



LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1993 Y 1979

Daniel HENOSTROZA DE LA CRUZ^(*) 

ÍNDICE

I. Justificación de la investigación; II. La actividad empresarial del estado en la constitucion de 1979: el “estado empresario”; III. La actividad empresarial del estado en la constitucion de 1993: el “estado subsidiario”; IV. Fundamentos del principio de subsidiariedad economica: la constitucion chilena de 1980; V. El principio de subsidiariedad economica en los pronunciamientos del tribunal constitucional del peru; VI. La infraccion al principio de subsidiariedad como modalidad de competencia desleal; VII. El precedente vinculante de indecopi respecto al principio de subsidiariedad economica; VIII. Palabras finales

RESEÑA

De acuerdo con el Principio de Subsidiariedad, la actividad empresarial del Estado es excepcional; procede cuando la actividad privada no cubra determinado mercado relevante, y previa verificación de la existencia de una ley autoritativa expresa, emitida por el Congreso de la República, que justifique la intervención estatal por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

(*) Abogado, Programa de Alta Especialización en Finanzas y Derecho Empresarial - ESAN, Derecho Administrativo Económico - ESAN, Especialización en Concesiones y Derecho Administrativo. Consultor de instituciones y empresas del Sistema Portuario Nacional.

COMENTARIO

I. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

1. Desde el instante mismo de su juramentación, el nuevo Gobierno ha reabierto el debate (por mucho tiempo latente) respecto a la restitución de la vigencia de la Constitución de 1979, frente a lo que algún estudioso ha denominado el “documento” de 1993. Es evidente que uno de los aspectos en los que incidiría primordialmente este cambio es el rol del Estado en la Economía Nacional, y de manera especial, la redefinición de la Actividad Empresarial del Estado, en un contexto en el que se viene especulando sobre una “mayor presencia” del Estado en la actividad empresarial.

2. Es más, este punto ha ocupado un lugar importante en la reciente Exposición del Presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso de la República, en la cual se solicitó, de manera expresa, que el Poder Legislativo “apruebe el dictamen multipartidario de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Nacional de Puertos”⁽¹⁾; vale decir, una Empresa Estatal cuyos principales activos han sido concesionados en los últimos años.

3. Por ello hemos considerado conveniente analizar la forma en la cual ha sido diseñada la actividad empresarial del Estado en la Constitución Política de 1993, y en su predecesora, la Carta de 1979. Nuestro análisis considerará los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, Poder Judicial y por el Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI, sobre esta importante materia.

II. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCION DE 1979: EL “ESTADO EMPRESARIO”

1. La Actividad Empresarial del Estado fue regulada de manera expresa en los artículos 113° y 114° de la Constitución de 1979. Los mencionados dispositivos señalaban lo siguiente:

“Artículo 113°.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”.

“Artículo 114°.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos”.

2. De las normas citadas se infiere que la Actividad Empresarial del Estado estaba signada por las siguientes características:

2.1. La Actividad Empresarial del Estado era amplia, y no tenía restricciones de ningún tipo. El Estado podía actuar como un agente económico más, en cualquier actividad que sirviera para promover la economía del país, y de manera especial, en la prestación de servicios públicos.

2.2. El Estado podía instaurar un monopolio, y reservarse el ejercicio exclusivo y excluyente de cualquier actividad empresarial, retirando de determinado mercado a los agentes privados, nacionales o extranjeros. Los fundamentos de esta “reserva” podían ser el “interés social” o la “seguridad nacional”; vale decir,

(1) “Transformación en marcha”. Exposición del Presidente del Consejo de Ministros ante el Pleno del Congreso de la República, Separata Especial del Diario Oficial El Peruano, Lima, Edición del 26 de Agosto de 2011.

conceptos sumamente amplios, que podían justificar un monopolio estatal en cualquier esfera de la actividad económica. En este sentido, esta prerrogativa estatal generaba una evidente contradicción con el Artículo 133° de la Constitución de 1979, que prohibía **“los monopolios, oligopolios, acaparamientos, practicas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil”**.

