



# **El principio de subsidiariedad horizontal. Notas para su encuadre en el régimen económico peruano<sup>(\*)</sup>**

## *The Principle of Horizontal Subsidiarity: Framing Notes for its Role in the Peruvian Economic System*

**Lucio Andrés Sánchez Povis<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** El presente artículo explora el principio de subsidiariedad horizontal en el ordenamiento jurídico peruano, destacando su importancia como un pilar fundamental para equilibrar la intervención del Estado y la libertad de los particulares en la economía. A partir de la consagración explícita de este principio en el artículo 60 de la Constitución de 1993, se analiza su aplicación y los desafíos que enfrenta en la práctica, especialmente en el ámbito económico y social. El estudio revisa la evolución histórica y doctrinal del concepto de subsidiariedad, desde sus raíces en la filosofía política clásica hasta su desarrollo en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, y cómo estas influencias se reflejan en la normativa peruana. Asimismo, se examinan las interpretaciones y aplicaciones del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la práctica resolutiva del INDECOPI, incluyendo la implementación del “test de subsidiariedad” como herramienta para evaluar la legitimidad de la actividad empresarial del Estado. Se argumenta que, aunque este principio ha sido clave para limitar la intervención estatal, su interpretación debe ser más amplia, abarcando no solo aspectos económicos, sino también su impacto en la promoción de derechos fundamentales y la cohesión social. El artículo concluye con una evaluación crítica de las políticas actuales y propone recomendaciones para fortalecer la aplicación del principio de subsidiariedad en el Perú, promoviendo un marco de intervención estatal que respete la autonomía de los particulares y fomente un desarrollo equilibrado y sostenible en todos los ámbitos de la sociedad.

**Palabras clave:** Subsidiariedad - Economía Social de Mercado - Regulación - Intervención Pública - Derecho Administrativo - Perú

**Abstract:** This paper explores the principle of horizontal subsidiarity in the Peruvian legal system, highlighting its importance as a fundamental pillar to balance state intervention and individual freedom in the economy. Starting with the explicit enshrinement of this principle in Article 60 of the 1993 Constitution, the study analyses its application and the challenges it faces in practice, particularly in the economic and social spheres. The paper reviews the historical and doctrinal evolution of the concept of subsidiarity, from its roots in classical political philosophy to its development in the Social Doctrine of the Catholic Church, and how these influences are reflected in Peruvian regulations. The paper also examines the interpretations and applications of the principle of subsidiarity in the jurisprudence of the Constitutional Court and INDECOPI's decision-making practice,

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 5 de septiembre de 2024 y su publicación fue aprobada el día 30 de diciembre de 2024.

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). PhD in Law candidate y Graduate Lecturer en University College London (Londres, Reino Unido). Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA PUCP). Socio de Sánchez Povis Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2974-5597>. Correo electrónico: lucio.povis.16@ucl.ac.uk.



including the implementation of the “subsidiarity test” as a tool to evaluate the legitimacy of state business activities. It is argued that while this principle has been crucial in limiting state intervention, its interpretation should be broader, encompassing not only economic aspects but also its impact on the promotion of fundamental rights and social cohesion. The paper concludes with a critical evaluation of current policies and proposes recommendations to strengthen the application of the principle of subsidiarity in Peru, promoting a framework of state intervention that respects individual autonomy and fosters balanced and sustainable development in all areas of society.

**Keywords:** Subsidiarity - Social Market Economy - Regulation - Public Measures - Administrative Law - Peru

## 1. Introducción

Entender las bases y explorar los confines del principio de subsidiariedad es, sin duda, una tarea ambiciosa. En el contexto peruano, este principio se encuentra consagrado en el artículo 60 de la Constitución Política, donde establece límites a la participación estatal, promoviendo la primacía de la iniciativa privada en la generación de riqueza y el desarrollo económico del país. Sin embargo, es necesario sentar una posición respecto a su alcance y aplicación. Este artículo se plantea responder a interrogantes clave: ¿Cuáles son los límites reales que impone la subsidiariedad horizontal al Estado en su intervención en la economía?, ¿De qué manera este principio interactúa con los derechos fundamentales y el rol social del Estado? y ¿Cómo debería el ordenamiento peruano abordar los desafíos contemporáneos que enfrenta este principio en la práctica?

