

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

Si bien el Estado cumple un rol orientador en el desarrollo nacional, dicha función debe desarrollarse dentro de los límites que establece la Constitución y el Derecho en general, puesto que no estamos ante un poder irrestricto de intervención del Estado; sino, ante uno delimitado, el cual busca (entre otros fines) tutelar los intereses de los privados que podrían verse afectados ante la idea de un Estado omnicompreensivo.

2. Regulación Constitucional

Nuestra Constitución, en su Título III, desarrolla la regulación del régimen económico vigente en nuestro país. De esta manera, mediante un conjunto de normas básicas, establece la estructura necesaria para el desempeño de un sistema económico aceptado por la mayoría de miembros de la sociedad. Dichas normas se orientan, principalmente, en dos direcciones: (i) regular la intervención del Estado en la actividad económica; y, (ii) proteger la libre iniciativa privada como derecho fundamental. Doctrinalmente, esto es conocido como *Constitución Económica*.

2.1. Constitución Económica

El concepto de constitución económica alude a aquellos principios y reglas de juego fundamentales que deben ser contemplados dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, a fin de garantizar el óptimo desarrollo del sistema económico adoptado. En ese sentido, Kresalja entiende por constitución económica al “conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las sociedades mercantiles y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan sus derechos, deberes y responsabilidades”⁽¹⁾.

En líneas generales, la principal finalidad de las normas que forman parte de la constitución económica es la de contribuir a que las diversas actividades que, en conjunto integran el sistema económico, reciban un tratamiento protector; tanto hacia los intereses particulares, como a los intereses de la nación en conjunto. Estas normas basan su configuración en los siguientes conceptos fundamentales: el modelo económico del Estado, la subsidiariedad de la intervención estatal en la economía, la libre competencia y defensa de los

consumidores, las garantías para la inversión privada, etc. A continuación desarrollaremos brevemente algunos de ellos.

2.2 Modelo económico

Entendemos por modelo económico, a aquella estructura pre-establecida para orientar el desarrollo de la actividad económica de un país. Así, la Constitución Política de 1993, establece en su artículo 58 que el régimen económico que nuestro Estado toma como modelo, es el de una “economía social de mercado”.

El modelo económico asumido por la Constitución recoge una propuesta conciliadora entre dos sub-modelos (economía social y economía de mercado) aparentemente irreconciliables. En este sentido, mientras que una economía social tiene una clara tendencia de control, en tanto el Estado goza de protagonismo para dirigir e intervenir en las actividades económicas, sacrificando la actividad privada y promoviendo la defensa de la propiedad colectiva, esto es, tomando como punto de partida de las necesidades públicas; la economía de mercado muestra una tendencia más liberal, tiene por principio fundamental la defensa del derecho a libre iniciativa privada, promoviendo la defensa de la propiedad privada y de los principios reguladores de la libre competencia; de modo que, el rol del Estado pasa a ser de carácter secundario.

Según señala Gaspar Ariño, respecto al supuesto *carácter irreconciliable* de estos sistemas económicos cabe realizar dos interpretaciones:

- a) La primera parte de que este modelo económico no supone una simple mezcla

(1) KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico*. En: Homenaje a Jorge Avendaño. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2004.p. 518.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

entre los dos extremos que contempla, sino que estamos, en realidad, frente a una “economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado (red de seguridad para asegurar una mínima cobertura y servicios a todos los ciudadanos) complementarias y compatibles con aquella”⁽²⁾.

- b) Una segunda interpretación, denomina a este modelo económico *economía mixta* y afirma que, la combinación de los sistemas de mercado y social es asistemática, lo cual implica que entre las participaciones privadas y estatales no hay un orden jerárquico, sino que, intervendrán en las actividades económicas de acuerdo a las necesidades de cada momento.

El autor termina por inclinarse a favor de la primera interpretación, afirmando que, en este modelo económico, solo cabría intervención estatal “1) para corregir los comportamientos viciosos de la economía de mercado (incluso con iniciativa pública), y 2) para establecer una red de seguridad con servicios que no serían atendidos por el mercado, como la cultura o la salud”⁽³⁾. Nos adherimos a esta posición, pues consideramos que de una interpretación sistemática de los artículos insertos en el Título III de la Constitución, se desprende el carácter subsidiario que dicho cuerpo normativo busca otorgarle a la participación del Estado en la economía; mientras que, le asigna mayor protagonismo a la iniciativa privada.

Visto ello, debemos mencionar que la Constitución, establece ciertos principios que en conjunto, buscan dotar de verdadera efectividad a este modelo económico. A continuación trataremos brevemente algunos de ellos:

- a) Libertad de empresa: Contenida en el artículo 59 de la Constitución; indica que “el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”. De acuerdo a Ariño, su contenido esencial se rigede acuerdo a tres ámbitos esenciales: (i) Libertad de creación

de empresa, materializada en la posibilidad de acceso libre al mercado; (ii) Libertad de organización, en tanto una vez creada la empresa, queda a discreción de su titular decidir sobre todos aquellos asuntos relacionados con el régimen interno de la misma; y, (iii) Libertad de dirección, referida al ejercicio permanente de la actividad económica emprendida.

En ese sentido, entendemos que existe libertad de empresa, mientras se pueda elegir con autonomía qué actividad económica realizar -respetando ciertas limitaciones objetivas-, y se garantice que, en virtud de tal libertad, la conducción de la empresa quedará a libre criterio de su titular, quien no deberá someter sus decisiones, en tanto lícitas, a la aprobación de un tercero o de la misma Administración.

- b) Pluralismo económico: Regulado en el artículo 60 de la Constitución, el cual señala que “el Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”. Este principio pretende esclarecer la situación que vive la economía de un Estado social de mercado, la cual contiene elementos que provienen tanto de un modelo liberal, como de uno socialista, primando aquél sobre este último.

La Constitución reconoce la pluralidad en el desarrollo de la economía, amparando la actividad empresarial pública y privada, dotando a la última de mayor protagonismo y exigiéndole a la primera una participación subsidiaria. No obstante, una vez que coinciden en el plano económico, debe respetarse el principio de igualdad que rige entre ellas, lo que se materializa,

(2) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica) Comares. Granada. 2001. p 217.

(3) *Ibid.*; p. 133.

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

por ejemplo, en no otorgarse beneficios adicionales injustificados que afecten la libre competencia en el mercado.

- c) Principio de Subsidiariedad: La Real Academia Española entiende este principio como el “criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma”⁽⁴⁾. En nuestra Constitución, se encuentra recogido en el artículo 60 al señalar que “solo 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”.

Así, es la propia Constitución la que limita las posibilidades del Estado en cuanto al ejercicio de la actividad empresarial, tanto directa como indirecta, a cuando se justifique por razones de interés público; o, cuando sea, a simple vista, de conveniencia nacional. De este modo, se acepta la intervención estatal, únicamente cuando ésta pueda generar un beneficio a la colectividad, o pueda paliar o anular un perjuicio en su contra.

Para Gaspar Ariño, este principio encontraría su fundamento en que “la organización, cualquiera que sea, debe servir e impulsar el desarrollo de sus miembros, nunca destruirlos ni absorberlos”⁽⁵⁾. En tal sentido, el Estado solo deberá intervenir ahí donde no existe un privado dispuesto a tomar las riendas del ejercicio de determinada actividad económica necesaria para el bienestar general.

Sin embargo, como afirma el mismo autor, es difícil que nazca en un individuo la iniciativa necesaria para asumir tal responsabilidad si no cuenta con los incentivos para ello. Para dicho autor, asegurar la eficiencia de nuestro modelo económico, necesitará de dos condiciones: (i) Que exista la propiedad privada y que ésta goce de una sólida protección formal y material; y, (ii) que se garantice el libre mercado y, dentro de él, la libertad de empresa, entendida como la facultad de crear, organizar y dirigir una empresa en un contexto que se desarrolle acorde a la libre competencia. En conclusión, el principio de subsidiariedad del Estado, alude al hecho de que, éste solo podrá intervenir en la

economía (siempre que exista una ley que así lo autorice), cuando su intervención responda al interés público o convenga manifiestamente a la nación y siempre que no exista algún privado que asuma responsabilidades al respecto.

