

Principio de Subsidiariedad: Consideraciones Respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado*

Mario Huapaya Nava**
Juana Rosa Terrazos Poves***

“En el presente artículo, los autores realizan un análisis sobre el principio de subsidiaridad y exponen la importancia de la Actividad Empresarial del Estado con la finalidad de sugerir una aplicación del artículo 3° del D. Leg. 1044, el cual indica que la Ley de Represión de la Competencia Desleal también es aplicable a entidades de derecho público y estatales.”

Introducción

En virtud de la Ley N° 29157, se delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos.

Como parte del conjunto de normas aprobadas por el Poder Ejecutivo al amparo de dichas facultades, con fecha 26 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1044, por el cual se aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal, disponiendo en su séptima disposición complementaria y final la aplicación inmediata en todas sus disposiciones luego de 30 días de su publicación.

Dicha norma surge ante la necesidad de la dación de una nueva ley sobre represión de la competencia desleal que precise su finalidad en concordancia con el objetivo previsto en el referido acuerdo de promoción comercial. La norma estableció expresamente su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial); sus principios, criterios de análisis y conceptos, todo con la finalidad de generar mayor predictibilidad en su aplicación al establecer y sancionar las conductas consideradas como desleales comercialmente.

En tal sentido el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1044 dispuso que su ámbito de aplicación subjetivo comprende a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u **otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales**, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados; especificando en tal contexto, en su numeral 14.3 del artículo 14°, que 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 el referido decreto, vale decir INDECOPI.

Esta última referencia en el Decreto Legislativo N° 1044 trae al contexto de la norma un tema de larga, intensa y luego de la crisis financiera en EEUU, actual discusión, que es la conveniencia de que el Estado participe activamente –como proveedor– en la actividad económica, como accionista y/o gestor de actividad empresarial; por un lado, están quienes sostienen que este rol debería dejarse por completo al sector privado, para que éste destine sus escasos recursos a invertir en servicios como educación, salud, seguridad, infraestructura, etc; y por otro lado; se encuentran los

* Las reflexiones expuestas en el presente artículo reflejan únicamente opiniones personales y no comprometen ninguna posición institucional de alguna de las entidades referidas en el presente documento.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

que sustentan que el Estado puede intervenir en la actividad empresarial respetando y cumpliendo un rol subsidiario, generando e incrementado los recursos estatales (Tesoro Público) cuyo destino final tendrá un carácter social. Este tema controvertido no es materia del presente documento.

En un escenario más específico, respecto del Decreto Legislativo N° 1044, aún cuando sería posible: (i) proponer una modificación normativa o; (ii) criticar la técnica legislativa y sus pésimas consecuencias (poco previstas) para las empresas del Estado; el objetivo del presente trabajo será proponer modestamente algunas consideraciones para una aplicación adecuada¹ del citado numeral 14.3 ya sea por INDECOPI o por FONAFE², tomando en cuenta disposiciones constitucionales y de otras normas vigentes sobre la materia. Así, es de reconocer que la meta común de todas las entidades involucradas debería ser una integración ordenada de la norma en el sistema jurídico y lo menos perjudicial para la realidad económica del país.

Con ánimo de facilitar la lectura, puede adelantarse que el orden del análisis empezará por referirse a los antecedentes a nivel normativo, así como, el análisis efectuado, en algunos informes sobre la materia, por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual – INDECOPI entorno al principio de subsidiaridad. Serán temas tratados la competencia atribuida al INDECOPI mediante el numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, la habilitación legal de las empresas del Estado para realizar actividad empresarial, así como, la aplicación progresiva contenida en las normas vigentes en torno a la actividad empresarial del Estado.

1. Antecedentes

1.1. Marco Normativo a Nivel Constitucional

- El **Artículo 60°** de la Constitución Política del Perú establece que el Estado reconoce el pluralismo económico, y que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa; asimismo establece que la actividad empresarial del Estado directa o indirecta, debe limitarse a un rol subsidiario. Finalmente dispone que tanto la empresa pública como la privada reciben el mismo tratamiento legal³.
- Por otro lado, también a nivel constitucional la **Décima Primera Disposición Final y Transitoria** de la Constitución señala que: *“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores*

gastos públicos se aplican progresivamente”. Esta norma se aplica a todas las disposiciones constitucionales –y ciertamente a sus normas de desarrollo-incluyendo por cierto a cualquier decisión (por ejemplo, de orden empresarial público) que el Estado adopte y que perjudique su delicado balance presupuestario.

