra como un sector a promover, conforme a los objetivos de la Ley.*
- *La exclusión del beneficio a quien utilice maíz importado, no resulta el medio idóneo para la finalidad promocional, pues para ello existen medidas de protección arancelarias, o similares.*
- *No se ha considerado que, conforme a las cifras oficiales de la Oficina de Información Agraria del Ministerio de Agricultura, la producción nacional de maíz amarillo sólo cubre cerca de la mitad de la demanda interna, lo que obliga, por razones de necesidad, a importar el resto de este producto para atender la producción avícola, como sucede en el caso de la empresa recurrente.*
- *No resulta equitativo que por el hecho de utilizar maíz amarillo duro importado para atender necesidades productivas, ante la insuficiencia de la producción nacional, la empresa recurrente se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario a pesar de ser parte de este”.*

Ante esto, el TC señaló que:

“(…) considera que dicho trato desigual no está debidamente justificado, y ello porque se ha dejado de lado a sujetos o actividades puestas en circunstancias idénticas (sector avícola) de manera irrazonable y desproporcionada. En efecto, no puede considerarse de manera alguna equitativo que por el simple hecho de verse obligada a utilizar en el proceso productivo el “maíz amarillo duro importado” ante la insuficiencia de la producción nacional, tal y como lo acreditan las cifras oficiales de la Asociación Peruana de Avicultura, la demandante se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario, a pesar de que, como se ha hecho referencia ya en el fundamento 20, supra, forma parte del sector agrario.

Por tanto, no existiendo un elemento objetivo que justifique el trato diferenciado, la norma afecta el principio de igualdad y debe ser inaplicada al caso materia de análisis” (F. J. 26-27).

Nuevamente, el TC no avala el “proteccionismo” a expensas de las libertades económicas, sea de nacionales o extranjeros.

8. COMENTARIO FINAL

Si bien no se puede decir que absolutamente toda la jurisprudencia del TC sea uniforme; como hemos podido apreciar, el TC ha tenido, sin duda, un papel activo en la protección de las libertades económicas. De esta manera, nuestro TC puede ser considerado una garantía, más allá del Poder Judicial, de que las inversiones extranjeras en nuestro país reciben y recibirán un trato igualitario. Esto, sin duda, alienta a que haya más confianza y se logren mayores niveles de desarrollo. La inversión extranjera tiene asegurado en nuestro país, vía el Tribunal Constitucional y según la doctrina jurisprudencial y jurisprudencia vinculante desarrollada por él, un trato igualitario.

En resumen y según la Constitución Política la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía de mercado. El Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. El Estado garantiza la libertad de empresa. El Estado promueve a las pequeñas empresas en todas sus modalidades. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de empresa. El Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, solamente autorizado por ley expresa y siempre y cuando exista alto interés público y manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial pública y no pública recibe el mismo tratamiento legal. El Estado facilita y vigila la libre competencia combatiendo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. Los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos.