3. Herramientas del Derecho Administrativo

La intervención del Estado en la economía no sólo encuentra límites constitucionales, sino que debe también respetar los principios establecidos por el Derecho Administrativo, cuya injerencia resulta pertinente toda vez que las potestades administrativas sirven tanto para disciplinar el régimen jurídico de la actuación del Estado, como para intervenir en la conducta de los particulares. Ahora bien, la intervención estatal en la economía se lleva a cabo mediante distintas modalidades jurídicas, siendo una de ellas, la actividad de fomento.

3.1 Actividad de Fomento del Estado

La actividad de Fomento o dispensadora de ayudas y recompensas constituye una modalidad de actuación de la Administración destinada a “(...) proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios público (...)”⁽⁶⁾. “En el centro de esta cuestión está el esfuerzo del poder público de estimular a los empresarios para que realicen un comportamiento económico concreto y que reciban la «gratificación» que se espera por la realización de un determinado

(4) Real Academia de la Lengua Española. Consulta: 16 de abril de 2011. Disponible en web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=subsidiariedad.

(5) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op. cit.*; p. 67.

(6) JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. En: Revista de Estudios Políticos. n.º 48. Madrid. 1949.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

comportamiento⁽⁷⁾. Bajo este mismo argumento, Parada indica que la actividad de fomento “estimula mediante diversos premios o apoyos el ejercicio de la actividad de éstos (los privados) para que la orienten al cumplimiento de determinados fines de interés general⁽⁸⁾.”

De lo expuesto, podemos definir la actividad de fomento económico como un conjunto de beneficios otorgados en favor de los privados (no obstante, nada impide que los entes públicos sean destinatarios), con la finalidad de promover determinadas actividades económicas consideradas de interés general o esenciales para la satisfacción del interés público. De este modo, el Estado evita asumir titularidad sobre ellas, limitándose a incentivar su realización por particulares; asegurando su prestación, sin necesidad de intervención directa.

De esta definición podemos inferir tres características esenciales a la actividad de fomento:

- a) El accionar administrativo se justifica en la necesidad de satisfacción de un interés público; si bien las medidas redundarán en beneficios para la colectividad, no son ejercidas como una liberalidad del Estado, sino que responden a la necesidad de tutela de una situación en concreto.
- b) El incentivo supone una actividad de carácter selectivo, toda vez que se manifiesta a través de medidas de discriminación positiva a favor de un grupo determinado o determinable de destinatarios.
- c) La concesión de una medida de fomento es siempre un acto unilateral de la Administración no proviene de un acuerdo de voluntades entre el Estado y el beneficiario; las actuaciones que éste deba realizar no constituyen contraprestación, sino que tienen como fin viabilizar el goce de la ayuda, subvención o medida de fomento.

De otro lado, siguiendo a Huapaya⁽⁹⁾, podemos clasificar los incentivos de fomento en: (i) medidas jurídicas, (ii) medidas

honoríficas; y, (iii) medidas económicas; clasificación que ha sido admitida por la mayoría de la doctrina.

De acuerdo a ella, las medidas jurídicas, la Administración puede beneficiar directa o indirectamente a ciertos particulares en la realización de determinadas actividades; de manera directa a través de la concesión de cierto tipo de exoneraciones o inafectaciones parciales al cumplimiento de disposiciones administrativas de carácter prohibitivo; y, de manera indirecta, fijando mecanismos más rigurosos para el acceso a determinada actividad económica por cierto grupo de particulares, en beneficio de otros.

Con respecto a las medidas o estímulos honoríficos, éstas consistirán en distinciones o premios que brinda la administración ante la realización de actividades que revisten un carácter paradigmático o ejemplar. La Administración, de manera discrecional, otorga reconocimientos con el fin de recompensar actividades que poseen un mérito suficiente y que remarcan un interés general.

En el tercer grupo encontramos las medidas económicas, éstas consisten siempre en un aumento patrimonial para el beneficiario, el cual es brindado por la Administración a los particulares de manera directa o indirecta, a fin de que realicen cierto tipo de actividades consideradas de interés público. Así, se hablará de: (i) manera directa o positiva, cuando enmarquen un desembolso u otorgamiento directo de estos beneficios, entre estos podemos encontrar a las subvenciones, subsidios, créditos públicos, etcétera; y, (ii)

(7) STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid. 1992. p. 204.

(8) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Parte General. Tomo 1. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 1999. p. 139.

(9) HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Derecho Administrativo Económico*. Materiales de enseñanza. Lima. 2011. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

manera indirecta, cuando el Estado deje de percibir cierto tipo de ingresos (generalmente fiscales), beneficiando así a determinado particular por el desarrollo de una determinada actividad; algunos identifican ello con un *lucro cesante estatal*. Dentro de esta modalidad tenemos la desgravación de un determinado producto, las exoneraciones tributarias derivadas de una obligación que tiene un nacimiento no-legal, la admisión de materias primas sin el pago de derechos aduaneros, entre otros.

En este punto, cabe resaltar que las adopciones de las diversas medidas o incentivos que la Administración se encuentra en la facultad de otorgar no se someten a la mera discrecionalidad de la Administración; sino que quedan determinadas de acuerdo a la finalidad a la cual han sido destinadas. De esta manera, las medidas de fomento encontrarán validez en tanto la actividad que se desarrolla con los beneficios otorgados sea una que merezca o requiera de tales incentivos, es decir, es un requisito de que dicha actividad remarque interés público.

No podría ser de otra manera, pues, a través de estos incentivos, la Administración otorga ventajas a los particulares beneficiarios, colocándolos en una situación de ventaja frente a los demás; lo que en un escenario normal, constituiría una vulneración ilegítima a la igualdad y a la libre competencia; sin embargo, al encontrarse de por medio el elemento de interés público, no se configurará tal vulneración. Así, Arpio Santacruz señala que:

“Cuando un Estado decide otorgar beneficios económicos a algunas empresas o producciones, lo hace para promover determinados objetivos y conseguir ciertos resultados. Así, las ayudas del estado son utilizadas para dirigir la iniciativa económica, pública o privada, hacia objetivos de interés más o menos general, de carácter social, regional, cultural o medioambiental”⁽¹⁰⁾.

De lo expuesto se deduce que la actividad de fomento del Estado no es una facultad ilimitada de la administración, quienes arbitrariamente puedan tomar decisiones y repartir beneficios entre los administrados sin consideraciones objetivas algunas; más bien, la actividad de fomento, como toda actividad de

la Administración, encontrará una serie de limitaciones que repercuten en la validez y la licitud de sus actuaciones. Entre los requisitos o los límites que se encuentran, el elemento esencial es la presencia de un interés general o público en el otorgamiento de determinados incentivos (incluyendo la graduación en que estos incentivos se otorguen) a determinados particulares.

