

Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez*

Una Nueva Perspectiva sobre los Alcances de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú

Por : Rommel Calderón Morales

Un tema de especial interés y relieve en la actual coyuntura política, jurídica y económica es la Actividad Empresarial del Estado. Mucho se ha dicho acerca de ella y no son pocas las opiniones que se muestran totalmente en contra. Asimismo, existen otras ideas que consideran una interpretación estricta al principio de subsidiariedad, como también están quienes no ven problema alguno en la existencia de un Estado empresario en cualquier actividad económica.

Por ello, mediante la presente entrevista, el Dr. Quintana nos brinda una visión diferente y novedosa sobre este polémico y actual tópico, resolviendo algunas dudas acerca de la aplicación e interpretación del principio de subsidiariedad, citando ejemplos ilustrativos de su estudio en otros países, y haciendo un análisis económico-jurídico de su pertinencia. De igual manera, nos explica mediante casos, como el Estado debe intervenir sin afectar la libre competencia en la actividad económica y logrando una gestión eficiente, para, finalmente, exponer su aplicación en actividades estratégicas que involucren la soberanía y seguridad nacional.

1. La actividad empresarial del estado muchas veces se justifica en base al principio de subsidiariedad. En una aplicación negativa de éste, se prohíbe al Estado intervenir o participar en el desarrollo de actividades empresariales respecto de áreas de la economía donde los particulares estén operando adecuadamente ¿Considera que sólo se debe tomar este principio como principal justificación para realizar la actividad empresarial del Estado o cuál es su consideración acerca del concepto y su interpretación, según nuestra constitución?

Creo que para comprender a cabalidad el ámbito de la actividad empresarial del estado es necesario revisar el artículo 60 de la Constitución en su integridad. En primer lugar está el segundo párrafo del artículo 60 que señala que el estado puede realizar actividad empresarial si se cumplen tres condiciones: (i) que exista autorización por ley expresa del Congreso, (ii) que tenga carácter subsidiario, y (iii) que se sustente en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. El carácter subsidiario se ha interpretado en el sentido de que sólo debe haber empresa del estado cuando no existan empresas privadas en un mercado o las que haya no cubran toda la demanda existente. Así, una aplicación estricta de la mencionada disposición constitucional conllevaría que no exista una empresa

estatal compitiendo en el mercado con empresas privadas, pues al existir éstas la empresa estatal no estaría cumpliendo rol subsidiario.

Sin perjuicio de lo antes comentado, también está el tercer párrafo del artículo 60 que señala que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. Esta disposición constitucional se ha interpretado siempre en el sentido de ser una garantía de trato igualitario o no discriminatorio entre la empresa privada y la empresa estatal. Hasta aquí no parece haber mayor problema. Sin embargo, una lectura más profunda del tercer párrafo introduce mayor complejidad en el tema. Me explico.

Si la actividad empresarial del estado cumple efectivamente un rol subsidiario, significa que la iniciativa privada ha optado por no participar en ese mercado, es decir, por no atender esa demanda de bienes o servicios. Esto sucede usualmente cuando no existe seguridad de obtener retornos adecuados por la inversión al atender a determinados segmentos de la población o ámbitos geográficos, o en términos más simples, porque quienes demandan el bien o servicio no están en capacidad de pagar un precio que cubra los costos de producción. Por ello, la empresa estatal deberá tener la capacidad de atender esa demanda pese a que no cubra los costos de

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de las facultades de Derecho y programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Santivañez Abogados.

su operación, o en otros términos, deberá contar con los recursos necesarios para subsidiar su operación. Siendo ello así, la empresa estatal que cumple rol subsidiario siempre va a requerir un tratamiento especial, distinto al que recibiría una empresa privada a la que el mercado exigirá autofinanciarse.