Efectivamente, como explica GASPAR ARIÑO ORTIZ, las “reservas al sector público” constituyen **“la incorporación al régimen del Estado, con carácter de exclusiva, de una determinada actividad o campo actuación (...) la cesación en ella de las industrias pre-existentes en ese campo”**; lo que normalmente implicaba **“un traspaso al Estado de las instalaciones o industrias privadas a través de las cuales se desarrollaban hasta entonces dichas actividades”**⁽²⁾. En este sentido, podemos afirmar que la Constitución de 1979 no permitía los monopolios privados, pero sí autorizaba los monopolios estatales.

2.3. El Estado también podía “reservar” para el empresariado nacional el ejercicio de determinadas actividades económicas, excluyendo a competidores extranjeros presentes y futuros. Desde nuestro punto de vista, este dispositivo permitía el proteccionismo estatal para estos sectores “reservados” al empresariado peruano; más aún, si el Artículo 117° de la Constitución de 1979 establecía que: **“El Comercio exterior es libre dentro de las limitaciones que la ley determina por razones de interés social y del desarrollo del país”** (subrayado nuestro).

3. En este sentido, es evidente que, de acuerdo con la Constitución de 1979, la Actividad Empresarial era amplia, irrestricta y monopólica (real o potencialmente). El Estado intervenía ilimitadamente en actividades empresariales con las consecuencias económicas que ello implica (la obtención de un lucro o la pérdida de lo invertido), pero con una diferencia fundamental, explicada por ALFREDO BULLARD: **“La actividad estatal no quiebra porque si le va mal recibe más tributos (finalmente siempre la SUNAT puede anunciar orgullosamente que subió la presión tributaria). Y a la larga nos suben los impuestos para crear esperpentos empresariales”**⁽³⁾.

4. En el mismo sentido, GASPAR ARIÑO ORTIZ considera que el modelo de “Estado Empresario” **“hace pasar por el Estado la organización, prestación y pago, no individualizado, sino colectivo, global, de todos los servicios: la escuela, el hospital, la vivienda, la cultura, los seguros, las pensiones, el deporte, la atención a los ancianos y cualquier otra necesidad de los ciudadanos. Todo lo cual supone, naturalmente, la exacción de unos impuestos altísimos con los que financiar el inmenso aparato burocrático que tales prestaciones requieren”**⁽⁴⁾.

5. Por tanto, si bien sería inexacto afirmar que la Constitución de 1979 generó el “Estado Empresario” que conocimos a fines de la década de 1980 (pues la mayor parte de “nacionalizaciones” y “reservas” se dieron durante el periodo 1968-1980), sí es correcto sostener que dicha

(2) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, Principios del Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.395.

(3) BULLARD GONZALEZ, ALFREDO, Controlando al Metete. La Competencia Desleal del Estado por violación del Principio de Subsidiariedad, En: Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 149, Febrero 2011, p.18-19.

(4) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, Principios del Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.304.

Carta Magna contribuyó a mantener vigente ese modelo de intervención del Estado en la Economía. Sin embargo, los resultados de esa actuación empresarial ilimitada no fueron los más adecuados⁽⁵⁾, pues como señala ALEJANDRO FALLA, “no es razonable -desde todo punto de vista- dedicar los escasos recursos del Estado a desarrollar actividades que pueden ser desarrolladas en un ambiente competitivo por cualquier particular, sino además resulta injusto dedicar recursos que deberían estar orientados a combatir la extrema pobreza o a mejorar las condiciones de competitividad del país, a satisfacer los impulsos empresariales de algún burócrata despistado. (...). No se quiere pues un Estado que haga -con nuestra plata- lo que los particulares pueden y, de hecho, hacen mejor: “¡zapatero... a tus zapatos!”⁽⁷⁾.

III. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCION DE 1993: EL “ESTADO SUBSIDIARIO”

1. Ante esta situación, la Constitución Política de 1993 estableció un nuevo rol del Estado en la Economía, y un nuevo marco de su actividad empresarial, que quedó plasmado en el Artículo 60° de la Carta Magna vigente:

“Artículo 60°.- 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”.

2. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Exp.N° 0034-2004-AI/TC, “a diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que “[...]. 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 [...]”⁽⁸⁾. De esta forma, la diferencia fundamental entre las Constituciones de 1979 y 1993 reside en que ésta última consagra el **Principio de Subsidiariedad de la Actuación del Estado en la Economía**, y por ello, la actividad empresarial del Estado debe limitarse a lo estrictamente necesario. En este sentido, entre las múltiples formas en las que puede entenderse este Principio, preferimos aquella que señala que debe existir tanta inversión privada como sea posible, y tanta inversión pública como sea necesaria.