Finalmente, resulta pertinente señalar algunos de los principios que rigen la actividad de fomento del Estado, los cuales también servirán de límite a esta modalidad de actuación estatal:

- a) **Transparencia:** El otorgamiento de una medida de fomento, así como las reglas por las que se rige, deben ser públicas, susceptibles de ser conocidas por todo aquel que pueda estar interesado en ellas. De esta manera, se quiere asegurar que la Administración Pública no actúe arbitrariamente en su concesión, más aún desde que se trata de un gasto público; y por otro lado, el libre acceso, en igualdad de condiciones, de todos los interesados.
- b) **No discriminación:** En tanto las medidas de fomento tienen como beneficiarios a un grupo determinado de particulares, se puede considerar que implican cierto grado de discriminación a favor de ellos, toda vez que les brindan mejores condiciones frente al resto del mercado. Sin embargo, se trata de supuestos de discriminación positiva, es decir, la asistencia es otorgada a favor de personas que se encuentran en una situación de manifiesta desigualdad; de modo que, a través de estos incentivos, se busca colocarlas en igualdad de condiciones en relación al resto del mercado. Así, el principio de

(10) ARPIO SANTACRUZ, Juan L. *Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de la competencia*. Arazandi. Navarra, 2000, p. 61.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

no discriminación guarda relación con el mencionado anteriormente, ya que las medidas de fomento no deben ser otorgadas arbitrariamente para favorecer a un grupo determinado; sino que deben traducirse en un apoyo justo y razonable a determinados sectores, a fin de cumplir con finalidades de interés general.

- c) **Proporcionalidad:** Debe existir un equilibrio entre el perjuicio o desequilibrio causado por las medidas de fomento y el objetivo que se pretende alcanzar. Por regla general, toda intervención estatal en la economía supone una afectación a la libertad e igualdad de los competidores en el mercado; por ello, debe evaluarse caso por caso si es que la intervención resulta pertinente o, de lo contrario, implica una afectación injustificada a la libre competencia.
- d) **Reserva de ley:** Alude a la necesidad de que la medida de fomento se encuentre establecida en una norma con rango de Ley. La aplicación de este principio dependerá de la materia sobre la que verse la actividad interventora; así, por ejemplo, si se trata de subvenciones, al constituir medidas presupuestarias, será necesario que éstas respeten la reserva de ley; mientras que en otros casos bastará una disposición administrativa que la implemente.
- e) **Subsidiariedad:** En este punto, nos remitimos a lo señalado en el inciso c) del apartado 2.1.1.
- f) **Control:** La actividad de fomento no es una mera liberalidad del Estado, sino que constituye una medida administrativa que tienen como fin último coadyuvar a la satisfacción de un interés general; como tal, debe estar sujeta a mecanismos de control efectivos. Este control debe darse en dos ámbitos; por un lado, sobre la propia actuación de la Administración, control que se ejerce por vía legislativa, a través de los órganos de control interno de las entidades públicas y del Sistema Nacional de Control, y, eventualmente por el Poder Judicial, en caso el enjuiciamiento de las medidas de fomento se lleve a tribunales del orden penal o contencioso-administrativo); y por otro lado, sobre el beneficiario de la ayuda, quien deberá responder por el uso y destino de los incentivos que se le hayan otorgado.

3.2 Fallas de Mercado

Vista la modalidad de actuación de la Administración

pertinente para este caso, resulta conveniente precisar uno de los supuestos en los que esta intervención es ampliamente aceptada por la doctrina.

Nos encontramos frente a una falla de mercado cuando se verifica una situación que altera la eficiencia de la economía en términos paretianos; es decir, aquella situación en la que los recursos se asignan mal o se distribuyen de manera ineficiente, teniendo como resultado que el nivel de consumo del recurso no coincida con el óptimo social. Por el contrario, estamos ante un mercado eficiente en los términos mencionados cuando, si bien las partes no logran la máxima satisfacción de su interés, existe equilibrio entre ellas, pues asumen en proporciones similares los perjuicios que acarrea la escasez de bienes. En consecuencia, un mercado es eficiente cuando un sujeto puede lograr el más alto grado de satisfacción de su interés, sin que otro vea perjudicado el suyo por esta situación. Cuando la economía, pierde eficiencia en ese sentido, podremos decir que existen fallas en el mercado, tal como afirma Malloy al referir que “existen circunstancias en las que el mercado no es eficiente en el sentido de Pareto y se denominan fallas de mercado”⁽¹¹⁾.

Usualmente, los agentes privados, a través de su actividad económica, consiguen solucionar las fallas de mercado existentes, restituyendo su eficiencia; no obstante, cuando esto no es posible, se justifica en la intervención del Estado únicamente para restablecer las reglas de la competencia que doten nuevamente de eficiencia a la economía de mercado, por lo que no nos encontramos, evidentemente, frente a una intervención arbitraria e ilimitada, sino que debe obedecer a lo estrictamente necesario para dar solución a la falla.

(11) PAUL MALLOY, Robin. *Derecho y economía de mercado: una nueva interpretación de los valores del derecho y la economía*. Marcial Pons. Madrid. 2007. p. 110.

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

3.3 Libre competencia

Regulado en el artículo 61 de la Constitución, en el cual se señala que: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”. De este modo, se establecen los deberes del Estado para fomentar y asegurar la plena vigencia de la libre competencia en nuestro sistema económico.

Así, debe entenderse por libre competencia, aquella situación, interpretada de cara al concepto de libre mercado, en la cual existe tanto igualdad de condiciones y oportunidades para desarrollar una actividad económica con respecto a los ofertantes, como las garantías necesarias para que los consumidores puedan tomar sus decisiones libremente, manejando la información necesaria para optar por un bien u otro ofrecido en el mercado. Entonces, todo beneficio injustificado a favor de una u otra empresa vulnera el principio constitucional de la libre competencia.

4. El caso de la Ley de actividad empresarial de la industria azucarera

Explicado el marco conceptual, pasaremos a analizar el caso de la Ley 28027, Ley de la actividad empresarial de la industria azucarera, así como sus sucesivas prórrogas; con el fin de determinar si es que existió una justificación en este accionar estatal, las posibles consecuencias que se generaron, si se vulneró alguno de los principios vistos anteriormente y, finalmente, si es que se pudo optar por una solución alternativa a la intervención estatal, en tanto, última opción que debió emplearse.

1.1 Historia de la actividad empresarial azucarera

Hasta mediados de los setenta, nuestro país era considerado uno de los principales exportadores de azúcar a nivel mundial;

lamentablemente, una de las consecuencias que trajo consigo la transformación de los grandes fundos agrícolas en empresas colectivas o de carácter asociativo (medida impuesta en el marco de la Reforma Agraria implementada durante gobierno de Juan Velasco Alvarado) fue el desbaratamiento de este sector productivo. Así, el mercado azucarero fue víctima de deficiencias en la administración, escasa inversión extranjera, atraso tecnológico, entre otros; lo que conllevó a que el país pase a ser uno de los grandes importadores de azúcar en la región. Esta tendencia no mostró ninguna mejora durante los siguientes veinte años⁽¹²⁾.

En ese contexto, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se buscó dar un nuevo impulso a esta industria a través de su privatización, pues se argumentaba que la crisis que se vivía era consecuencia del modelo de propiedad colectiva o cooperativa. Con esta finalidad, en el año 1996, se implementó la Ley de Saneamiento Económico Financiero de las Empresas Azucareras⁽¹³⁾, con la que se “creó el Programa Extraordinario de Regularización Tributaria (PERTA), mediante el cual la SUNAT condonaría el 70% y capitalizaba el 30% de las deudas tributarias de las azucareras, sujeto a que las empresas azucareras cambien su modalidad empresarial a sociedades anónimas y los trabajadores capitalicen no menos del 50% de su CTS y el 100% de sus adeudos laborales”⁽¹⁴⁾. De este modo, el Estado (cuando los acreedores eran la SUNAT, la Seguridad Social y la ONP, la emisión de acciones debía realizarse a favor de dichas entidades) y los trabajadores

(12) Salvo ligeras recuperaciones a mediados de los años ochenta y de 1994, cuando se llegó a tener siete millones y seis millones de toneladas métricas de caña de azúcar, respectivamente. Cabe resaltar que estas cifras no alcanzan a aquellas de años anteriores a los setenta, en los que la producción supera los ocho millones de toneladas métricas.

(13) Decreto Legislativo 802. Ley de Saneamiento Económico-Financiero de las Empresas Azucareras.