Entonces, si se aplica de manera absolutamente estricta el principio de subsidiariedad, no habría forma en que empresa estatal y empresa privada compitan en el mismo mercado. Ni siquiera en el caso en que la demanda no sea atendida por completo por la empresa privada y la empresa estatal entre como complemento, pues en tal caso esta última no competiría con la privada sino que atendería la demanda no satisfecha por ésta. Consecuentemente, la pregunta es por qué el tercer párrafo del artículo 60 dice que ambas formas de actividad empresarial deben recibir el mismo tratamiento legal, si nunca estarían en una situación que requiera que se garantice igualdad de trato entre ambas.

“(…) más que calificar de liberal o no liberal la postura respecto de las empresas estatales, creo que debe buscarse una concepción que permita atender las necesidades de la población dentro de las condiciones que presente cada mercado.”

2. ¿Pero, usted considera que es un tema de interpretación de ese artículo o -ya que al parecer hay cierto grado de contradicción- estaría de acuerdo con una modificatoria muchas veces planteada?

No propondría una modificatoria sino una interpretación integral del artículo 60 que re-evalúe los alcances del principio de subsidiariedad, para que no se aplique de modo rígido y absoluto, impidiendo cualquier participación estatal directa en la economía. Por ejemplo, una forma de entender el segundo y el tercer párrafo del artículo 60 en conjunto, sería considerar como regla general que la empresa del estado sólo opere con carácter subsidiario (o sea que no actúe en los mercados compitiendo con la empresa privada), admitiendo excepcionalmente que participe en el mercado junto con la iniciativa privada, pero exigiendo en este último caso que lo haga en absoluta y completa igualdad de condiciones (es decir sin subsidio ni privilegio alguno) y recibiendo el mismo trato que la empresa privada tal como lo ordena la Constitución. De este modo, si excepcionalmente la empresa estatal entrara a competir con los privados, tendría que hacerlo de la manera más plena, no sólo cubriendo sus costos de operación, sino además asumiendo el riesgo de quiebra, que es innato a la actividad empresarial privada, sin ningún tipo de salvataje estatal. Este supuesto excepcional necesariamente tendría que ser objeto de una ley de desarrollo constitucional.

3. ¿Conoce ejemplos de otros países que permitan la participación empresarial del Estado en competencia con privados? Por ejemplo, el artículo 19 inc. 21 de la Constitución chilena señala que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividad empresarial o participar en ella solo si una ley de quórum calificado los autorice” Como vemos, es un dispositivo legal que no es tan restrictiva. No hay un principio de subsidiariedad tipificado tal como lo tenemos nosotros, a pesar de que en Chile se toma de dispositivos neoliberales.

Sí conozco ejemplos de países que permiten que empresas estatales actúen en sus propios mercados y además las habilitan para salir al extranjero a invertir como empresas transnacionales. Sin ir muy lejos, en el sector eléctrico peruano existen empresas concesionarias que son de capitales colombianos y que provienen de empresas estatales también dedicadas a estas actividades en Colombia. Sé que son empresas bastante eficientes. Por ello, más que calificar de liberal o no liberal la postura respecto de las empresas estatales, creo que debe buscarse una concepción que permita atender las necesidades de la población dentro de las condiciones que presente cada mercado. Si existen empresas privadas atendiendo toda la demanda, no es adecuado insistir en que ingresen y operen empresas estatales. No obstante, pueden haber casos en que la iniciativa privada no sea suficiente para atender toda la demanda, entonces se puede complementar la oferta privada con la actividad empresarial del estado. En esos casos, se cumple el principio de subsidiariedad.

4. Muchas veces se ha planteado introducir un esquema de subsidios para cubrir costos que atiendan la demanda de sectores donde no es muy rentable, pero a la vez, sabemos que ello podría generar distorsiones en el mercado. ¿Usted considera que este esquema sería adecuado, o bajo que presupuestos y en qué casos se podría justificar el esquema de subsidios en algún tipo de actividad empresarial?