(6) Una apretada síntesis de estos resultados puede revisarse en: HENOSTROZA DE LA CRUZ, DANIEL, El Arbitraje en los Contratos de Concesión de la Infraestructura Portuaria del Perú, En: RAE Jurisprudencia, Tomo 36, Junio 2011, pp.177-192. Asimismo, el Diario Expreso refiere que: “de acuerdo con la información del Banco Central de Reserva (BCR) durante la vigencia del marco constitucional de 1979 el Perú tuvo un crecimiento de sólo 0.6%. Pero el crecimiento no es el único indicador. En el caso de la inflación en los casi 14 años de duración de dicha Constitución, la tasa anual fue de 917.5%, lo que sería otra de las causas de la evidente preocupación de la principal entidad bancaria del país” (Artículo: “Perú apenas creció 0.6% durante vigencia de Constitución 1979”, publicado en el Diario Expreso, Lima, edición del 18 de Agosto de 2011).

(7) FALLA JARA, ALEJANDRO, ¡Zapatero a tus zapatos!. De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad. En: http://www.bullardabogados.com.pe/images/upload/publicacion/archivo/0_2009219124431.pdf.

(8) Esta resolución ha sido glosada en: RAE Jurisprudencia, Tomo 37, Julio 2011, Sección Preguntas y Respuestas: Actividad Empresarial del Estado, pp.269-270.

IV. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONOMICA: LA CONSTITUCION CHILENA DE 1980

1. Los estudiosos coinciden en atribuir la génesis del Principio de Subsidiariedad a los postulados de la Doctrina Social de la Iglesia. De manera especial, se hace referencia a la Encíclica *Quadragesimo Anno*, del Papa Pío XII (1931), en la cual el Sumo Pontífice señala que: **“Como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria puedan realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación de recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores.** Toda acción social debe por su naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo social nunca absorberlos y destruirlos. **Conviene que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores a tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia,** pues de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sola corresponde, y que sólo ella puede realizar: dirigir, vigilar, urgir, castigar, según los casos y la necesidad lo exijan. Por tanto, tengan bien entendido esto los que gobiernan: **cuánto más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la función supletiva del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social y tanto**

más próspera y feliz la condición del Estado”⁽⁹⁾ (subrayado nuestro).

2. Posteriormente, la Constitución Irlandesa de 1937 estableció que: **“El Estado favorecerá, y cuando sea necesario suplirá, la iniciativa privada en la industria y comercio”**.

3. Sin embargo, el antecedente inmediato de la norma constitucional de 1993 es la Constitución Chilena de 1980, en cuyo Art.19°, N° 21, se señala lo siguiente:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser asimismo de quórum calificado”.

4. Al igual que en el caso peruano, la norma constitucional anterior señalaba que: **“Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país”**; lo que motivó que se produjeran múltiples excesos que llevaron al país a un estado de fuerte crisis política, que culminó con el Golpe de Estado de 1973. Por ello, conforme lo explica el estudioso chileno ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, la incorporación del Art.19° N° 21 al Ordenamiento Constitucional

(9) Es importante mencionar que el Tribunal Constitucional Peruano, en el Exp.N° 008-2003-AI/TC, cita también como antecedente de este Principio a la Encíclica *Mater et Magistra*, en la cual el Papa Juan XXIII, sostiene que: “la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa”, y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación -de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción.” (subrayado nuestro).

Chileno fue consecuencia lógica del reconocimiento de un Nuevo Derecho Fundamental a la Libre Iniciativa Privada. Los gestores de este proyecto normativo consideraron que: “en relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así. Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rijan este tipo de actividades para los particulares”⁽¹⁰⁾ (subrayado nuestro).

5. Asimismo, el Consejo de Estado Chileno sostuvo que este artículo tenía por objeto: “evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto (...) lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada”⁽¹¹⁾ (subrayado nuestro).

6. Bajo estos parámetros, los alcances de la norma constitucional chilena han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional de ese

país, el cual ha considerado que: “solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales siendo la forma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal”⁽¹²⁾.