(14) COMISIÓN ORDINARIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. La Privatización de las Empresas Agroindustriales Azucareras. Congreso de la República del Perú. Consulta: 15 de marzo de 2011. Disponible en web: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/CIDEF/resumenes/privatiza/azucar.pdf>.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

pasaron a tener una participación accionaria en estas nuevas sociedades azucareras. En principio, dicha norma no suponía una vulneración de los derechos de los trabajadores, pues recibían acciones que se encontraban a su libre disposición. Sin embargo, posteriormente, se vieron afectados debido a que el valor de venta de dichas acciones difería ostensiblemente del valor nominal al cual fue capitalizado y, además, el Estado favorecía el ingreso de inversionistas privados, en detrimento de los trabajadores, mediante la venta de sus acciones y la emisión de una serie de Decretos de Urgencia⁽¹⁵⁾.

Así, la participación de los trabajadores en las sociedades azucareras se fue diluyendo como consecuencia de: (i) la rápida venta de sus acciones a precios ínfimos, debido a no contar con asesoramiento alguno; y, (ii) las constantes capitalizaciones de créditos por parte del Estado, lo que significó la mayor posibilidad de ingreso para inversionistas privados.

De esta forma, diversos grupos económicos fueron tomando el control de las empresas azucareras, siendo que, antes del inicio del nuevo milenio, las únicas empresas que aún no tenían *socios estratégicos*, es decir, que aún no eran controladas por alguno de los grandes grupos económicos; eran Pomalca, Casa Grande y Tumán. No obstante, con el paso de los años, Casa Grande fue adquirida por el grupo Gloria S.A y las dos restantes cayeron en manos de Edwin Oviedo, quien, a fin de reflotar ambas azucareras, realizó una inversión de 25 millones de dólares, haciéndose del 30% de acciones de Pomalca y del 19% de Tumán; y quien, en virtud de una serie de fallos del Poder Judicial, es el actual administrador de ambas empresas. Cabe resaltar que, hoy en día, Pomalca y Tumán son fuente del 25% de la producción nacional de azúcar⁽¹⁶⁾.

4.2 Solución del Estado frente a la caída del sector azucarero: Ley de la actividad empresarial de la industria azucarera.

Como se ha mencionado, a mediados de la década de los 90, se iniciaron una serie de reformas legislativas que tenían como finalidad hacer resurgir el sector azucarero; siendo la principal de ellas la promulgación del Decreto Legislativo N° 802, Ley de Saneamiento Económico-Financiero de las Empresas Azucareras, del 13 de marzo de 1996. Dicha norma buscaba, básicamente, la privatización de las empresas azucareras, mediante la conversión de cooperativas a sociedades anónimas y la consecuente venta de acciones a inversionistas privados; de este modo, se pensaba alcanzar un mayor desarrollo en el sector.

Así, tomando como referencia el informe *La industria azucarera peruana en el contexto internacional y la posible firma del TLC con los Estados Unidos* elaborado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, se tuvo como resultado para el año 2004, tres grupos de empresas distintas:

Grupo A: Laredo (Grupo Manuelita); San Jacinto (Picasso-Candamo); Paramonga (Wong), Cartavio (Empresarios Arequipeños), Chucarapi (Empresarios Arequipeños) y Pucalá (ahora la posee el Banco Wiese).

(15) Éstos fueron:

- i. Decreto de Urgencia 121/96 - Normas para que las empresas agrarias azucareras culminen con el proceso extraordinario de regularización tributaria establecido por el Decreto Legislativo 802.
- ii. Decreto de Urgencia 043/97 - Disposiciones referidas al proceso de capitalización de la deuda tributaria de las empresas agrarias azucareras.
- iii. Decreto de Urgencia 023/00 - Normas complementarias para la aplicación del Decreto Legislativo 802, Ley de saneamiento económico financiero de las empresas agrarias azucareras.
- iv. Decreto de Urgencia 045/00 - Establece medidas complementarias a las comprendidas en el Decreto Legislativo 802, Ley de saneamiento económico financiero de las empresas agrarias azucareras.

(16) Artículo del 9 de marzo de 2011. Producción de azúcar se normalizará en los próximos días. www.elcomercio.pe. Consulta: 21 de abril de 2011. Disponible en web: <http://elcomercio.pe/economia/724855/noticia-produccion-azucar-se-normalizara-proximos-dias>.

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

Grupo B: Tuman y Andahuasi, aunque no tienen socios inversionistas, vienen haciendo lo que hace el Grupo A⁽¹⁷⁾, son buenos seguidores y están logrando salir a flote.

Grupo C: Pomalca, Tuman, Casagrande y Cayalti; con grandes problemas económicos y sociales, no han conseguido atraer inversión privada⁽¹⁸⁾.

A partir de ello, se buscó otorgar beneficios a las empresas que no lograban su reflote, es decir, las empresas catalogadas dentro del Grupo C. Así, en el año 2003, se promulgó la Ley 28027, Ley de la actividad empresarial de la industria azucarera. Entonces, debemos determinar la importancia de estas empresas para la economía nacional a fin de valorar si se justifica la dación de la ley en cuestión.

En general, el sector azucarero tiene una fuerte influencia, tanto económica como social, sobre los valles y pueblos que circundan las regiones donde se desarrolla esta actividad. Se ha determinado que, para el año 2004, 492 064 peruanos dependían directa e indirectamente del desarrollo de la actividad azucarera; asimismo, la producción nacional equivalía a 958 mil TM, lo que constituía un aporte de 6.5% del Producto Bruto Interno Agrario⁽¹⁹⁾. En este contexto, las empresas del Grupo C (Pomalca, Tuman y Cayalti), ubicadas en la región de Lambayeque, representaban el 26.7% de la producción nacional⁽²⁰⁾, porcentaje realmente significativo para esta industria.

Cabe resaltar la gran diferencia que se dio entre las empresas de los Grupos A y B, que ya contaban con inversión privada, en comparación con las del Grupo C, que aún no contaban con ella; así, mientras las primeras incrementaron su productividad considerablemente, las

otras vieron reducida su producción. Ello se puede apreciar en el cuadro a continuación, el cual nos muestra que, para el año 2002, se produjo un incremento en la producción de azúcar procesada de 101% para las empresas con inversión privada, mientras que en las empresas que no recibieron capital privado, la producción se redujo en un 20%⁽²¹⁾.

Dentro de este contexto, se hizo manifiesta la necesidad de privatizar las empresas del sector, toda vez que mediante ello se estaba logrando reflotar este mercado, objetivo planteado desde un inicio con la dación del Decreto Legislativo 802. Otro indicador de los beneficios de la privatización fue el incremento en la cosecha; así, para el año 2004, los integrantes de los Grupos A y B incrementaron su cosecha en un 66%; mientras que los pertenecientes al Grupo C, luego de la privatización y de la vigencia de la Ley 28027, alcanzaron un incremento del 34%.

Hasta ese momento, parecería que la Ley 28027 era justificada; toda vez que, a través de las privatizaciones, se estaba alcanzando exitosamente el objetivo de hacer resurgir la industria azucarera. No obstante, consideramos pertinente realizar un análisis más extensivo de esta norma antes de llegar a dicha conclusión.

(17) Las empresas del Grupo A lideraron la atracción a la inversión privada, generando altos niveles de producción y la consecuente recuperación de las mismas.

(18) MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. La industria Azucarera peruana en el contexto internacional y la posible firma del TLC con los Estados Unidos. Lima. 2004. p.14. Consulta: 20 de marzo de 2011. Disponible en web: <http://www.grade.org.pe/download/docs/Informe%20proy%20261.pdf>.

(19) Asociación Peruana de Productores de Azúcar y Biocombustible. Perú: Situación de la actividad Azucarera. Lima. 2004. p. 7. Consulta: 18 de marzo de 2011. Disponible en web: http://www.appab.org/files/informe_sector_azucarero2.pdf.