Creo que hay dos ámbitos en los cuales el subsidio puede ser una buena opción regulatoria. Uno de ellos es cuando no existe garantía que el segmento de la población que se va a atender pueda pagar un precio que cubra los costos de producción del operador del servicio que se considera debe ser ofrecido a toda la población como parte de un nivel mínimo aceptable de vida, situación en la cual se justificaría que se subsidie la operación de quien vaya a proveer tal servicio. La pregunta relevante aquí es a través de qué vehículo se va a canalizar el subsidio -que típicamente es dinero de los contribuyentes- es decir si se va a inyectar mediante una empresa estatal con carácter subsidiario, a través de esquemas de participación público privada, o vía una empresa privada financiada por el estado.

Un ejemplo de este último caso es el Fondo de Telecomunicaciones-FITEL, que funciona así. Se otorga

el financiamiento estatal a la empresa privada que se compromete a atender el segmento de mercado no rentable a cambio de la menor cantidad de subsidio, creando de este modo el incentivo que no crea el mercado por sí mismo. Entonces, frente a la pregunta antes planteada sobre cómo canalizar el subsidio, creo que la mejor forma es a través de la empresa privada vía concesiones o asociaciones público privadas, aunque ello no conlleva a descartar de plano la empresa estatal, pues de optarse por ella cumpliría con tener carácter subsidiario.

La otra situación en que el subsidio puede ser una buena opción regulatoria es cuando se requiere garantizar una inversión privada que en su periodo inicial de operación no tiene un retorno suficiente ni seguro, pero este es un campo aparte de la actividad empresarial del estado.

5. Algunos consideran que la participación de la actividad empresarial estatal deba ser solo por financiamiento público y no por gestión directa. ¿Cuál es su opinión al respecto?

No creo que haya una razón para optar necesariamente por uno o por otro, porque con buenos incentivos la gestión pública también podría funcionar. El tema es crear los incentivos necesarios para que funcione de una forma similar a como funciona la empresa privada. Sin lugar a dudas es una materia compleja, pero esto no es razón suficiente para optar únicamente por la gestión privada y desechar la pública. Ahora bien, con la lógica de las APPs no se han producido resultados fallidos ni perniciosos, las cosas han funcionado y bien puede seguirse por la misma ruta. No obstante, ello no significa necesariamente que la participación del estado deba limitarse siempre a entregar financiamiento y que la gestión siempre deba quedar en manos privadas.

6. Muchos detractores señalan un argumento histórico en contra: las experiencias de los 70's y 80's en nuestro país, ya que cada vez que el Estado ha entrado para promover una actividad ha generado el incentivo contrario pues ha desincentivado la entrada de los privado en ese sector.

Claro, un tema es la gestión pública y cómo asegurar que sea eficiente, y otro distinto y muy delicado son las señales que se dan al mercado. Si las condiciones del mercado en que actúa una empresa estatal cumpliendo rol subsidiario se modifican haciéndolo atractivo para la iniciativa privada, mantener a la empresa estatal podría inhibir la entrada de los privados quienes podrían percibir que su permanencia constituye un elevado riesgo debido a la posibilidad de que continúe recibiendo el apoyo o subsidio estatal.

Por ello, si bien una empresa estatal puede ser eficiente, lo relevante es definir qué se quiere a largo plazo, es decir, si se busca que se multipliquen las empresas estatales eficientes aún a costa de

inhibir los incentivos de entrada de los privados, o si se prefiere crear un mercado impulsado por la competencia y la iniciativa privada. En ese sentido, aun asumiendo la interpretación integral del artículo 60 de la Constitución antes comentada, siempre será necesario definir con absoluta selectividad cuándo una empresa estatal puede competir con los privados en un mercado. Es decir, la eficiencia de una empresa estatal no debería ser razón suficiente para mantenerla en cualquier actividad económica que puede ser realizada por los privados. Se debe elegir muy selectivamente en qué ámbitos podría ser necesario que una empresa estatal se mantenga en competencia con los privados y limitarse sólo a ellos.

Además, siempre debe tenerse en cuenta que retirar a una empresa estatal del mercado -para evitar que inhiba la entrada de privados- no es tarea fácil, pues no sólo se tiene que desactivar su operación y transferir sus activos, sino que además pueden surgir presiones políticas orientadas a evitar su desactivación. Esto también exige hacer una revisión muy acusosa sobre las ventajas y desventajas de introducir una empresa estatal.