1.2. Marco Normativo a Nivel Legal y Reglamentario

Entre lo más importante sobre la materia, lo que estuvo vigente hasta hace muy poco fue la Ley N° 24948 – Ley de la Actividad Empresarial del Estado (1988), recientemente derogada por el Decreto Legislativo N° 1031 (2008) que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado.

En el lapso de tiempo -20 años- entre una y otra norma la actividad empresarial pública (por lo menos del Gobierno Central) se ha regido además por la Ley N° 27170 – Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE y su reglamento, que crea la empresa de derecho público FONAFE (entidad adscrita al sector Economía y Finanzas), para que se encargue de normar y dirigir la actividad empresarial de accionariado del Estado⁴.

En tal secuencia de normas, respecto al principio de subsidiaridad, el Estado resolvió la emisión del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM que precisó –respetando la estructura de competencias públicas– que fuera FONAFE la entidad encargada de cautelar que la actividad empresarial del Estado se sujete a los requisitos y condiciones establecidos en el Artículo 60° de la Constitución Política del Perú, asimismo, estableció los lineamientos y procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado. Esta última resultó siendo una decisión necesaria y adecuada, en el contexto previo a la que en ese momento se consideró imperativa política de privatización.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 011-2002-PCM modificó los artículos 2°, 3°, 4° y 6° del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y el numeral 2 del artículo 3° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Mediante dichas modificaciones se establecieron mecanismos para garantizar la continuidad de la actividad empresarial subsidiaria del Estado, aprovechando la capacidad operativa existente y sin requerir financiamiento del Tesoro Público –todo en atención

1 Preservar el orden jurídico constitucional vigente que subyace la actividad empresarial del Estado, al que deberá ajustarse cualquier aplicación del Decreto Legislativo N° 1044.

2 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual, Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. Empresa de derecho público creada por Ley N° 27170 para normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.

3 De ello es posible advertir que la Constitución ha establecido los requisitos en los que el Estado puede realizar actividad empresarial, los cuales son: (i). Ley expresa; (ii) Alto interés público o manifiesta conveniencia nacional y; (iii) Subsidiaridad.

4 Esta labor ha sido ejecutada través de la emisión de Directivas sobre diversas materias, básicamente orientadas al control presupuestario y al ejercicio de los derechos políticos como accionista en las empresas.

a lo dispuesto constitucionalmente en la Décima Primera Disposición Final y Transitoria.

Se entendió por tanto de las normas citadas que en caso se detecte que la aplicación inmediata de lo establecido en el artículo 60° de la Constitución sea susceptible de causar un mayor gasto público, el Directorio de FONAFE podrá aplicar las medidas que considere necesarias para evitar este impacto negativo, las cuales pueden ser:

- a. Reorganización societaria.
- b. Reorientación de las actividades de la empresa.
- c. Solicitar su inclusión dentro del proceso de privatización.
- d. Otras medidas que considere necesarias

Inclusive, la propia norma dispuso expresamente que la prohibición de actividades empresariales públicas en actividades no subsidiarias no sería aplicable a las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente. Así, se estableció para tal escenario que el Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad. Nuevamente en clara referencia a la Décima Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Este conjunto de normas, aplicadas en la realidad, y por el dinamismo que exige ser empresario (algunas en mercados competitivos), ha permitido que con el objeto de mantenerse económicamente sostenibles, las empresas hayan venido realizando y realicen actividades que permitan el subsidio cruzado y que viabilizan la provisión del servicio económicamente deficitario. Es así que, de acuerdo a la Constitución se debería limitar la provisión de servicios, pero este mandato se mediatiza o no se cumple por factores económicos.

En el mismo orden de ideas, se emitió recientemente el ya referido Decreto Legislativos N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, promulgado con el claro objetivo de fortalecer la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado a través de nuevas herramientas de gestión y estructuras legales que prioricen los principios de eficiencia, transparencia y gobierno corporativo, entre otros, así como un sistema de control adecuado en un contexto de transparencia. Nótese que esta norma tiene claras referencias a incentivar en este campo la intervención privada, ya sea a través del eventual registro de acciones en el Registro Público del Mercado de Valores o los aportes de capital de inversionistas privados.