(20) *Ibid.*; p.14.

(21) MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. La industria Azucarera peruana en el contexto internacional y la posible firma del TLC con los Estados Unidos. Lima. 2004. p.13. Consulta: 20 de marzo de 2011. Disponible en web: <http://www.grade.org.pe/download/docs/Informe%20proy%20261.pdf>.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

4.2.1 Promulgación de la Ley 28027

En julio de 2003, el Estado decidió promulgar la Ley 28027, Ley de la actividad empresarial de la industria azucarera. En teoría, el contexto histórico de este sector industrial hacía necesario contar con una ley de esta naturaleza, dado que, como explicaremos a continuación, el objetivo perseguido por ella- fomentar el desarrollo eficiente de este tipo de actividad agroindustrial- no obedecía a un capricho de las autoridades públicas; sino que, por el contrario, iba de la mano con una serie de beneficios que recaerían sobre toda la población, generando un clima de bienestar general. Se ha mencionado que la intervención estatal no puede darse en cualquier sector del mercado, sino que debe ser uno de interés público. El mercado azucarero ciertamente configura un sector de interés público para la economía pues constituye parte de la canasta básica familiar, pero, sobretodo, por la cantidad de personas que dependen de esta industria y por el impacto que tiene en los valles que circundan esta actividad.

4.2.1.1 *Objetivos de la Ley 28027*

El artículo 1 de la Ley, establece que su objeto principal se orienta, en primer lugar, a fomentar el desarrollo de la industria azucarera del país a través de la promoción de la inversión en este sector, con la finalidad de que la bonanza genere beneficios como la creación de puestos de empleo, disminución de la pobreza, desarrollo regional, incremento de ingresos tributarios, seguridad alimentaria, ahorro, incremento de divisas y desarrollo de otro tipo de actividades agro industriales.

Para alcanzar tal atractiva situación, la Ley enumera una serie de mecanismos de los cuales podrían valerse las empresas azucareras que cumplieran con los requisitos en ella, tales como contar con participación accionaria del Estado y que, a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley, no hayan transferido más del 50% de las acciones representativas de su capital social.

Los mecanismos mencionados, se resumen en lo siguiente:

- a) Capitalización de las deudas tributarias: Este instrumento, regulado en el artículo 2 de la Ley, permitía a las empresas azucareras capitalizar el total de la deuda generada hasta el 31 de mayo de 2003, a favor de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y la Oficina de Normalización

Previsional (ONP), por el incumplimiento con respecto al pago de los tributos por ellas administrados. Para acogerse a este beneficio, las empresas debían cumplir con un riguroso procedimiento establecido en la Ley que tras ser aprobado terminaba por extender el beneficio de la capitalización no únicamente al monto correspondiente a los tributos impagos, sino también a las multas y moras generadas en función de la deuda.

- b) Reprogramación de las aportaciones al Sistema Privado de Pensiones: Nuevamente, tomando como fecha límite el 31 de mayo de 2003; a través de este mecanismo, las empresas azucareras podían adherirse a una reprogramación de los aportes obligatorios al Sistema Privado de Pensiones que, a dicha fecha, se encontraran pendientes. El procedimiento para acceder a este beneficio, encuentra su regulación en el artículo 3 de esta Ley.
- c) Suspensión de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y similares, sobre los activos de las empresas azucareras que cumplieran con los requisitos ya descritos: Este es el Régimen de Protección Patrimonial. La suspensión a la que hace mención, de acuerdo a lo establecido en su artículo 4, opera por el plazo de doce meses y genera efectos limitativos sobre cualquier procedimiento concursal establecido en la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal.

4.2.1.2 *Justificación de la Ley 28027*

Como ya se mencionó, el comportamiento que despliega el Estado viene predeterminado por normas constitucionales, las mismas que establecen las facultades y los límites dentro de los cuales el accionar del Estado es legítimo. En el caso de la Ley 28027, se establecen diversos beneficios a favor de las empresas azucareras que decidieran,

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

tras cumplir con determinados requisitos, adherirse al marco regulatorio abordado en el punto precedente, además se ordena la suspensión de medidas cautelares y la ejecución de todo tipo de garantía, así como el impedimento de iniciar procedimientos concursales. Desde nuestra perspectiva, todos los beneficios mencionados constituyen una clara materialización de la actividad administrativa de fomento, específicamente, de medidas económicas.

Sin embargo, no basta que se trate de una modalidad de actuación del Estado para afirmar que la intervención es justificada, es necesario que se respeten los límites impuestos por la Constitución y el Derecho en general. Tales como, que exista proporcionalidad entre el desequilibrio generado con la medida de fomento realizada y el objetivo que se persigue con la misma; el respeto por el principio de igualdad entre los agentes económicos privados, de modo que se trate de una situación real de discriminación positiva y no de una decisión arbitraria del Estado; que exista entre todos los interesados en la medida adoptada, libertad de acceso a la misma, entre otros.

Además, es necesario que la motivación principal de la intervención del Estado sea proteger el interés público o por razones de manifiesta conveniencia para la población; pero, ¿qué se entiende por interés público? La definición de interés público no es del todo clara dentro de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02488 -2004-AA, de 10 de octubre de 2006, al referirse a la noción de interés público menciona que: "El interés público, es típicamente un concepto indeterminado. Es decir, se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias"⁽²²⁾.

Las circunstancias que nos permiten calificar al desarrollo de la actividad azucarera como un tema de interés público,

son principalmente que, al momento de la promulgación de la Ley, (i) la industria azucarera a duras penas podía abastecer la demanda nacional. Por ello, si las empresas (Cayaltí, Pomalca y Tumán) no recibían la protección del Estado, probablemente dejarían de funcionar, dejando el mercado nacional en un riesgo de quedar desabastecido de un producto de primera necesidad; (ii) existían 9,389 trabajadores que dependían de estas empresas y, al mismo tiempo, 100,591 personas que tenían alguna vinculación con el desarrollo de la actividad de las empresas⁽²³⁾; y, (iii) las empresas tenían elevados pasivos laborales y deudas con sus acreedores, las cuales en esa época eran imposible de pagar si continuaban en el mismo estado económico, los más perjudicados serían los trabajadores, quienes no podrían cobrar las deudas.

En consecuencia, si bien es cierto que el concepto de interés público no goza de un contenido específico, es válido entender por el mismo lo siguiente:

"(...) resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría (...) apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración (...)"⁽²⁴⁾.

De modo que, en atención a todo lo señalado anteriormente y tomando en cuenta

(22) Véase el fundamento 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de octubre de 2006. Expediente 2488-2004-AA/TC, en el Proceso de Amparo interpuesto por la empresa de transportes Sol del Perú, contra la Municipalidad Provincial de Pasco.

(23) Asociación Peruana de Productores de Azúcar y Biocombustible. Perú: Situación de la actividad azucarera. Lima. 2004. p. 7. Consulta: 18 de marzo de 2011. Disponible en web: http://www.appab.org/files/informe_sector_azucarero2.pdf.

(24) ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. De Palma. Buenos Aires. 1989. p. 264.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

las circunstancias existentes al promulgarse la Ley y los beneficios generados en favor de toda la población peruana a raíz de la actividad de estas empresas. Consideramos que la situación de las azucareras sí constituye un supuesto de interés público; por tanto, la decisión del Estado de intervenir mediante la promulgación de la Ley 28027 adquiere legitimidad y se encuentra justificada.

4.2.1.3 Prórrogas de la Ley 28027

Posteriormente a la Ley 28027, se dieron una serie de normas que prorrogaban la protección patrimonial a la industria azucarera. Así, tenemos la Ley 28288, la Ley 28448, la Ley 28662, la Ley 28885, la Ley 29299 y la reciente Ley 29678.