7. Dr Quintana, se ha indicado que el mercado con las empresas privadas puede tener condiciones no eficientes. Por ejemplo, en el mercado interno de transporte aéreo hay una empresa que tiene un porcentaje muy alto de la prestación del servicio y en comparación a otros países, sus precios son demasiados elevados, lo cual afecta finalmente a los consumidores. ¿Qué opinión le merece la idea de generar una línea aérea de bandera y de que el Estado pueda introducir algún tipo de mecanismo para corregir esas distorsiones y asegurar que el mercado funcione eficientemente?

Tengo dos comentarios. Uno respecto de la línea de bandera y su conveniencia, y el otro sobre la posibilidad de utilizar una empresa estatal como instrumento regulatorio para lograr eficiencia.

Conceptualmente, dentro de los distintos instrumentos regulatorios que tiene el estado se encuentra la denominada intervención directa en la economía, que no es otra cosa que intervenir en el mercado a través de una empresa estatal. En otras palabras, si un mercado operado por privados no está funcionando eficientemente, el estado puede evaluar sus opciones regulatorias para enfrentar el problema, por ejemplo considerar de un lado la creación de un sistema de regulación de precios y/o calidades, o de otro lado la introducción de una empresa estatal que compita con los privados y funcione como una especie de catalizador de las condiciones de oferta privada (precios, calidades, etc.), impulsando de esta forma que el mercado funcione más eficientemente. De optar por esta última vía, el estado tendría que retirar a la empresa del mercado una vez logrado el objetivo, pues su única función como instrumento regulatorio era servir de catalizador de las condiciones de oferta. Si la empresa estatal

se perenniza, dejaríamos de estar dentro de la lógica de un instrumento regulatorio.

• **¿Independientemente de que esa empresa pueda ser totalmente rentable?**

Podría ser rentable o eficiente, pero si se ha pensado como un instrumento de regulación y no como un mecanismo para obtener recursos, debe entrar, funcionar como catalizador, e irse. Si relacionamos esta lógica conceptual con el marco legal y constitucional peruano, se tiene que el uso de ese instrumento regulatorio estaría negado bajo una concepción de subsidiariedad absoluta, porque implicaría poner a la empresa estatal a competir con los privados, con lo cual ya no tendría rol subsidiario.

En función de lo anterior, mi segundo comentario es que la creación de una línea de bandera podría cumplir rol subsidiario si entra para atender mercados o segmentos de mercado no atendidos por la empresa privada. Por el contrario, si entra a competir con los privados en los segmentos rentables, no creo que pudiera cumplir la función del instrumento regulatorio antes comentada, pues no sería creada para corregir ineficiencias del mercado y luego ser retirada, sino para cumplir una función estratégica o, en el peor de los casos, política.

• **El mismo nombre propuesto no ayuda**

Exacto, porque no parece que haya una concepción técnica detrás, sino más bien la idea de una empresa que simboliza al país. Así, siempre existiría la posibilidad de que se trate de mantenerla en operación aun cuando sea ineficiente y produzca graves distorsiones en el mercado. Si se piensa así sobre una empresa del estado, estaremos yendo por mal camino.

8. Como usted ha venido explicándonos, si se gestiona bien las empresas públicas se puede lograr la eficiencia de ellas, sin embargo, los detractores argumentan que las empresas públicas están mal gestionadas porque el Estado no usa incentivos para que sean eficientes. Por ejemplo, se señala que los funcionarios que gestionen esas empresas públicas son sólo administradores, y no dueños como ocurre en las empresas privadas. ¿Qué opinión tiene sobre ello?

Puede haber gestión estatal eficiente, aun cuando no exista el incentivo de propiedad de los gestores o administradores privados, porque se pueden crear estructuras de incentivos adecuadas. Las empresas estatales que funcionan en otros países y que son eficientes -no digo que sean muchísimas, más bien probablemente sean pocas- no sólo cuentan con incentivos en base a premios o beneficios adicionales por buena gestión o cumplimiento de metas cuantificables, sino que además están sujetas a medidas de transparencia y rendición de cuentas para asegurar el uso correcto de los recursos. Este sistema combinado de incentivos, responsabilidades y transparencia debe ser

muy preciso y completo, para permitir una verificación de su cumplimiento estricto. Todo ello requiere un gran compromiso y esfuerzo.