Téngase en cuenta que los límites al ejercicio de las libertades económicas y, en consecuencia, a la esfera patrimonial del administrado, se adoptan, en primer orden, por decisiones y actuaciones públicas. Es esta presencia pública, respecto de la cual predico *in toto* un carácter subsidiario<sup>(1)</sup>,

la que puede dar lugar a una de las opciones de intervención más incisivas del Estado en la economía: la actuación directa en el mercado mediante actividad empresarial. Cuándo actuar directamente y por qué razones hacerlo son cuestiones que intenta responder el principio de subsidiariedad en su dimensión horizontal, pero no se agota en ello. Considero, más bien, que esta dimensión de la subsidiariedad es una condición previa y absoluta que el Estado debe sortear antes de adoptar cualquier decisión de intervención en el mercado y, de hecho, ya lo hace en cierto modo<sup>(2)</sup>. Por esto, el presente estudio pretende ir más allá del limitado protagonismo que se le ha brindado en aplicación del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>(3)</sup>. Es necesario ofrecer, a mi criterio, una relectura del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, cómo se garantiza su cumplimiento, si corresponde su aplicación o no en el ámbito prestacional y social, y qué rol cumple en los ámbitos en los que el Estado ya actúa mediante forma empresarial.

El presente trabajo tiene como objetivos analizar críticamente la aplicación del principio de subsidiariedad horizontal en el contexto económico y social del Perú, evaluar cómo este ha sido interpretado en la jurisprudencia y en la práctica administrativa, y proponer recomendaciones que fortalezcan su efectividad. Desde un enfoque teórico, este artículo integra el análisis de las bases doctrinales y filosóficas del principio de

(1) Esta es una posición sobre la que no pretendo adjudicarme originalidad. De hecho, viene siendo discutida por años por Ramón Huapaya Tapia en sus clases de Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015, p. 373). Posteriormente, ha estudiado el tema como manifestación de la aplicación de una interpretación extensiva de este principio Alberto Cruces (2021, capítulo III, subsección 2).

(2) Así lo demuestran, por ejemplo, los avances en mejora de calidad regulatoria en nuestro país, donde el literal k) del artículo 4 del Decreto Legislativo 1565 recoge el principio de subsidiariedad para señalar que solo “corresponde el empleo de opciones regulatorias cuando no exista alguna otra solución no regulatoria superior en términos de costo-efectividad para solucionar un problema público”. Asimismo, en cuanto a la función normativa que ejercen los organismos reguladores, ésta ha sido influenciada también por el principio de subsidiariedad, tal como lo establecen los Reglamentos Generales del OSINERGMIN, OSIPTEL, y OSITRAN, a efectos de que la intervención de los reguladores ocurra cuando el mercado y la libre competencia no sean suficientes para atender los intereses de usuarios y competidores. Sobre esto último, véase “Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana” de Alberto Cruces (2021, capítulo III, subsección 2)

(3) Como explicaré, el análisis del principio de subsidiariedad ha merecido en los últimos años importantes pronunciamientos por parte del INDECOPI, en materias de competencia desleal por transgresión de normas. La principal atención de este principio se “mercantilizó” a partir de esta casuística y asumió, básicamente, una perspectiva de mercado. Como advertiré luego, este enfoque omitió una mejor atención desde el Derecho público económico, la actividad administrativa y el carácter esencial de los servicios involucrados.



subsidiariedad, con especial atención a su desarrollo en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, y las compara con su aplicación normativa y jurisprudencial en el Perú. Entre los principales supuestos, se asume que la subsidiariedad no solo limita la intervención estatal, sino que también impone obligaciones positivas al Estado en casos de insuficiencia o ausencia de la iniciativa privada, y que su correcta implementación es crucial para garantizar un equilibrio entre libertad económica y justicia social.