Finalmente, al conjunto de normas sobre las formas en las que se desarrolla la actividad empresarial el Estado se ha incorporado el mencionado numeral 14.3 del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044, el mismo que desde la perspectiva de la regulación del comportamiento leal del mercado, ha dispuesto una calificación, e implícitamente una serie de posibles consecuencias para la actividad empresarial del Estado.

1.3. Análisis de Subsidiariedad Efectuado por INDECOPI

Cabe señalar en este apartado de antecedentes que la intervención de INDECOPI no es nueva en materia de subsidiariedad, ya que en aplicación del artículo 4° Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, FONAFE solicitó al INDECOPI la elaboración de estudios sobre subsidiariedad en las empresas bajo su ámbito; que no se encontrasen dentro del proceso de promoción de la inversión privada.

INDECOPI, reconociendo tal materia como un mecanismo establecido para respetar el principio de libre iniciativa privada, procedió a analizar la legalidad de las actividades desarrolladas en 13 de las empresas que en ese momento se encontraban bajo el ámbito de FONAFE, así como, el cumplimiento del rol subsidiario de éstas, para lo cual empleó algunos parámetros que la propia norma estableció tal como: la presunción de un mercado atendido privadamente si existían por lo menos dos agentes no vinculados entre sí. Hemos tenido acceso al siguiente texto de alguno de tales informes:

(...)

"El segundo requisito es el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado. La subsidiariedad es un principio que tiene dos facetas, una institucional relacionada a las decisiones políticas y otra sustancial relacionada a la intervención estatal en el mercado. En esta segunda faceta, el principio de subsidiariedad significa que la actividad del Estado como agente del mercado sólo debe desarrollarse cuando no exista iniciativa privada capaz de atender determinada demanda (...).

En consecuencia, la obligatoriedad del carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado no es más que un mecanismo establecido para respetar el principio de libre iniciativa privada reconocido por la propia Constitución".

(...)

Por otro lado, con relación a lo establecido en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, INDECOPI indicó

5 Artículo 14.- Actos de violación de normas.- (...)

14.3.- 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. (el resaltado es nuestro).

–con lo que coincidimos plenamente- que las empresas estatales no deben gozar de ningún tipo de beneficio o privilegio-tributario o de otra naturaleza-, que las coloque en situación de ventaja frente a la empresa privada.

2. Consideraciones a tener en Cuenta para la Aplicación del Numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044

A continuación se presentan algunas consideraciones que personalmente sugerimos se deberán tener en cuenta para la aplicación del numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, considerando que la participación del Estado de actividad empresarial –tal como se ha explicado en el numeral anterior- conforma un sistema construido y habilitado en base a autorizaciones legales expresas, las que a su vez involucrarían al interés público (reflejados por ejemplo en servicios públicos deficitarios sostenidos por subsidios cruzados).

En ese sentido, un análisis coherente y acorde a los principios que inspiran la constitución económica en el Perú, deberá ponderar la aplicación de las normas a fin de compatibilizar la función del Estado tanto como empresario y como garante de una economía social de mercado.

2.1. Las Empresas del Estado Fueron Creadas y Mantienen una Habilitación Legal

Una primera consideración a tener en cuenta para la aplicación del numeral 14.3 antes referido, es que las empresas del Estado que realizan actividad empresarial actualmente vienen operando al amparo del artículo 60° de la Constitución, su desarrollo en cada una de sus normas de creación, y una habilitación legal o autorización (para actividades no subsidiarias) aprobada por FONAFE en virtud al Decreto Supremo N° 034-2001-PCM.

Por lo tanto, en el supuesto de que cada una de dichas empresas opera en función de la habilitación concedida por los poderes públicos (Legislativo-Ejecutivo) a través de una ley expresa, podría afirmarse que para que ésta sea modificada o derogada necesita ser sometida a un análisis bajo los principios de subsidiaridad y solidaridad que subyacen la actividad empresarial del Estado, principios que tal como señala ARIÑO⁶:

(...)

“(...) aparentemente contradictorios que han jugado siempre como dos polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es la subsidiaridad del Estado, que inspira la libertad individual; el otro es el principio de solidaridad, que apunta hacia ese objetivo de igualdad de todos los

hombres. El primero encuentra su soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo. En la adecuada articulación de ambos principios, en cada momento y en cada lugar, radica una de las claves del Estado Moderno”

(...)