9. El fracaso o quiebra de una empresa privada o una empresa estatal tienen consecuencias directas muy distintas. De suceder el primer supuesto, le costaría solo a los accionistas y en el segundo caso, a todos los peruanos, en tanto contribuyentes aportamos para que el Estado pueda tener fondos para poder brindarnos servicios básicos. Por otro lado, volviendo un poco al tema de Línea de Bandera, el actual Presidente de la República señaló que de realizarse el citado proyecto sería bajo un esquema de APP's. Teniendo en cuenta lo mencionado, y sabiendo que la principal característica de esta modalidad es diversificar los riesgos y que el actor que este mejor preparado para asumir determinado riesgos, identifique cuales son y los cubra. ¿Usted estaría de acuerdo con esta propuesta de implementar una Línea de Bandera como una APP?

Tal vez podría funcionar bajo un esquema de APP, pero sería imprescindible que se defina 1) la responsabilidad en la gestión, en este ámbito algunos podrían señalar como condición necesaria que la gestión sea privada; 2) si sólo va atender rutas no cubiertas por operadores privados y/o sectores no rentables, definiendo con plena certeza cuáles son; y 3) si además se le permitirá competir con los privados en las rutas rentables, asumiendo la interpretación integral del artículo 60 de la Constitución antes comentada. Si se incluyera esto último, sería complemente necesario incluir reglas precisas para evitar subsidios cruzados predatorios, pues si se va a subsidiar la operación en segmentos no rentables, esos recursos no deben utilizarse en forma alguna -a través de cuentas compartidas, incremento artificial de costos u otras fórmulas- para financiar las actividades de la empresa estatal en los segmentos competitivos; de otro modo se estaría incumpliendo el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución.

Es posible que dentro un sistema de APPs se pueda lograr lo anterior pues esta modalidad de inversión implica usualmente un concurso competitivo para determinar qué agente ofrece gestionar de forma más eficiente los recursos. Además, las APPs permiten también crear un sistema de incentivos adecuado al combinar la óptica privada y la estatal, generando el balance necesario para que la actividad empresarial del estado funcione de manera eficiente. No obstante, tendría que incluirse reglas drásticas de transparencia y rendición de cuentas.

10. Si el Estado escoge realizar con un privado el cofinanciamiento de una empresa estatal en un determinado segmento, ¿cómo evitar que una APP cofinanciada por el estado incurra en prácticas anticompetitivas?

Ese es un tema complejo. Supongamos que el estado considera que el transporte terrestre de carga es una actividad muy relevante para incentivar la economía productiva del país y que es conveniente el ingreso

de una empresa estatal para atender los segmentos no atendidos por los privados (es decir con un rol típicamente subsidiario), pero también la habilita para competir en los segmentos donde operan privados.

“(...) cuando el estado realiza actividad empresarial con carácter totalmente subsidiario -es decir cuando no existe oferta privada alguna- está realizando actividad asistencial, es decir, se trata de actividades equivalentes.”

Adicionalmente a que la empresa estatal cumpla ese doble rol, supongamos también que el estado decide que la empresa tendrá una partida de 10 millones para atender los segmentos competitivos y una partida de 17 millones para atender segmentos no rentables, considerando los niveles de inversión y subsidio que tendrá que asumir en este segundo ámbito. Si la empresa estatal adquiere repuestos para los medios de transporte, podría hacerlo bajo un sistema de estricta separación de cuentas o en forma conjunta para toda su operación. Si adquiere los repuestos en conjunto, es probable que obtenga descuentos proporcionales al volumen, pero también que tenga la tentación de direccionar parte de los recursos de la partida de segmentos no rentables a cubrir costos de prestación del servicio en los segmentos competitivos. Entonces, al final del día una porción de los costos de su actividad en estos segmentos ya no tendría que ser cubierta por el precio de venta, con lo cual podría empezar a ofrecer sus servicios a un precio menor al de sus competidores. De esta forma, la empresa estatal quedaría artificialmente en una mejor posición competitiva que los privados.