La relevancia de esta investigación radica en que, aunque el principio de subsidiariedad horizontal está explícitamente consagrado en la Constitución, su interpretación y aplicación práctica presentan inconsistencias significativas en el ámbito peruano. Estas inconsistencias afectan la relación entre el rol del Estado y la iniciativa privada, generando incertidumbre jurídica y limitando el potencial para un desarrollo económico equilibrado. Este artículo busca esclarecer los alcances del principio en un contexto normativo y jurisprudencial complejo, proporcionando herramientas para una interpretación más coherente que promueva un equilibrio adecuado entre la libertad económica y las responsabilidades estatales. Al hacerlo, el trabajo contribuye a la reflexión académica y práctica sobre la implementación efectiva de la subsidiariedad horizontal en sistemas jurídicos contemporáneos.

Este artículo se estructura de la siguiente forma. (i) Primero, empiezo por exponer algunas notas definitorias del principio de subsidiariedad horizontal, destacando sus raíces en la filosofía política de Aristóteles y Tomás de Aquino, y su desarrollo más notable en la Doctrina Social de la Iglesia Católica. (ii) Segundo, planteo mi lectura constitucional de dicho principio, interpretando el artículo 60 de la Constitución junto con otros artículos constitucionales, como los que protegen la dignidad humana y el libre desarrollo de las personas, sugiriendo que el principio de subsidiariedad tiene un alcance más amplio que trasciende el ámbito económico y se extiende a todas las áreas de la vida social. (iii) Tercero, describo cómo el Tribunal Constitucional ha desarrollado y aplicado el principio de subsidiariedad en diversas decisiones, donde refuerza la visión de un Estado presente y garante, pero que respeta la autonomía y el desarrollo libre de la sociedad, alineando la subsidiariedad con otros principios constitucionales como la dignidad humana y la protección del bienestar general. (iv) Cuarto, expongo una crítica al enfoque desarrollado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI], señalando que su definición de actividad empresarial y sus criterios para

distinguir entre prestaciones asistenciales y empresariales no siempre consideran adecuadamente la cláusula de Estado social y los derechos prestacionales consagrados a nivel constitucional. Finalmente, presento resumidamente mis conclusiones.

## 2. Notas definitorias del principio de subsidiariedad

El principio detrás de lo que, en tiempos relativamente recientes, se denomina “subsidiariedad” se remonta a la filosofía política de Aristóteles (Ross, 1957, p. 341) y a la lectura que de ella formuló Aquino (Aroney, 2014, p. 20; Loo, 2010). Sin embargo, el desarrollo más icónico e influyente que ha merecido este concepto se origina a partir de la atención brindada por la Doctrina Social de la Iglesia Católica desde la última década del siglo XIX; en concreto, el desarrollo que se advierte a partir de la primera gran encíclica social *Rerum Novarum* dada por el Papa León XIII en 1892 (Kresalja, 2010, pp. 40-41).

En aquella ocasión, aunque sin emplear textualmente el término “subsidiariedad”, la encíclica en mención tuvo presente su significado al indicar que

No es justo que el individuo o la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie (Papa León XIII, 1892, párrafo 26)<sup>(4)</sup>.

Conforme con este entendimiento, la autoridad política debía ejercerse sin negar a los ámbitos sociales menores y a las personas su libertad de actuar y ejercer de acuerdo con sus propias iniciativas (Nieto, 2000, p. 270). La idea detrás de lo que actualmente denominamos “subsidiariedad”, entonces, se concebía como un parámetro conciliador entre la libertad que le asiste de forma natural a las personas, por un lado, y la intervención que ejerce el Estado para imponerle límites a dicha libertad, aunque siempre en beneficio del bien común, por el otro.

(4) Importante es indicar la influencia que habrían tenido las ideas de Luigi Taparelli D’Azeglio, teólogo jesuita italiano promotor de la renovación tomista dentro de la doctrina de la Iglesia y maestro de Vincenzo Pecci, quien continuaría con esa causa una vez entronizado como León XIII (Brennan, 2014, pp. 32-33).



Es recién con la encíclica *Quadragesimo anno* dictada por el Papa Pío XI en 1931, que el término “subsidiario” recibió cuño lexical (Martínez, 2010, p. 1277) en los siguientes términos:

80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.

Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación (Papa Pío XI, 1931, párr. 80.)

Ahora bien, lejos de alguna interpretación incompleta, cierto es que el principio de subsidiariedad, tal como ha sido desarrollado en la Doctrina Social de la Iglesia, no propugna un Estado ausente. Por el contrario, dentro de las relaciones entre el individuo y el Estado, esta doctrina enfatiza también la obligación que tiene este último de prestar ayuda a aquél “sin destruirlo ni absorberlo”:

79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dársele a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos (Papa León XIII, 1892, párr. 79).