7. Asimismo, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que estableció el Recurso de Amparo Económico en Chile, se estableció que: “la norma del inciso 2° del N° 21 del artículo 19 es de carácter excepcional, porque la garantía constitucional pretende que el Estado no actúe como empresario, a menos que se cumplan las condiciones económicas, sociales y políticas que el legislador debe evaluar para autorizarlo a una actividad empresarial. Ahora bien, siendo una forma excepcional, su interpretación jurídica es restrictiva y deben cumplirse estrictamente las condiciones que el precepto indica”⁽¹³⁾ (subrayado nuestro).

8. Por lo expuesto, para el autor citado, la Constitución Chilena “consagra la excepcionalidad del actuar empresarial del Estado, sólo cuando así lo ha autorizado expresamente el legislador de quórum calificado”, y por tanto, “una vez autorizado el Estado para desarrollar determinadas actividades económicas, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquel pasa a ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula materia en cuestión, careciendo de pri-

(10) NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980. En: Revista de Derecho Público N° 62, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2000, p.37.

(11) NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980. En: Revista de Derecho Público N° 62, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2000, p.38.

(12) NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980. En: Revista de Derecho Público N° 62, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2000, p.38-39.

(13) NAVARRO BELTRAN ENRIQUE, El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980, En: Revista de Derecho Público N° 62, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2000, p.42.

vilegio alguno - a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello - y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agente económicos que participan en el mercado”⁽¹⁴⁾

9. Sin embargo, como lo señala MANUEL LOO GUTIERREZ, el precepto constitucional chileno, en cierto modo, “se limita a **procedimentalizar la toma de decisiones políticas referentes a la presencia estatal en la realización de actividades empresariales. Si se lee con atención el precepto, podremos ver que él nada dice acerca de la subsidiariedad, como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 60 de la Constitución del Perú, ni establece criterios para decidir cuándo, por qué y bajo cuáles presupuestos de hecho el Estado podría interesarse a desarrollar actividades económicas y cuándo sería constitucionalmente legítimo que ello ocurriera**”⁽¹⁵⁾. Para este autor, el núcleo esencial del Principio de Subsidiariedad consiste “en el deber de respeto por parte del Estado (lo público) de la libertad y la iniciativa de los particulares (lo privado) y de las comunidades que surgen al interior de la sociedad (los cuerpos intermedios); en segundo término, que el Estado no debe realizar aquellas actividades que estas comunidades intermedias son capaces de llevar adelante, y finalmente que, si se detecta la insuficiencia de las comunidades intermedias para la satisfacción de una necesidad socialmente relevante -es decir, que puede ser considerada como una cuestión de carác-

ter público- debe ser el Estado quien asuma su ejecución”⁽¹⁶⁾. Por tanto, en determinados supuestos, “la subsidiariedad debe comportar, también, un incentivo a la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia pública, parecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa de los individuos y los grupos intermedios”⁽¹⁷⁾.

10. En todo caso, tanto en su aspecto negativo, como en su aspecto positivo, el Principio de Subsidiariedad representa un elemento importante para el desarrollo social e individual, pues como señala GASPAR ARIÑO ORTIZ, “la organización, cualquiera que sea, debe servir e implementar el desarrollo de sus miembros, nunca destruirlos ni absorberlos. La libertad, prerrogativa esencial de la persona humana, sólo quedará garantizada si el Estado y, en general, las autoridades públicas permiten y facilitan a cada ciudadano el ejercicio de su iniciativa y su responsabilidad, tanto en las personas aisladas como en los grupos sociales en los que aquéllas pueden organizarse”⁽¹⁸⁾.

V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONOMICA EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU

1. Bajo estas consideraciones, los alcances del Principio de Subsidiariedad de la Actuación Económica del Estado han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional del Perú, en diversas resoluciones. Así, en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, se ha señalado que este

(14) NAVARRO BELTRAN ENRIQUE, El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980, En: Revista de Derecho Público N° 62, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2000, pp.39 y 44.

(15) LOO GUTIERREZ, MARTIN, La Disciplina Constitucional del Principio de Subsidiariedad en Italia y Chile. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIII, 2009, p.420.

(16) LOO GUTIERREZ, MARTIN, La Disciplina Constitucional del Principio de Subsidiariedad en Italia y Chile. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIII, 2009, p.421.