Este es solo un ejemplo, pero podrían multiplicarse los supuestos en que ese doble rol permita que la empresa estatal opere anticompetitivamente y termine perjudicando inválidamente a los privados que deben trasladar la integridad de sus costos al precio de venta.

• Pero no necesariamente, ¿puede haber fórmulas que permitan evitar ello?

Pueden diseñarse fórmulas para evitar que la doble faceta a la empresa estatal afecte negativamente la competencia y el mercado, a través de mecanismos de estricto control de cuentas. El ejemplo propuesto antes está bastante simplificado, pero en realidad se trata de un tema muy complejo, aunque no imposible. Como referente se puede considerar los sistemas regulatorios de separación contable que cumplen las empresas concesionarias de infraestructuras de transporte que participan además en actividades competitivas (por ejemplo la concesionaria de un aeropuerto que además opera una empresa de transporte aéreo). Con un sistema de este tipo puede lograrse que la empresa estatal que participa en segmentos no rentables y a la

vez en segmentos competitivos esté sujeta a un estricto control sobre las inversiones y gastos que realiza en cada actividad.

11. ¿Cuál es su opinión en relación a la tan controvertida y citada Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia contra la Universidad Nacional del Altiplano, Puno, -por la venta de pollos a la brasa considerándose que no guarda relación con las actividades empresariales compatibles con las finalidades educativas y de investigación que la Ley N° 27333, Ley Universitaria? Asimismo, al parecer es la primera vez que el INDECOPI analiza de forma obligatoria la subsidiariedad de la actividad empresarial y asume un rol controlador directo. Incluso, tiene una facultad legal expresa para ello, en base al artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Tomando en cuenta lo mencionado, ¿Cuál es su consideración al respecto?

El INDECOPI ya ha emitido antes resoluciones sobre actos de competencia desleal cometidos por entidades estatales que realizan actividad empresarial y, previamente, ha realizado estudios a pedido del FONAFE sobre el carácter subsidiario de las actividades de varias empresas estatales cuando compiten con los privados. En los referidos estudios el INDECOPI creó una metodología completa para analizar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del estado, la misma que ha sido recogida en el precedente relacionado con el negocio de venta de pollo a la brasa por la Universidad Nacional del Altiplano. En tal sentido, este pronunciamiento del INDECOPI otorga carácter vinculante a esa metodología de análisis, decisión con la cual estoy de acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, discrepo de otros aspectos del análisis realizado por el INDECOPI. Por ejemplo, la distinción que hace entre actividad asistencial del estado y actividad empresarial con carácter subsidiario. Desde mi punto de vista, cuando el estado realiza actividad empresarial con carácter totalmente subsidiario -es decir cuando no existe oferta privada alguna- está realizando actividad asistencial, es decir, se trata de actividades equivalentes. INDECOPI las distingue, lo cual es un error, pues la lógica de la actividad subsidiaria neta es precisamente que sea asistencial.

Otro aspecto muy relevante es distinguir los escenarios de oferta privada inexistente e insuficiente. Es fundamental definir cómo se interpreta la norma cuando la oferta privada es insuficiente y la actividad empresarial del estado puede complementar esa insuficiencia. Creo que aún falta refinar las reglas de análisis para estos escenarios, que permitan determinar en qué segmentos existe insuficiencia de oferta privada y, por ende, dónde puede haber válidamente actividad empresarial del estado con carácter subsidiario.

Finalmente, el INDECOPI le impone un requisito al Congreso al señalar que presumirá la inexistencia de autorización expresa si no se menciona en la ley

respectiva cuál es el objetivo de interés público o la manifiesta conveniencia nacional para permitir la actividad empresarial del estado. Me parece incorrecto que una autoridad administrativa pretenda dar indicaciones al Congreso sobre qué contenido debe tener una ley.