Por esta razón, en consonancia con lo anterior, Juan XXIII, en su encíclica *Mater et Magistra* de 1961, insistió en la obligación por parte del Estado de actuar en el campo económico, no para desplazar la iniciativa privada, pero sí para evitar los “desórdenes irreparables” y los “abusos” hacia el débil que ésta puede generar:

54. (...)Por todo lo cual, a los gobernantes, cuya misión es garantizar el bien común, se les pide con insistencia que ejerzan en el campo económico una acción multiforme mucho más amplia y más ordenada que antes y ajusten de modo adecuado a este propósito las instituciones, los cargos públicos, los medios y los métodos de actuación.

(...) 58. Pero cuando en la economía falta totalmente, o es defectuosa, la debida intervención del Estado, los pueblos caen inmediatamente en desórdenes irreparables y surgen al punto los abusos del débil por parte del fuerte moralmente despreocupado. Raza esta de hombres que, por desgracia, arraiga en todas las tierras y en todos los tiempos, como la cizaña entre el trigo (1961, párrafos 54 y 58).

Con esto, el principio de subsidiariedad se presenta como un parámetro de intervención pública en ámbitos que naturalmente son privados (“ente inferior”), pero donde, ante la nula o escasa presencia de participación privada, se hace necesaria la participación estatal (“ente superior”). Entendido de este modo, la subsidiariedad justifica no solo la negativa hacia la participación del Estado en ámbitos donde la libertad privada se desenvuelve y ofrece resultados compatibles con el interés público, lo que se conoce como “subsidiariedad negativa”, sino también la exigencia al Estado de participar ante la ausencia o escasa presencia de participación privada, o ante los desórdenes o fallas que las libertades pueden generar, también llamada “subsidiariedad positiva”. Sin embargo, para no desnaturalizar el propósito de su intervención, el Estado debe procurar que ésta sea proporcional y oportuna, pero también con una vocación de adecuación a los cambios que se susciten en el ámbito donde se decidió, en alguna ocasión, intervenir. Con lo cual, la intervención no supondrá siempre la presencia definitiva del Estado o la reserva indiscutible de actividades a su favor, sino la creación de las condiciones óptimas por parte de éste para que los agentes privados puedan hacerse cargo de cuestiones que, por naturaleza, le corresponden (Bullard, 2011, p. 203)<sup>(5)</sup>.

Ciertamente, la subsidiariedad no es un principio aislado dentro del estudio que la Doctrina Social de la Iglesia Católica le ha dedicado al mercado y a la vida económica. Forma parte, más bien, de un cuerpo doctrinal unitario en el que su lectura no debe ser ajena

(5) Coincido con el autor. Sin embargo, debo precisar que discrepo de la visión economicista y de la posición según la cual este autor sostiene que “el concepto de ‘subsidiariedad’ es económico antes que legal”. La subsidiariedad no es una materia ajena al Derecho e informa un verdadero principio general en esta especialidad. Esto no es óbice, seguramente, para que el mismo principio pueda ser abordado multidisciplinariamente, destacando, entre otros, el enfoque desde la economía.



a los principios del bien común, de solidaridad y, en definitiva, de dignidad de la persona (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, párr. 162). Mucho menos debemos identificar a la subsidiariedad con una ideología ni con una preferencia política (Papa Juan Pablo II, 1987, párr. 41)<sup>(6)</sup>, sino como un principio ontológico e inmodificable del orden sociopolítico (Brennan, 2014, p. 31).

Ahora bien, a partir de la definición de subsidiariedad antes brindada se han planteado también algunas clasificaciones. Una, sobre todo, distingue entre la subsidiariedad vertical y la subsidiariedad horizontal. En el primer caso, se alude a las relaciones entre los niveles y organismos que integran el Estado, bajo el entendimiento de que aquellos que se encuentran más cercanos o próximos al ciudadano (en términos de proximidad jerárquica) gozan también de mejor posición para determinar aquello que es más beneficioso para el interés público de aquellos que viven bajo su ámbito de influencia. Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a las relaciones ya no entre organizaciones del Estado, sino entre este último y los particulares. En concreto, para definir cuándo se hace necesaria la participación pública en apoyo, corrección o suplencia de la participación privada. La subsidiariedad horizontal no se reclama únicamente en el ámbito económico, sino en todos los espacios de la vida en sociedad. Sin embargo, es su vertiente económica la que más relevancia tiene para efectos de este estudio.