(17) LOO GUTIERREZ, MARTIN, La Disciplina Constitucional del Principio de Subsidiariedad en Italia y Chile. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIII, 2009, p.424.

(18) ARIÑO ORTIZ, GASPAS, Principios de Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.162.

Principio postula “la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común. En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada”.

2. De otro lado, en el Exp.N° 7320-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que este Principio representa “un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado”.

3. En consecuencia, para el Magno Tribunal, de este Principio se desprenden las siguientes consecuencias:

3.1. “El artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique” (Exp. N° 00034-2004-AI/TC). En consecuencia, el

Estado no podrá realizar actividad empresarial en aquellos ámbitos en los que no cuente con autorización expresa, de naturaleza constitucional o legal. En efecto, como indica ALFREDO BULLARD, “cuando el Congreso aprueba una ley autoritativa lo que hace es calificar el carácter de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional de la actividad en abstracto (...), lo que califica el Congreso es que la actividad tiene una naturaleza tal que la satisfacción de la demanda es de interés público o de manifiesta convivencia nacional y en atención a ello autoriza al Estado a desarrollar empresa para satisfacer esa demanda”⁽¹⁹⁾. Asimismo, ALEJANDRO FALLA recalca que “de esta manera se busca eliminar el riesgo de involucrar al Estado en el desarrollo de actividades no prioritarias (como por ejemplo, la administración de espectáculos públicos) que podrían distraer recursos públicos del desarrollo de actividades que le son propias”⁽²⁰⁾.

3.2. El Estado asume “roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (Exp.N° 008-2003-AI/TC); conforme lo establece el Art.58° de la Constitución Política del Estado. Por tanto, la actividad empresarial (o de otro tipo) del Estado en estas áreas estaría plenamente justificada, pues como explica ALFREDO GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO, “el Estado puede y debe suplir las deficiencias de la iniciativa privada. Ello lo hará interviniendo en los asuntos que los particulares todavía no están en condiciones de asumir (...), ello no excluye que el Estado pueda reservarse algunas actividades de especial importancia, envergadura

(19) BULLARD GONZALEZ, ALFREDO, Controlando al Metete. La Competencia Desleal del Estado por violación del Principio de Subsidiariedad, En: Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 149, Febrero 2011, p.21.

(20) FALLA JARA, ALEJANDRO, ¡Zapatero a tus zapatos!. De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad. En: http://www.bullardabogados.com.pe/images/upload/publicacion/archivo/0_2009219124431.pdf

o peligro: energía atómica, construcción de puertos, industria de armamento de guerra, suministro de energía, de determinados recursos naturales como el agua potable”⁽²¹⁾.

3.3. El Estado debe garantizar la existencia de una **Igualdad Jurídica entre los competidores**; entendida como un “régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas”, y entre empresariado nacional y extranjero, que “constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho” (Exp. N° 008-2003-AI/TC). En consecuencia, la Actividad Empresarial del Estado y la de los particulares “se encuentra sujeta por los mismos límites, entre los que se encuentran las normas legales y reglamentarias de cada actividad. Como corolario de lo anterior, podemos señalar que el incumplimiento de las disposiciones legales específicas acarrea la posibilidad de imponer multas y sanciones, cuya ejecución efectiva resulta indispensable” (Exp. N° 0017-2008-PA/TC)⁽²²⁾.

4. Es necesario indicar que, a pesar de la consagración constitucional del Principio de Subsidiariedad, fueron múltiples los casos en que Entidades del Estado desarrollaron actividades empresariales en abierta contravención a la Norma Fundamental. Estas transgresiones eran posibles ante la carencia de un mecanismo expeditivo que permitiera su denuncia y la imposición de las correspondientes san-

ciones. Como señala ALEJANDRO FALLA, “de poco o nada sirve el establecimiento de un principio de subsidiariedad a nivel Constitucional, discusión que al parecer ha conitado la atención de muchos especialistas en el contexto de la reforma constitucional, si no se establecen en paralelo mecanismos para supervisión y sanción de la actuación de los funcionarios del Estado en violación de dicho principio”⁽²³⁾.