Las mencionadas normas han venido ampliando los beneficios establecidos en la Ley 28027. Así, se han prorrogado los plazos de protección patrimonial de las empresas azucareras frente a sus acreedores. Todas estas normas deberían ser analizadas bajo los mismos criterios que la primera ley; lamentablemente, analizar cada prórroga de manera individual excede la extensión de este trabajo; por ello, nos limitaremos a analizar la última Ley, preguntándonos si el contexto actual, la situación de las empresas y las consecuencias que se han ido generando en la realidad, hacen que esta última disposición sea meritoria de las extensiones recibidas o si, por el contrario, es una ley inconstitucional.

4.2.2 Ley 29678

Esta norma fue aprobada por el Congreso de la República en diciembre del 2010; sin embargo, el Presidente de la República, en virtud de la potestad que le otorga el artículo 108 de la Constitución, observó la autógrafa devolviéndola al Congreso para que sea reconsiderada en un posterior debate. En declaraciones del presidente Alan García, afirmó que “si con la ley de protección patrimonial las empresas lo que hacen es hundirse más en deudas y en problemas, en deudas a los trabajadores, en deudas a la administración tributaria, entonces ¿para qué sirve?”⁽²⁵⁾.

Por otro lado, de acuerdo al diario de debates de la legislatura ordinaria de 2010⁽²⁶⁾, los legisladores que aprobaron la ley argumentaban que la prórroga buscaba proteger el interés de los trabajadores ante la amenaza de los grandes grupos económicos; además, señalaban que evitaría que los grupos económicos adquirieran estas empresas y formen un monopolio. Era evidente que existían posturas distintas entre el poder ejecutivo y el legislativo. Luego de varios meses de tensa situación política, el 20 abril del 2011, el pleno del Congreso rechazó las observaciones hechas por el presidente y aprobó con 71 votos a favor la ampliación de la protección patrimonial a las empresas azucareras hasta el 31 de diciembre de 2011. De esta manera se cumplirían más de siete años de protección patrimonial.

4.2.2.1. Objetivos de la Ley 29678

En el artículo 1 de la mencionada ley se indica que su objeto es establecer medidas para viabilizar el régimen de las empresas agrarias azucareras para efectos de la ejecución de la Ley 29299, Ley de ampliación de la protección patrimonial y transferencia de participación accionaria del Estado a las Empresas Agrarias Azucareras, promulgada el 15 de diciembre de 2008. Siguiendo esta finalidad, su artículo 4 señala que: “El régimen de protección patrimonial de las empresas agrarias azucareras contenido en el párrafo 4.1 del artículo 4 de la Ley 28027, Ley de la Actividad Empresarial de la Industria Azucarera, se extiende y termina indefectiblemente el 31 de diciembre de 2011, sin excepción, exceptuándose de este

(25) Artículo del 6 de diciembre de 2010. Presidente peruano evalúa si observa polémica ley azucarera. Reuters. Consulta: 21 de abril de 2011. Disponible en web: <http://www.reuters.com/article/2010/12/06/peru-azucareras-idARN0621631520101206>.

(26) Diario de debates del Congreso. Primera Legislatura ordinaria de 2010. p. 29-33. Consulta: 18 de marzo de 2011. Disponible en web: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052577E7001B B111/\\$FILE/PL0-2010-13C.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052577E7001B B111/$FILE/PL0-2010-13C.pdf).

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

régimen las obligaciones laborales, sociales y tributarias que venzan a partir de la vigencia de la presente Ley. El atraso en el cumplimiento de estas obligaciones ocasiona la conclusión del régimen de protección patrimonial”.

De este modo, se extiende una vez más el régimen de protección patrimonial otorgado por la primera ley. Es momento, entonces, de analizar la justificación y constitucionalidad de esta última norma.

4.2.2.2. Justificación

Anteriormente, mencionamos que la Ley 28027 encontraba plena justificación en tanto el contexto en el que fue promulgada así lo ameritaba. Así, señalamos que, en dicha fecha, la producción azucarera poseía una gran relevancia para la economía nacional, para la población nacional y configuraba un foco de desarrollo para las poblaciones adyacentes a las zonas de explotación azucarera. Pues bien, al momento de la dación de la Ley 29678, cabe preguntarnos si se mantenían las condiciones que hacían válido el otorgamiento de beneficios para las empresas azucareras o si, por el contrario, estas condiciones habían desaparecido, con lo cual, los beneficios que otorgara la Ley 29678 en referencia serían injustificados.

De acuerdo a los resultados arrojados por los *Indicadores de Gestión de la Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.* de Octubre del 2008, para aquella época, teníamos una serie de cifras positivas para la industria azucarera, lo cual demostraba la efectividad de los beneficios otorgados por la Ley 28027 en tal sector. Observemos algunas éstas:

- a) “Actualmente⁽²⁷⁾ se tiene más de 7 183 hectáreas de cañas con 98% de caña nueva de 1 a 4 años, sembradas por la actual gestión y 500 hectáreas de agro exportación. (...) Actualmente se tiene sembrado el 70% del área cultivable y al 2010 se debe el 100% del área sembrada. Es decir,

cerca de 10 000 hectáreas de cultivos de caña y agro exportación”⁽²⁸⁾.

- b) “Se observa el pago de adeudos laborales que se han venido incrementando significativamente desde el año 2006 hasta el 2008 que la empresa ha destinado S/.2 576 729 al pago de remuneraciones atrasadas y que se le ha pagando mensualmente a los recientemente jubilados”⁽²⁹⁾.
- c) “Las acciones se han incrementado de S/. 0 035 cada acción hasta S/. 1.35 cada acción, 350% entre el año 2006 al 2007 época en que los accionistas: trabajadores, jubilados, viudas y herederos han venido cerca de S/. 80 000 000 en beneficio de ellos”⁽³⁰⁾.

Tomando por ciertas estas cifras, podemos entender que, para el año 2008, las empresas objeto de la protección patrimonial se encontraban en una mejor situación económica con respecto al momento en que fue promulgada la Ley 28027. Así, el mismo Informe contiene un documento denominado *Alcances, Justificación, Impacto y Beneficios de la Ley de Protección Patrimonial* que describe, mediante cifras, las consecuencias positivas de la referida norma, al señalar que: “la protección patrimonial ha conseguido la recuperación en 40% en la producción de azúcar, consolidando la seguridad administrativa en el Perú y sobretodo, evitando la quiebra del 30% de la industria azucarera”⁽³¹⁾.

(27) Estudio realizado en el año 2008.

(28) Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A. *Indicadores de gestión de la empresa agroindustrial Pomalca S.A.A.* Lima. 2008. p. 2 Consulta: 20 de marzo del 2011. Disponible en web: http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/DOC_POMALCA/Informe%20Indicadores%20EAI%20Pomalca%20Oct%202008.pdf.

(29) *Ibid.*; p. 6.

(30) *Ibid.*; p. 7.

(31) Empresa Agroindustrial Pomalca S.A.A. *Alcances, Justificación, Impacto y Beneficios de la Ley de Protección Patrimonial.* Lima. 2008. p.3 Consulta: 20 de marzo del 2011. http://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/DOC_POMALCA/Informe%20Indicadores%20EAI%20Pomalca%20Oct%202008.pdf.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

Ahora bien, tomando en consideración que la Ley 28027 fue otorgada en un momento de crisis, en que el interés público requería que se otorguen ciertos beneficios a las empresas azucareras a fin de reflotar su producción y su rentabilidad (limitando el principio de libre competencia); la consecución de dicha finalidad debió conllevar a que la intervención económica, materializada en el otorgamiento de los beneficios ya señalados, cese.