### **3. Una propuesta de lectura del marco normativo constitucional sobre el principio de subsidiariedad horizontal en el ordenamiento peruano**

El principio de subsidiariedad horizontal no tuvo desarrollo expreso en el ámbito constitucional peruano sino hasta la

Constitución de 1993 (Tribunal Constitucional del Perú, 2007, fundamento jurídico 19)<sup>(7)(8)</sup>, en cuyo artículo 60 se dispuso que “sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Sin embargo, la subsidiariedad, aunque expresamente aludida en dicha disposición, no se limita a dicho texto y comprende aspectos aún mayores que se desprenden del análisis y de la interpretación sistemática de ésta con otras disposiciones previstas en la Constitución.

Para empezar, una aproximación meramente literal al artículo 60 en cuestión pareciera circunscribir la subsidiariedad a su vertiente horizontal en materia económica. Partiendo de esta lectura, el artículo citado terminaría encasillando al principio de subsidiariedad en una suerte de garantía únicamente efectiva contra la intervención estatal cuando ésta tenga lugar mediante forma empresarial<sup>(9)</sup>. No obstante, el ámbito de aplicación de este principio no se agota en dicho plano, el económico, y comprende, en realidad, todo ámbito de la vida de las personas en sociedad. Esto guarda sentido si, por un lado, interpretamos el artículo 60 juntamente con el artículo 1 de la Constitución de 1993, el cual prescribe que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, por el otro, recordamos que este principio-derecho

- (6) Así la refirió también el Papa Juan Pablo II en la encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*: “La doctrina social de la Iglesia no es, pues, una «tercera vía» entre el capitalismo liberal y el colectivismo marxista, y ni siquiera una posible alternativa a otras soluciones menos contrapuestas radicalmente, sino que tiene una categoría propia. No es tampoco una ideología, sino la cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial. Su objetivo principal es interpretar esas realidades, examinando su conformidad o diferencia con lo que el Evangelio enseña acerca del hombre y su vocación terrena y, a la vez, trascendente, para orientar en consecuencia la conducta cristiana. Por tanto, no pertenece al ámbito de la ideología, sino al de la teología y especialmente de la teología moral”.
- (7) El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido, al menos de forma no tan clara, que la subsidiariedad no fue recogida en la Constitución de 1979: “Así, a diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60º que “( ...) Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional ( ...)” (Sentencia del Tribunal constitucional recaída en el Expediente 0019-2006-PI/TC).
- (8) En oposición a esto, algunos sugieren que los fundamentos de este principio estaban también presentes en la Constitución de 1979, aunque carecieron de efectividad por las divergentes disposiciones contenidas en esta Carta y que dieron alta participación al Estado, desplazando la libre iniciativa privada. Es la posición planteada por Hakansson Nieto (2012, p. 46). Dicha participación también es citada y asumida por Vignolo Cueva (2019, pp. 62-69). Sustentan su criterio en la perspectiva humanista consagrada por primera vez en el artículo 1 de la Constitución de 1979, así como en la línea de interpretación, en pro de los derechos y libertades, marcada por el Preámbulo de dicha norma.
- (9) Es lo que también advierte Vignolo (2019, p. 105), quien considera que limitar dicho principio solo al ámbito económico, desconoce lo que él denomina “capacidad de adaptación” del mismo.



de dignidad de la persona es precisamente el fundamento que impulsó la construcción del principio de subsidiariedad desde la Doctrina Social de la Iglesia Católica. Partiendo de ambas premisas es posible afirmar que la subsidiariedad del artículo 60 comprende, en sentido lato, un mandato de no absorción o intromisión por parte del Estado en la vida humana y en su devenir dentro de la sociedad, sin distinción de ámbitos o sectores, comprendiendo absolutamente todos los espacios de ésta, aunque, como explicaré luego, esto no signifique que el Estado tenga prohibida su participación en espacios en donde los derechos prestacionales y la cláusula de Estado de Social exige precisamente lo contrario<sup>(10)</sup>.