VI. LA INFRACCION AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO MODALIDAD DE COMPETENCIA DESLEAL

1. Esta “laguna” normativa fue llenada a mediados del año 2008, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1044 - Nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal, en cuyo Artículo 14.3. se consideró como un acto de Competencia Desleal, en la modalidad de Violación de Normas, a la infracción de una Entidad o Empresa del Estado al Principio Constitucional de Subsidiariedad Económica. La norma en mención señala lo siguiente:

“La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial”⁽²⁴⁾

(21) GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO, ALFREDO, El Principio del Bien Común como razón de ser del Estado y el Principio de Subsidiariedad: En: RAE Jurisprudencia, Tomo 37, Julio 2011, Sección Preguntas y Respuestas: Actividad Empresarial del Estado, pp.191-192.

(22) Esta resolución ha sido glosada en: RAE Jurisprudencia, Tomo 37, Julio 2011, Sección Preguntas y Respuestas: Actividad Empresarial del Estado, pp.268-269.

(23) FALLA JARA, ALEJANDRO, ¡Zapatero a tus zapatos!. De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad. En: http://www.bullardabogados.com.pe/images/upload/publicacion/archivo/0_2009219124431.pdf

(24) http://spij.minjus.gob.pe/DecretosLeg/DL-MATERIAS/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf

2. Como fundamento de esta disposición normativa, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044 señala que existe una relación de complementariedad entre los Principios de Libre Iniciativa Privada y Libertad de Empresa. Esta complementariedad **“radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto”**, y por tanto, **“la actividad empresarial del Estado que no se ajuste a lo establecido en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú estará afectando indebidamente los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa”**⁽²⁵⁾.

3. Al amparo de esta norma legal, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, a través de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, y del Tribunal de Defensa de la Competencia, ha emitido un conjunto de pronunciamientos destinados a evaluar (y sancionar) aquellos casos en que las Entidades del Estado han desarrollado actividades empresariales infringiendo el Principio de Subsidiariedad, positivizado en el Art.60° de la Constitución de 1993.

4. En este sentido, mediante Resolución N° 2470-2010-SC1/INDECOPI se dispuso que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal evalúe si los servicios que presta el Instituto Nacional de Oftalmología -INO, “bajo tarifario diferenciado”, se ajustan o no a los requisitos de **“subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y la finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia**

nacional”. Dicho pronunciamiento se sustentó en que, a pesar de que la actividad empresarial del INO se sustentaba en una norma con rango de ley, la existencia de una autorización legal no es suficiente para que la actividad del Estado sea lícita. Adicionalmente es necesario verificar si tal actividad es subsidiaria y responde a la finalidad de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional.

5. Posteriormente, con Resolución N° 2550-2010-SC1/INDECOPI, se declaró fundada la denuncia interpuesta contra el Hospital Arzobispo Loayza, debido a que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”, prestado por dicho Hospital, no estaba autorizado por norma con rango de ley. En efecto, el Tribunal consideró que **“para que se cumpla con el requisito de “ley expresa”, debe existir una ley del Congreso que, de manera clara y patente, habilite a la entidad estatal a producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios”**. En consecuencia, se declaró fundada la denuncia, pues **“a diferencia de los Institutos Especializados adscritos al Ministerio de Salud, la Ley 27657 -Ley del Ministerio de Salud- no ha previsto una referencia expresa a la posibilidad de que los hospitales nacionales puedan desarrollar el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”**.

6. Finalmente, mediante Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI, el Tribunal de INDECOPI estableció un **Precedente de Observancia Obligatoria**, mediante el cual ha fijado los criterios para determinar en qué casos la actividad empresarial del Estado es conforme a la Constitución, y en qué casos infringe el Principio de Subsidiariedad Económica. Mediante esta Resolución se declaró fundada la denuncia contra la Universidad Nacional del Altiplano -

(25) Como señala ALFREDO BULLARD, “En una auténtica innovación peruano (no conozco otro sistema legal que tenga algo parecido) el artículo 14.3 del Derecho Legislativo N° 1044 calificó la violación del principio de subsidiariedad como un caso de competencia desleal y, por tanto, sancionable con multas por el Indecopi, quien está en capacidad de ponerle fin a tanto abuso” (BULLARD GONZALEZ).

Puno, por operar un local denominado “Pollería y Parrillería Universitaria”, en el cual se realizaba la venta de pollo a la brasa.