• **¿Constitucionalmente, una agencia de competencia podría controlar ello?**

Creo que la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha abierto la puerta para que el INDECOPI incursione en este tipo de análisis emitiendo resoluciones de carácter vinculante para las partes. Lo que me preocupa es que el INDECOPI no sólo se pronuncie sobre el carácter subsidiario de la actividad empresarial del estado y pueda llegar a analizar también los otros requisitos impuestos por el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, en particular la existencia del interés público o la manifiesta conveniencia nacional. El análisis de este aspecto corresponde al Congreso y, eventualmente, a otras autoridades que tengan funciones que van más allá de velar por el adecuado funcionamiento del mercado.

El problema es que la Ley de Represión de la Competencia Desleal no precisa qué aspectos de la actividad empresarial del estado puede analizar INDECOPI en el cumplimiento de sus funciones, pues solamente establece la prohibición de actividad empresarial del estado como acto de violación de normas. Creo que hubiera sido mejor que se hiciera una precisión adicional definiendo el ámbito de las atribuciones del INDECOPI al evaluar este supuesto prohibido, para evitar cualquier tentación de que su análisis vaya más allá del carácter subsidiario. Al menos el INDECOPI ha sido cauto en la resolución comentada, pues ha afirmado que si la ley indica cuál es la manifiesta conveniencia nacional o el alto interés público bastará para considerar cumplido el requisito constitucional, sin que el INDECOPI realice ningún análisis de fondo al respecto.

12. Como usted mencionó, antes de esta Resolución tan famosa ha habido casos en el que no ha con ese carácter de obligatoriedad, INDECOPI se ha pronunciado. Por ejemplo en el caso de Editora Perú (“El Peruano”), aparte de lo que legalmente tienen que hacer, tiene otras actividades, y así podríamos decir otros ejemplos en el Perú de empresas estatales que siguen esta característica. Incluso, la misma Escuela de Competencia del INDECOPI, cuya finalidad en un primer término era la capacitación de sus funcionarios, terminó utilizándose como un medio para obtener recurso y desviándose del propósito para la que fue creada. Bajo estos ejemplos, ¿Podríamos decir que todas estas empresas públicas actúan en contra de la constitución y las leyes, es decir están ejerciendo una actividad empresarial estatal que es ilegal y/o inconstitucional?

Un criterio rígido y absoluto sobre el principio de subsidiariedad conllevaría a sostener que cualquier entidad estatal que ofrezca bienes y/o servicios

generando una menor demanda por los bienes y/o servicios que ofrecen las empresas privadas que operan en el mercado, está actuando en contra de la Constitución. Con esta óptica, muchas entidades y empresas estatales tendrían que ser llamadas al orden y reducir considerablemente sus actividades o rubros de operación.

Una interpretación integral del artículo 60 de la Constitución, como la que he comentado inicialmente, permitiría admitir algunas excepciones a ese criterio rígido y absoluto, evitando hacer una generalización, o aún peor una satanización, de ciertas actividades que realizan las entidades o empresas estatales.

Sin embargo, soy consciente de que esa interpretación integral aún está por construirse y, además, es claro para mí que no es deseable introducir actividad empresarial del estado por doquier inhibiendo a la iniciativa privada, más aún cuando ello sería invertir completamente lo señalado por el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución.

13. En las actividades estratégicas que involucren la soberanía y seguridad nacionales, ¿cómo cree que debería enmarcarse la actividad empresarial del Estado?