Sin embargo, los efectos de la Ley 28027 no cesaron, sino que, como ha sido mencionado, sufrió una seguidilla de prórrogas que llevaron a la promulgación de la Ley 29678, que genera la actual discusión. Así las cosas, cabe preguntarnos, ¿es necesario aún que se brinde protección patrimonial a las empresas azucareras incluso ante las evidentes mejoras económicas que presenta este sector con respecto a la situación inicial en la que se encontraba al promulgarse la primera norma? ¿Tiene validez, a la luz de las limitaciones de la intervención estatal en el mercado, la promulgación de la Ley 29678 que no hace más que extender una norma cuyos efectos ya no se encontrarían justificados en el contexto actual? Consideramos que la respuesta es negativa.

Ante ello, no podemos más que afirmar que el nuevo contexto de la industria azucarera difiere por completo de los años de crisis en la industria azucarera (contexto de la Ley 28027); ya no nos encontramos ante un sector que urge de protección e incentivos por parte del Estado; sino que, se han alcanzado altos niveles de producción, volviendo a ser exportadores de este producto.

Hoy la situación es diferente: la economía del país es otra, el agro genera miles de millones y los precios locales del azúcar han mejorado notablemente los rangos de utilidad de las empresas del sector⁽³²⁾. De este modo, la intervención del Estado, dirigida a otorgar beneficios a las empresas de este sector, en aras de proteger un interés público pasible de ser lesionado ante el declive del mercado azucarero, ya no se encuentra justificada.

Ahora bien, ¿cómo explicar que el crecimiento económico en el sector azucarero no repercuta positivamente en la economía

de empresas como Tumán y Pomalca, ambas administradas por el Grupo Oviedo, que, además de participar de la bonanza que golpea a dicho sector, se ven beneficiadas por incentivos económicos estatales? Al parecer todo deriva del mal manejo de la administración interna de Tumán y Pomalca a manos del Grupo Oviedo, lo cual, desde nuestro punto de vista, no hace necesaria, ni mucho menos justifica que el Estado continúe prorrogando la misma ley una y otra vez, con la finalidad de seguir favoreciendo a determinados agentes económicos en particular, pues, como hemos sostenido a lo largo de este artículo, toda intervención del Estado en la economía, en virtud de su participación subsidiaria, debe obedecer a circunstancias sumamente excepcionales y a favor del interés público.

De lo anterior se desprende que:

- a) El contexto actual, que representa una bonanza y un crecimiento en el rubro azucarero, distinto al existente al momento de la dación de la Ley 26027, conlleva a que esta norma, que buscaba superar la crisis de su momento, ya no se encuentre justificada.
- b) Su existencia, por lo tanto, representa una flagrante violación al principio constitucional de libre competencia, el cual subyace al derecho a la igualdad que deben tener las empresas dentro de un mercado competitivo.
- c) Por otro lado, se contraviene nuestro modelo económico, pues las decisiones en el mercado ya no son establecidas por la participación de los agentes económicos privados, sino que son determinadas, en cierta medida, por lo que disponga el Estado a través de su actividad legislativa,

(32) El Comercio. Editorial. Ley azucarera es inconstitucional. Lima. 2011. Consulta: 13 de abril de 2011. http://elcomercio.pe/opinion/694572/noticia-ley-azucarera-inconstitucional_1.

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

en virtud de que tal hecho incidirá directamente en el desarrollo de la actividad azucarera.

- d) El estanco de las empresas controladas por el Grupo Oviedo, que no logran reflotar a pesar de la bonanza económica en las que se encuentra el medio azucarero, no amerita que el Estado otorgue beneficios o incentivos a fin de realizar el reflote de las referidas empresas. Lo correcto sería que estas empresas sigan el curso de su destino, tendiente al ingreso a una etapa concursal.

4.2.2.3. Consecuencias.

Toda vez que la última prórroga de la Ley es inconstitucional, al violarse el principio de libre competencia, el rol de subsidiariedad del Estado y contravenirse nuestro modelo económico, puesto que, el contexto no justifica la intervención del Estado, afirmamos que se generan una serie de afectaciones a las limitaciones constitucionales y administrativas establecidas al inicio del presente trabajo.

Por otro lado, se presenta una tergiversación de la actividad de fomento estatal. Como hemos señalado, por medio de la Ley 28027, la Administración otorga una serie de incentivos a un grupo específico de empresas del sector azucarero, con la finalidad de alcanzar el reflote de las mismas; y, en consecuencia, el desarrollo de esta industria. Pues bien, consideramos que esta norma configura un supuesto de aplicación de dicha modalidad de actuación estatal; tratándose, específicamente, de medidas jurídicas y económicas; puesto que se conceden exoneraciones al cumplimiento de ciertas normas, exclusión del sistema concursal, y se genera un incremento patrimonial indirecto en las empresas, mediante la condonación de distintas deudas. Corresponde, entonces, analizar si se satisfacen los requisitos y limitaciones propias del ejercicio de esta modalidad de intervención del Estado.

En primer lugar, debemos resaltar que, a diferencia de lo que sucedió en el contexto de la primera ley, el escenario en el que nos encontramos actualmente no cuenta con el elemento del interés público como factor justificante para la aplicación de medidas de fomento. Ello en virtud de que, por un lado, el mercado azucarero ya no se encuentra en situación de crisis y, por otro, que las empresas objeto de este análisis tampoco mantienen una situación económica deplorable.

Luego, es pertinente señalar que la Ley 29678 tampoco cumple con la mayoría de los principios que dan cuerpo a

la actividad de fomento. En este sentido, identificamos la afectación a los siguientes:

(i) **Transparencia:** por los requerimientos que impone la Ley 28027, y en consecuencia, sus prórrogas, para acogerse al sistema que propone; podría considerarse que se trata de una disposición con nombre propio, toda vez que solamente Pomalca, Tumán y Cayalti se encuentran en la situación descrita en para poder acogerse a ella. Asimismo, debemos indicar que, si bien se ha convertido en una práctica común para nuestros legisladores expedir leyes sin exposición de motivos que la respalde; consideramos que una ley como la estudiada, invasiva de derechos de particulares y de diferentes principios de nuestro ordenamiento, debería contener una justificación formal (como sucede en países como España); solo así se podrá garantizar que no exista arbitrariedad en su promulgación. (ii) **No discriminación:** se ha comprobado que las empresas beneficiarias ya no mantienen la situación de desventaja en el mercado que justificaría la intervención estatal; si aún no logran saldar sus deudas, se debe –suponemos– al mal manejo de las ganancias que perciben, desviándolas de la empresa a la administración. Entonces, otorgarles incentivos no constituye una medida de discriminación positiva, sino que, se trata de discriminación pura y simple, que no encuentra justificación alguna. (iii) **Proporcionalidad:** no hay adecuación entre la limitación de derechos implementada y los objetivos que se persiguen; como se verá en el apartado siguiente, existen mecanismos no lesivos de derechos que alcanzarían un mejor resultado. (iv) **Subsidiariedad:** para que la intervención del Estado sea legítima debe existir una deficiencia en el mercado que ningún privado pueda o quiera resolver; siendo necesario que el Estado entre a suplirla. Ahora bien, por el contexto en que se dio la Ley 29678, en el que no había interés público que justifique la intervención estatal, ésta no era adecuada; pudo permitirse que el mercado



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

se regule solo; de modo que, si determinadas empresas no logran restablecer su competitividad, debió recurrirse a los mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento para dichas situaciones (como el un procedimiento concursal) o dejar que desaparezcan. (v) Control: no hubo vigilancia sobre el destino o las repercusiones de los beneficios otorgados a las empresas azucareras; de haberse realizado ello, se habría notado que no estaban siendo bien direccionados, ni estaban cumpliendo con los fines buscados; por lo que, debió evitarse continuar prorrogando la vigencia de medidas ineficaces.