VII. EL PRECEDENTE VINCULANTE DE INDECOPI RESPECTO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONOMICA

En este sentido, seguidamente revisaremos los principales criterios que sirven de sustento a este Precedente, para calificar como lícita a la actividad empresarial del Estado:

1. ACTIVIDAD EMPRESARIAL

1.1. Para INDECOPI, constituye actividad empresarial “toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio”.

1.2. En consecuencia, están excluidos de este criterio “el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales”, a los que se define como “bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible”. Por tanto, “si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio”.

1.3. Nótese que la finalidad lucrativa no es considerado un elemento relevante para calificar a una actividad como empresarial, ya que “una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal conservan un objetivo que no se agota en un fin lucrativo, sino que expresa también fines político - sociales”; más aún, si “el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial”.

2.LEY EXPRESA QUE AUTORICE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

2.1. Según el Precedente, la actividad empresarial estatal lícita debe respaldarse en “una ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo (...), no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación”.

2.2. Es pertinente recalcar que, en opinión de INDECOPI, sólo el Congreso de la República puede autorizar la realización de la actividad empresarial, y por tanto, no es admisible una autorización conferida por Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia u Ordenanza Regional o Municipal. Este criterio se sustenta en el Art.3° del Decreto Legislativo N° 1031 - Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado⁽²⁶⁾, y en el hecho que: “si se va a adoptar una decisión tan excepcional -como lo es la participación del Estado como empresario-, el mejor mecanismo para asegurar que esta intervención sobre los derechos y principios constitucionales no sea arbitraria, es que sea el ente político que representa las distintas posiciones de la sociedad (poder constituido con representatividad nacional), el que adopte dicha decisión”.

(26)Decreto Legislativo N° 1031, Artículo 3°.- Ámbito de la Actividad Empresarial del Estado.- La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada.

3. LA LEY DEBE SUSTENTAR LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN OBJETIVOS DE ALTO INTERÉS PÚBLICO O DE MANIFIESTA CONVENIENCIA NACIONAL

3.1. INDECOPI considera que: “la autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito”. Ello es así, debido a que: “solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede -a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad- lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad”. Por tanto, es evidente que el uso de término “alto interés público” y “manifiesta conveniencia nacional” alude a “casos muy excepcionales, en los cuales probadamente se proporcione un bien que tenga beneficiarios indeterminados”.

4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

4.1. De acuerdo con el Precedente, la actividad empresarial del Estado será subsidiaria “si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial”.

4.2. Es pertinente recalcar que, para INDECOPI, la existencia de una ley expresa, sustentada en objetivos de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, no es suficiente para que la actividad empresarial del Estado sea lícita. Es necesario además que se analice si

esta actividad es realmente subsidiaria; lo cual dependerá de un análisis en cada caso concreto. Este criterio se sustenta en que “el concepto de “subsidiariedad” es económico antes que legal, y depende de las circunstancias de cada caso en cada momento. Lo que hoy es subsidiario mañana puede dejar de serlo. Como se verá más adelante para calificar que una actividad es subsidiaria hay que determinar si el Sector Privado puede o no cubrir la demanda del bien o servicio respectivo. Y ello cambia en el tiempo. Las condiciones de oferta y demanda, el tamaño del mercado, los niveles de ingreso de los consumidores, la tecnología disponible en cada momento, las barreras económicas o legales, cambian”⁽²⁷⁾.

4.3. Bajo esta premisa, el análisis de subsidiariedad “requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal”, y si en este se presenta alguno de los siguientes supuestos:

a) **Una empresa estatal y Dos o más empresas privadas.**- Se presume “iuris tantum” que la oferta privada es suficiente. La entidad estatal tiene la “carga de la prueba” de demostrar que las empresas privadas no podrán cubrir el vacío que dejaría la entidad estatal, y que este vacío tampoco podría ser cubierto por nuevos competidores, debido a la existencia de barreras de entrada que impiden su ingreso al mercado.

b) **Una empresa estatal y Una empresa privada.**- La empresa privada deberá demostrar que puede cubrir el vacío que dejaría la entidad estatal, o que no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.

c) **Una empresa estatal y Ninguna empresa privada.**- Si no existen barreras de entrada a la empresa privada, se asumirá que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. Si existen

(27) BULLARD GONZALEZ, ALFREDO, La competencia desleal del estado por violación del principio de subsidiariedad, En: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Tomo N° 149, Febrero 2011, p.21.

barreras de entrada, se asumirá que la presencia de la empresa estatal cumple un rol subsidiario; salvo que la barrera de entrada a los privados sea la propia participación de la empresa estatal. En este último supuesto la actividad empresarial estatal debería cesar.