Por su parte Eduardo Rodríguez:

“El principio de actuación subsidiaria constituye uno de los pilares que delinear la función económica del Estado; parte del inmovible principio del Derecho público por el que toda habilitación para la actuación económica del Estado reside en las exigencias del interés general, que constituye la finalidad a la que se sustenta toda potestad pública (...)”⁷

“(...) Frente al protagonismo de la iniciativa privada en el marco de la economía social, la actuación del Estado en materia económica no constituye una actividad excepcional y meramente expectante, sino, por el contrario, sus funciones son gravitantes en tanto garante del bien común (...)”⁸

En el mismo sentido puede afirmarse que dichas leyes que habilitan la actividad del las empresas del Estado actualmente se encontrarían sujetas a los siguientes criterios:

a) Presunción de Constitucionalidad; puesto que, son compatibles y concordantes con lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución; tal como se ha señalado en la líneas precedentes; adicionalmente, las leyes cuentan con una interpretación constitucional que salvaguarda su permanencia en el ordenamiento jurídico

Asimismo, no existe declaración expresa de su expulsión del ordenamiento jurídico o inaplicación de sus alcances y contenidos en el marco de un caso particular y concreto.

b) Aplicación Coordinada La ley debe ser objeto, dentro de lo razonable, de una interpretación tendente a salvar su permanencia en el ordenamiento jurídico, así como a aplicar sus consecuencias jurídicas, en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica. Aquí claramente se reconoce el mismo sentido de la aplicación progresiva sugerida por la Décima Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

6 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Modelo de Estado y Sector Público Empresarial, en: Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo, Lima: 2007, p. 18.

7 RODRIGUEZ, Eduardo, Privatización de la empresa pública y Post. Privatización, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 137.

8 Ibid. pág. 139.

c) **Preconstitucionalidad de la Ley;** puesto que, las leyes que fueron dictadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1993 mantienen sus efectos jurídicos, en tanto no sea objeto de un pronunciamiento expreso y contrario por parte de algún órgano adscrito a la jurisdicción constitucional⁹.

En consecuencia, la expulsión o inaplicación de una ley autoritativa para la participación de una empresa pública en el mercado, deberá ajustarse al marco de las competencias e iter procedimental establecidas para la jurisdicción constitucional.

Adicionalmente, dicha decisión de expulsión o inaplicación de una ley de dicha naturaleza solo operaría cuando esta alcanza la calidad de cosa juzgada constitucional conceptualizada en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 006-2006-PC/TC¹⁰ como:

“(...) la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Decisiones que no se han producido, toda vez que, el ordenamiento jurídico peruano viene armonizando, a través de diversas normas tales como el Decreto Legislativo N° 1031, los principios subsidiaridad y solidaridad, los cuales subyacen la actividad empresarial del Estado.

2.2. El Decreto Legislativo N° 1044 debe Aplicarse Considerando el Mandato Constitucional de la Décima Primera Disposición Final y Transitoria

Una segunda consideración a tener en cuenta –ya expresada previamente– no solo para la aplicación del numeral 14.3 antes referido, sino también para

su lectura en general es el principio elemental de la unidad del sistema jurídico –garantía elemental de un estado de Derecho–

En virtud a este principio se deberán aplicar las disposiciones legales y/o reglamentarias (numeral 14.3) considerando imprescindible el mandato de aplicación progresiva¹¹ que fue establecido literalmente en la undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que dispone que: *“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”*.

“(...) en la realidad comercial del Perú de la última década, el rol del Estado empresario ha sido protagónico en determinados mercados con claros reflejos positivos en la economía del país y la situación social (...)”

En ese sentido, una aplicación sin considerar dicho principio de progresividad, generaría un grave daño a la economía del Estado, tanto por la contribución a los servicios públicos que las empresas brindan, como por el evidente nuevo o mayor gasto que significaría para el Tesoro Público suplir las actividades sociales que las empresas ejecutan con cargo a sus actividades empresariales no subsidiarias.

Ello más aun considerando que, en la realidad comercial del Perú de la última década, el rol del Estado empresario ha sido protagónico en determinados mercados con claros reflejos positivos en la economía del país y la situación social, tanto en, mejoramiento de la prestación de servicios públicos, rentabilidad al Tesoro Público y lo que es mejor ha generado calidad de vida a los peruanos, a través de diversos programas sociales de promoción que se encuentran en marcha.