Entonces, en cuanto a este punto, podemos concluir que no se da una correcta aplicación de la actividad de fomento del Estado; sino que nos encontramos ante un exceso de regulación. En aras de proteger o incentivar el desarrollo del sector azucarero, se han implementado medidas que no hacen más que afectar el libre desenvolvimiento del mercado; y, por ende, el modelo económico consagrado por nuestra Constitución.

Hemos visto que la solución por la que optó el Estado frente a la situación de Pomalca, Tumán y Cayalti dejó de ser eficiente tiempo atrás, tornándose en inconstitucional por vulnerar diversos principios de nuestro ordenamiento jurídico. Queda entonces por fijar qué otras soluciones se pudieron haber tomado.

5. Soluciones alternativas a la intervención estatal

5.1 Procedimiento Concursal

La primera alternativa que debió considerarse fue iniciar un procedimiento concursal para satisfacer a los acreedores, especialmente los laborales, puesto que, de acuerdo al artículo 42 de la Ley 28709, son estos quienes poseen privilegio en el cobro de sus créditos. Esta solución toma mayor legitimidad toda vez que la acreencia de los trabajadores ha sido el argumento principal esgrimido por los congresistas en aras de la promulgación de la ley que hemos venido cuestionando.

En un procedimiento concursal, los acreedores toman control de la empresa pudiendo garantizar de manera grupal y no individual el pago de sus créditos. Además, pueden decidir si les resulta más conveniente, a fin garantizar el pago de sus créditos, continuar con el negocio, buscando el reflotamiento del mismo; o pasar a una liquidación de todos los activos de la empresa.

Con esta alternativa, entonces, quedaría desdibujada la necesidad de una ley que proteja las acreencias de los trabajadores, ya que un procedimiento concursal sería suficiente para la satisfacción de los mismos; más aún si se toma en cuenta que dicho procedimiento tiene como efectos legales inmediatos algunos de los beneficios otorgados por la propia Ley 28709, como son, la suspensión de la exigibilidad de obligaciones del deudor y el establecimiento de un marco de protección patrimonial.

5.2 Indecopi

Otro de los argumentos esgrimidos en el debate suscitado por esta ley, es que se está buscando proteger al mercado azucarero de un posible monopolio o una posible posición de dominio por el grupo Gloria. El Instituto Peruano de Economía, en su comentario de fecha de 01 de julio del 2010, señala sobre este argumento que:

“La deseabilidad de la intervención del Estado en una actividad, como la azucarera, requiere, entre otras cosas, que existan fallas de mercado que deban ser corregidas. Aparentemente se arguye que existe la denominada falla de la competencia o monopolio natural. Para que se presente esta falla debe ser cierto que una sola empresa será más eficiente que dos o más, es decir: un fundo de 80 000 hectáreas será más rentable que dos de 40 000. Segundo, costos hundidos: la mayor parte de la inversión en campo, ingenio (y destilería) no sería recuperable una vez concretada; no hay mercado de “segunda mano” para dichos activos. Estas dos condiciones no se dan en el sector azucarero y la intervención mediante la limitación propuesta al tamaño de la propiedad tampoco resolvería estos problemas si es que existieran.

Si la justificación de la intervención fuese que existe un abuso de posición de dominio, cualquier participante del mercado tendría que

¿Solución o sobreprotección? La intervención del Estado en la economía: a propósito de la llamada Ley Oviedo

solicitar a Indecopi que lo investigue, y en caso lo encuentre, lo sancione”⁽³³⁾.

Como se puede apreciar, si el objetivo perseguido era proteger al mercado azucarero de un posible monopolio natural o prevenir una supuesta posición de dominio, la promulgación de una serie de leyes como las que se dieron, no era el medio adecuado; más aún desde que no comprobó en la realidad las fallas de mercado que justificasen dicha regulación. Para esto existe Indecopi, entidad administrativa que tiene como objetivos la protección de la libre competencia y el aseguramiento del buen funcionamiento del mercado; sancionando comportamientos anticompetitivos de los entes que participan en el mismo.

6. Conclusiones

- a) La intervención del Estado en la economía debe ser entendida como *ultima ratio*, esto significa que solo en casos extraordinarios y justificados por la protección de intereses públicos, la intervención es lícita; caso contrario, estaríamos ante una actuación arbitraria e ilegal. Como se ha dejado entrever, la injerencia debe respetar los límites que impone la Constitución y los principios del Derecho Administrativo, los cuales también deben ser respetados por el legislador.
- b) El contenido de la Ley de la actividad de la industria azucarera, Ley 28027, es una muestra de la intervención del Estado en la economía; específicamente, de la actividad de fomento de la Administración. Como se ha demostrado, dicha ley se justificó en vista de que tres de las empresas que sostenían un importante porcentaje de la producción nacional de azúcar, se encontraban en peligro de desaparecer; aquella situación puso en jaque a la población nacional, puesto que pudo verse afectada frente al desabastecimiento de un producto considerado fundamental. En este sentido, consideramos que nos encontramos ante un supuesto de protección de un interés público.
- c) Sobre la última prórroga, Ley 29678, podemos afirmar que, ya que nos encontramos frente a una actividad económica de importante envergadura; el hecho de no extender los

plazos de protección patrimonial afectaría al sector económico azucarero, así como a ciertos grupos sociales que dependen indirectamente de la actividad de las empresas bajo análisis. En consecuencia, esta vez no se pueden justificar los beneficios otorgados alegando interés público, toda vez que las circunstancias no son las mismas. Para el año 2003 el sector se encontraba vulnerable, las empresas azucareras a duras penas abastecían la demanda nacional; mientras que hoy en día, dicha situación se ha superado.

- d) En este sentido, podemos afirmar que, debido a que la situación actual del mercado azucarero no depende de la subsistencia de las empresas bajo análisis, las cuales representan el 30% del sector, para abastecer la demanda nacional; con la dación de esta ley, el Estado peruano se encuentra sobreprotegiéndolas. Excesos de regulación como estos no hacen más que afectar al mercado mismo, creando situaciones de competencia desigual; a la vez, generan incentivos perversos para estas empresas, puesto que, en aras de continuar siendo destinatarias de los beneficios otorgados, mantienen la apariencia de que sus márgenes de utilidades son insuficientes para satisfacer los créditos de sus acreedores.
- e) Aun asumiendo que efectivamente las empresas bajo análisis no puedan cubrir sus deudas, la actividad de fomento del Estado no tiene por finalidad mantener con vida a empresas privadas, que por la ineficiencia de sus administradores, se encuentren agonizando.
- f) La Ley 29678 no cumple con los requisitos que toda norma jurídica debe tener, esto es, que sean generales y abstractas; pues, en la práctica, las prórrogas únicamente

(33) Instituto Peruano de Economía (IPE). *Los piratas del azúcar*. Lima. 2010. p.1.Consulta: 21 de marzo de 2011. p. 1. <http://ipe.org.pe/?p=14121>.



Grupo de Investigación de IUS ET VERITAS

benefician a las empresas bajo análisis, ya que son las únicas que se subsumen en los requisitos que esta norma señala; lo que redundaría en un beneficio indirecto y exclusivo para los administradores de las mismas. Por todo lo señalado anteriormente, no cabe duda que nos encontramos ante una norma inconstitucional.

- g) Antes de recurrir a la intervención estatal, se debió optar por alguna de las medidas disponibles previstas en nuestra legislación.

De este modo, si la justificación de la ley fue proteger a los trabajadores-acreedores de las azucareras; hubiese sido más eficiente dar inicio a un procedimiento concursal; el mismo que, como hemos señalado, tiene en su primer orden de preferencia el cobro de las remuneraciones y demás beneficios sociales adeudados a los trabajadores. Por otro lado, si el objetivo fue proteger al mercado de una posible posición de dominio liderada por el Grupo Gloria, lo adecuado hubiese sido que Indecopi, en ejercicio de sus competencias, se encargue de investigar dicha situación.