Las actividades que involucran real y efectivamente la soberanía y seguridad nacionales son realizadas habitualmente a través de entidades del estado sin carácter de actividad empresarial. Lo que sucede a veces es que actividades que pueden ser realizadas por privados a través de prestaciones típicas de mercado se presentan como actividades estratégicas y que involucran la soberanía del país, con la finalidad de excluirlas del ámbito privado y reservarlas para el estado. En este campo, me preocupa cualquier visión extremista, ya sea por exceso de lo público o de lo privado. El exceso de lo público, bajo una lógica de protección de la soberanía y seguridad nacional, podría exigir que los aeropuertos y puertos sean operados necesariamente por el estado o empresas estatales. El exceso de lo privado, bajo un criterio rígido y absoluto de subsidiariedad, podría exigir que el registro nacional de identificación y estado civil o la expedición de pasaportes sean administrados por una empresa privada. En tal sentido, no basta con afirmar que una actividad involucra la seguridad y soberanía nacional para descartar la participación privada y optar por la empresa estatal.

14. En síntesis, ¿bajo qué supuestos y en qué casos el Estado debería intervenir en la economía a través de las empresas públicas? En caso de hacerlo ¿cómo debería ser dicha actuación a fin de que no afecte la competencia en la actividad económica y se logre una gestión eficiente?

Desde una perspectiva de “deber” creo que no hay supuesto alguno en que el estado deba intervenir necesariamente a través de una empresa pública. Es decir, no existe mandato constitucional que así lo determine. Más bien, lo que tenemos son casos en los

cuales el estado se encuentra habilitado legalmente a intervenir de esa forma.

El caso típico es cuando no existe empresa privada alguna interesada en ofrecer el servicio. En este caso la entrada de una empresa pública cumpliría rol subsidiario absoluto. Dado que podría desearse ofrecer bienes o servicios subsidiados a la población en varios ámbitos, es evidente que debe hacerse una elección sabia y equitativa pues los recursos del estado son limitados. Más aún, el hecho de que se vaya a subsidiar la operación de la empresa prestadora no determina que ésta deba ser estatal, pudiendo también ser privada con financiamiento estatal.

El segundo caso en que el estado puede intervenir a través de una empresa pública es cuando la oferta privada es insuficiente y no cubre toda la demanda, caso en el cual también cumpliría rol subsidiario. Como ya hemos comentado, este caso requiere el desarrollo de reglas de interpretación, para que la actividad empresarial del estado se mantenga dentro de los linderos del principio de subsidiariedad. Al igual que en el primer caso, la operación también podría ser privada con financiamiento estatal.

El tercer caso de posible intervención a través de una empresa pública sería cuando, de modo excepcional (y con el previo y debido desarrollo legal de reglas

precisas y completas), la empresa estatal ingrese a competir con los privados en mercados rentables. Este tercer caso sería admisible bajo la interpretación integral del artículo 60 de la Constitución que hemos comentado. Podría darse, por ejemplo, si la empresa estatal fuera utilizada como un instrumento regulatorio que sirva de catalizador de las condiciones de oferta en un mercado y, una vez cumplido este objetivo, fuera retirada. Adicionalmente, cualquier empresa pública que entrara por excepción a competir con los privados, tendría que hacerlo necesariamente cubriendo sus costos de operación y asumiendo el riesgo de quiebra sin ningún tipo de salvataje estatal, para cumplir así el tercer párrafo del artículo 60. Además, si se optara por esta vía excepcional de intervención, siempre debería tenerse en mente las dificultades de retirar a una empresa pública del mercado.

Finalmente, en cualquiera de los tres casos comentados tendría que diseñarse un adecuado esquema de incentivos para el desempeño eficiente de la empresa estatal. Además, deberían implementarse reglas precisas y drásticas sobre transparencia y redición de cuentas. Si la empresa pública fuera a ingresar a competir en el mercado, sería completamente necesario establecer previsiones que eviten comportamientos anticompetitivos como por ejemplo obligaciones de llevar contabilidades separadas entre las actividades subsidiadas y las competitivas. ■

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

10 AÑOS

ARBITRAJE

CIVIL

CONTRATACIÓN PÚBLICA

CORPORATIVO

PROPIEDAD INTELECTUAL

SEGUROS

Avenida Arequipa 2327 / Lince, Lima 14 - Perú
 Teléfono y facsímil: (00-51-1) 422-6152 / (00-51-1) 441-4166
 e-mail: estudio@castillofreyre.com / web site: http://www.castillofreyre.com