Para una muestra de tales afirmaciones, tal como lo señala el informe elaborado por FONSECA OLIVEIRA¹², según información del propio FONAFE,

9 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional la demanda de inconstitucionalidad de una ley se tramita ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de seis años contados a partir de su publicación, vencidos los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51° y por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución; vale decir que el control abstracto es sustituido por el control concreto –aquel que aparece tras un conflicto de intereses con facultades inaplicativas.

10 Demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. Por procesos judiciales relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas (conflicto de competencias contra).

11 Informe elaborado por el señor Carlos Fonseca Oliveira.

12 Para un mayor detalle de las empresas bajo el ámbito de FONAFE, se recomienda visitar www.fonafe.gob.pe

existen 54 empresas bajo su corporación, de las cuales 35 se encuentran operativas y el resto está en proceso de salida del mercado (liquidación)¹³. Aún se mantiene participación minoritaria en 14 empresas. La presencia del Estado en el mercado, a través de FONAFE, se da en diversas actividades, principalmente en aquellas vinculadas a los servicios de infraestructura pública (saneamiento, distribución eléctrica, puertos, aeropuertos, servicios postales); al sector financiero (Banco de la Nación, Banco de Materiales, COFIDE, AGROBANCO, etc.); y al sector energía (generación eléctrica e hidrocarburos). Las empresas estatales bajo el ámbito de FONAFE participan en sus respectivos mercados en condiciones de monopolios locales. En el caso de la distribución eléctrica, eso está delimitado por el área de concesión, y en lo que respecta al saneamiento (SEDAPAL), su ámbito es Lima metropolitana y Callao.

Por lo que, es fácilmente comprobable que las empresas que conforman la corporación FONAFE tienen una gran rol en la economía del país, no sólo debido a su alcance nacional, o al nivel estratégico de las mismas, si no sobretodo por la magnitud económica de sus operaciones. En efecto, si hacemos una comparación tomando como criterio los ingresos totales, veremos que éstos superan en 46% a los de REPSOL (España), duplican los de SOUTHERN (México), y son 11% mayores a los ingresos conjuntos de los tres mayores grupos económicos privados locales (BUENAVENTURA, BRESCIA y CREDICORP).¹⁴

A continuación presentamos un cuadro con datos que grafican lo manifestado:¹⁵

Ranking según ingresos por Grupo Económico (\$./ MILLONES)		
Grupo	País	Ingresos Totales
FONAFE	Perú	14,871
REPSOL	España	10,174
SOUTHERN	México	7,116
TELEFÓNICA	España	6,440
BUENAVENTURA	Perú	6,244
BRESCIA	Perú	3,647
CREDICORP	Perú	3,444
BBVA	España	3,242

2.3. Teoría de la Aplicación Progresiva Contenidas en las Normas Vigentes

Siguiendo el análisis planteado, una tercera consideración a tomar en cuenta para la aplicación del numeral 14.3 es el hecho de que las normas que han ido modificando a lo largo del tiempo la

participación del Estado en la actividad empresarial, no solo se remontan a la Constitución de 1993, la cual reguló de manera limitativa las posibilidades de la actividad empresarial del Estado, estableciendo un carácter subsidiario a la actividad empresarial privada, únicamente autorizada por Ley expresa y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; lo cual marcó una gran diferencia con su antecesora - la Carta Magna de 1979 - la cual establecía un régimen más permisivo y hasta cierto punto promotor de la actividad empresarial de Estado, sino que luego del cambio del modelo económico efectuado por la Constitución de 1993, diversas normas han regulado respecto la forma progresiva como debía adecuarse la actuación subsidiaria del Estado, tal es así que podemos citar los siguientes cuerpos normativos:

2.3.1 Decreto Supremo N° 034-2001-PMC

Al respecto es preciso señalar que la aplicación progresiva de la disposición constitucional sobre el principio de subsidiariedad del artículo 60°, considerando su impacto en el gasto público, no es una materia reciente o nueva, ni siquiera en su enfoque desde el respeto a la libre competencia en los mercados.

De hecho como se indicó reiteradamente, sobre la materia el sistema jurídico tiene vigente una norma específica -Decreto Supremo N° 034-2001-PMC- que fija elementos expresos al respecto, así como, una expresa delegación en FONAFE para mantener las actividades que cumplieran tales requisitos y restringiera las que no, procurando progresivamente su reforma.