5. MEDIDAS RESPECTO DE LAS BARRERAS IDENTIFICADAS DURANTE EL ANÁLISIS DE SUBSIDIARIEDAD

Finalmente, respecto de las Barreras de Entrada que se detecten durante el análisis de subsidiariedad, el Precedente dispone lo siguiente:

5.1. Si las barreras están en contenidas en normas que podrían ser inaplicadas por la Comisión de Barreras Burocráticas de INDECOPI, se deberá informar a esta última Comisión, para que proceda conforme a sus atribuciones.

5.2. Si las barreras están en contenidas en normas que no podrían ser inaplicadas por la Comisión de Barreras Burocráticas de INDECOPI, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de INDECOPI deberá recomendar la derogación o modificación de estas normas, de conformidad con lo establecido en el Art.25° inciso g) del Decreto Legislativo N° 1044.

VIII. PALABRAS FINALES

1. En lo concerniente a la Actividad Empresarial del Estado, el rasgo diferenciador de la regulación contenida en la Constitución de 1993 (Art.60°), respecto a la Carta de 1979, es el Principio de Subsidiariedad de la Actuación del Estado en la Economía.

2. De acuerdo con el Principio de Subsidiariedad, la actividad empresarial del Estado

es excepcional; procede cuando la actividad privada no cubra determinado mercado relevante, y previa verificación de la existencia de una ley autoritativa expresa, emitida por el Congreso de la República, que justifique la intervención estatal por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

3. Si bien la Constitución de 1993 tiene 18 años de vigencia, sólo en los tres últimos años se han gestado los instrumentos normativos (contenidos en el Decreto Legislativo N° 1044) que vienen permitiendo a INDECOPI (como garante de la Libre Competencia) identificar y sancionar los casos en que una Entidad del Estado infrinja el Principio Constitucional de Subsidiariedad, con lo cual recién se estarían dando las condiciones para una vigencia real y efectiva de este Principio, y para evaluar su utilidad para la realidad del país.

4. En este sentido, queremos concluir nuestro Estudio remitiéndonos a lo expresado por GASPAR ARIÑO, quien considera que “la experiencia de estos últimos años en muchos países - no sólo de la Europa del Este, sino también de países europeos y americanos -, ha demostrado que cuando no se respeta el principio de subsidiariedad se fomenta la pasividad y la desidia, se dificulta el desarrollo humano y se empobrecen las sociedades”⁽²⁸⁾; sin embargo, al mismo tiempo, “la experiencia histórica y empírica muestra que no se debe ser dogmático: estos principios no tienen igual valor y aplicabilidad en todos los tiempos y en todos los países, sino que en su concreción se deberá analizar la realidad histórica, social, económica y cultural de cada país.”⁽²⁹⁾

(28) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, Principios de Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p.167.

(29) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, Principios de Derecho Público Económico, Principios de Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.160.

Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia

RAE
JURISPRUDENCIA

50,000 Jurisprudencias Temáticas



Todo abogado necesita contar con un buscador de resoluciones o jurisprudencia relevante, de tal manera que le permita ubicar de forma rápida y sencilla aquella resolución que le sea de interés para resolver los casos que se le presenten en el desarrollo de la vida profesional.

De esta manera, presentamos el CD Integral de 50,000 Jurisprudencias Temáticas emitidas por diversos órganos judiciales y administrativos tales como el Tribunal Constitucional, Tribunal Fiscal, INDECOPI, OSIPTEL y OSCE, el cual se constituye como una herramienta virtual de fácil uso para el abogado exigente de hoy.

DATA LEGAL POR MATERIAS

- SENTENCIAS Y CASACIONES CIVILES
- RESOLUCIONES PENALES
- INDECOPI
- TRIBUNAL DEL OSCE
- CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
- PENAL
- PRECEDENTES DE OBSERVANCIA
- OBLIGATORIA

**SIN FECHA DE
EXPIRACIÓN**

Informes y ventas:

Teléfono: 710 7101

Email: publicaciones@caballeroabustamante.com.pe