En tal sentido, el Decreto Supremo ha regulado a través de su articulado la necesidad de garantizar una utilización adecuada y transparente de los recursos públicos, evitando que éstos sean destinados al desarrollo de actividades que impliquen un descuido de tareas prioritarias que son inherentes al Estado.

Adicionalmente, dicha norma estableció que es conveniente contar con mecanismos y procedimientos que permitan la participación de los ciudadanos y de los agentes económicos interesados en la fiscalización del cumplimiento de las condiciones a que se encuentra sometido el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado,

13 Ejemplo de esas participaciones minoritarias son los casos de Cemento Andino, EDEGEL, las empresas azucareras del norte del país y RELAPASA. Hasta antes de la promulgación del mencionado Decreto Legislativo No. 1031 (junio de 2008), este tipo de participación estatal se denominaba "Accionariado del Estado". Actualmente, en virtud de esa norma legal, se habla de "Accionariado Estatal Minoritario", y se considera que este tipo de participación ya no forma parte de la AEE. Cabe recordar que el Decreto Legislativo No. 216 de 1981 - norma que creó por primera vez el FONAFE sólo como "fondo" (tal como hemos mencionado en el pie de página 9), establecía que la AEE comprendía cuatro tipos de empresas: i) Empresas estatales de Derecho público, ii) Empresas estatales de Derecho privado, iii) Empresas o sociedades de economía mixta, y iv) Accionariado del Estado. A partir de la entrada en vigor del reciente Decreto Legislativo No. 1031, los tipos de empresas antes mencionados cambian de la siguiente manera: i) Empresas del Estado con potestades públicas, ii) Empresas del Estado de accionariado único, iii) Empresas del Estado de accionariado privado, y iv) Accionariado Estatal Minoritario.

14 SOLANO, Wilfredo. "Actividad Empresarial del Estado. Las Cifras del FONAFE, en Gestión Pública, Estudio Caballero Bustamante, Lima: 2007. p. A16.

15 Idem.

como del uso de los recursos públicos que se efectúe con ocasión al desarrollo de dichas actividades.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM estableció que -de acuerdo al Artículo 1° de la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado- FONAFE se encarga de normar y dirigir la actividad empresarial que con carácter subsidiario realiza el Estado, por lo que, resultó conveniente establecer los procedimientos a través de los cuales **FONAFE delimita y autoriza de manera específica el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el estado.**

Tal es así que desde la emisión de este Decreto Supremo es FONAFE, en ejercicio legítimo de sus deberes legales, la entidad que se encarga de dirigir la actividad empresarial del Estado subsidiaria y no subsidiaria; con el respaldo de todo el marco constitucional vigente (artículo 60° y Undécima Disposición Final y Transitoria).

Por tanto, es posible advertir que actualmente existe un marco jurídico vigente y derivado del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM que contiene disposiciones que FONAFE ha venido implementado en sus empresas en marcha de manera progresiva, entre las cuales a manera de ejemplo podemos citar:

- a. Reorganización societaria.
- b. Reorientación de las actividades de la empresa.
- c. Solicitar su inclusión dentro del proceso de privatización.

Dichas implementaciones se sujetaron a: (i). una aplicación de la cautela constitucional al mayor gasto público, (ii). un orden con necesaria razón y clara intención de la promoción de la privatización exitosa, y (iii). que tal prohibición no resulta aplicable a las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada.

Por otro lado, se dispuso que no resultaba aplicable la prohibición de actividades no subsidiarias, para las que sean determinadas específicamente por el Directorio de FONAFE, tomándose en cuenta el principio general de aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas – lo cual reposa un en marco constitucional que no ha sido derogado ni variado. Para mayor control el referido decreto dispuso expresamente en su artículo 4°, que en la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter

subsidiario desarrollada por el Estado, FONAFE deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- a. Las condiciones de competencia en el mercado;
- b. La situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate;
- c. La subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Estas condiciones sólo se verifican con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública.

2.3.2 Decreto Legislativo N° 1031

Por su parte, el recientemente aprobado Decreto Legislativo N° 1031 que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, el cual respondió a la misma autorización legislativa otorgada en virtud de la Ley N° 29157 al poder Ejecutivo por el Congreso de la República, en cuyo marco se aprobó el Decreto Legislativo N° 1044, tiene como objetivo general la unificación y simplificación de la normatividad antes existente sobre la actividad empresarial del Estado, así como, su adecuación a los lineamientos constitucionales y al contexto de la situación económica actual, la cual no solo atraviesa por trascendentales cambios sino que exige del Estado una participación que garantice la competitividad del Perú en el camino a la integración mundial de las economías.

Ahora bien, consecuentemente con el orden jurídico, el Decreto Legislativo N° 1031, en su referencia constitucional sobre actividad empresarial del Estado, no desconoce el marco jurídico que impone una aplicación progresiva, determinando en tal sentido **nuevas formas de participación de la inversión privada en las empresas**, que dan un sesgo privatista a la actividad que ya realiza el estado empresarialmente –en línea con el artículo 60° de la Constitución Política.

En tal sentido, con dicha disposición constitucional, la continuidad de determinadas actividades no subsidiarias evitaría la necesidad de recurrir a transferencias de fondos de Tesoro Público, minimizando el impacto de la eliminación inmediata del desarrollo de actividades no subsidiarias. Toda vez que:

“(…) la única manera por la que una empresa estatal puede cumplir y mantener su objetivo

político se da asegurando previamente la satisfacción de los requerimientos financieros para su desarrollo en el mediano plazo.”¹⁶

Esto evidentemente sumado a la orientación hacia la inversión privada en las empresas del Estado, prevista en el Decreto legislativo N° 1031 y las modalidades ya establecidas por otros cuerpos normativos, que ciertamente se condicionaría con una necesaria aplicación no progresiva del Decreto Legislativo N° 1044.

Aunque pendiente de ser reglamentada para entrar en plena vigencia, este Decreto Legislativo ha dispuesto normas claras que responden a una aplicación progresiva del mandato constitucional, entre las cuales podemos encontrar el registro de acciones en el Registro Público del Mercado de Valores (artículo 12°) y Aportes de capital de inversionistas privados (tercera disposición complementarias, transitorias y modificatorias).

3. La Competencia Atribuida Mediante el Numeral 14.3. del Decreto Legislativo N° 1044 es Constitucionalmente Cuestionable


Sin perjuicio de lo arriba señalado y toda vez que el análisis respecto la constitucionalidad o no del numeral 14.3 no es objeto del presente trabajo, solo plantearémos en este acápite algunas interrogantes que consideramos necesarias de ser posteriormente analizadas y desarrolladas.

En tal sentido, si bien la competencia de INDECOPI para valorar la actividad empresarial del Estado

puede guardar coherencia jurídica desde alguna perspectiva, toda vez que en efecto, la Carta de 1993 reconoce como principio de su constitución económica, la libertad a la iniciativa privada, y su ejercicio dentro de una economía social de mercado, renunciándose limitativamente sobre las posibilidades empresariales del Estado, **existen conceptos constitucionales que por su misma naturaleza han sido considerados NO absolutos o que han sido interpretados versátilmente, aun con lo plasmado en la Constitución de 1993.**

Al respecto Bernalles señala lo siguiente:

*“La Constitución si tiene, en cambio, vocación natural de mayor permanencia; ello le proporciona estabilidad al régimen político y seguridad al sistema jurídico. Por eso mismo en asuntos que son de naturaleza variable, y la economía lo es, **la Constitución no puede entrar en rigideces conceptuales y menos convertir en dogma asuntos tangibles**”¹⁷ (el resaltado es nuestro).*

Por tanto, a manera de reflexión, permítanos señalar que ante **preceptos constitucionales no absolutos como subsidiaridad y solidaridad**, los cuales se conjugan en función a fines y ponderaciones del interés colectivo con el particular, resulta necesaria la intervención del máximo órgano interprete de la Constitución, esto es el Tribunal Constitucional, que le otorgue contenido a dichos principios considerando los casos particulares, ello básicamente a fin de respetar la noción y alcances de la jurisdicción y competencia constitucional que implica que el acto estatal de interpretación o integración de las normas constitucionales corresponde al Tribunal Constitucional y es indelegable 

16 Véase, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado. ISC editores, Lima noviembre de 1997. p. 358.

17 Por lo que, resulta necesario preservar la supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales –función valorativa–, expulsando la norma contraria a la Constitución –función pacificadora–, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional –función racionalizadora–.