Coincide con el anterior razonamiento, la lectura que puede dársele al artículo 60 a la luz del derecho al libre desarrollo consagrado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993<sup>(11)(12)</sup>. De acuerdo con esta posición, la lectura de la subsidiariedad que recoge esta disposición constitucional no se restringe al ámbito económico, aunque ciertamente le brinda a este último una atención especial, sino que se propugna en todo ámbito, pues ésta sería la única forma de garantizar el desarrollo pleno de la persona y su libre desenvolvimiento en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Esta lectura sistemática de ambos artículos no solo se ofrece para enfatizar la versión negativa del principio de subsidiariedad, sino también la positiva, pues el logro de ese libre desarrollo exigirá la participación del Estado en aquellos ámbitos en los que su presencia, aunque mínima, sea el primer resorte que se requiera para impulsar el desarrollo humano.

Por otro lado, destaca de la lectura del artículo 60 de la Constitución, la reserva de ley que se ha previsto como único instrumento autorizatorio para que el Estado intervenga subsidiariamente. Dos cuestiones pueden mencionarse a partir de ella. Por un parte, desde una visión estricta y empresarial del principio de subsidiariedad, esta reserva sugiere que la actividad empresarial estatal solo podrá habilitarse previa ley en dicho sentido. Se trata, además, de una reserva absoluta de

ley en sentido formal, únicamente aprobada por el Congreso de la República (Tribunal Constitucional del Perú, 2007b, fundamento jurídico 31)<sup>(13)</sup>. Esto no supone necesariamente que la creación de la empresa pública deba efectuarse por dicha ley, sino más bien que solo procederá su constitución, bajo las normas societarias correspondientes, si es que previamente se ha emitido dicha ley autoritativa. Por la otra, esta reserva de ley puede entenderse, de forma más amplia, como una manifestación del principio de legalidad y del control de la actividad administrativa de limitación. Conforme a esta lectura, el artículo 60 de la Constitución exige que la imposición de restricciones, deberes u ordenación imperativa de las actuaciones privadas sea recogida en leyes para conciliar éstas con el interés público<sup>(14)</sup>.

La reserva de ley antes comentada alude también, aunque implícitamente, al principio de vinculación positiva al ordenamiento al que está sujeta la Administración Pública, en concreto, a la vinculación positiva a la Ley. Bajo una lectura estricta de esta reserva, ciertamente se puede indicar que no cabe la participación empresarial del Estado sin ley previa que la autorice, pero también, bajo un prisma más amplio, el artículo 60 pone de manifiesto la ausencia de libertad por parte de la Administración y, por esta razón, su rol “secundario” en la generación de riqueza dejada, ahora sí, a la libertad de los particulares y a su libre actuación en el mercado. La participación en el mercado parte, entonces, de una premisa de libertad que solo les asiste a los particulares. El

- 
- (10) Son los casos de los derechos consagrados en la Constitución, tales como el derecho a la salud (artículo 7), educación (artículo 16), y a la seguridad social (artículo 10).
- (11) Constitución Política de 1993: Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).
- (12) En mi posición, el derecho al libre desarrollo tiene sus más amplias manifestaciones, por un lado, en el literal a) del numeral 24 del artículo 2, que consagra la vinculación negativa de la persona al ordenamiento jurídico al señalar que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; y, por el otro, en el numeral 17 del artículo 2, según el cual toda persona tiene derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultura de la Nación”.
- (13) Esta es la posición asumida por el Tribunal Constitucional: “Por su parte, el artículo 60º de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique”. Aunque no la comarto, una posición opuesta ha sido desarrollada por Chang (2015, p. 151), quien sostiene que la competencia para crear empresas públicas del ámbito nacional compete al Congreso de la República, pero en el ámbito regional y local, esto compete a los Gobiernos Regionales.
- (14) Lo que tradicionalmente se ha denominado como “actividad de policía” y que, como desarrollaré en los próximos capítulos, ahora optamos por llamar “actividad de limitación”.



Estado, para actuar, en este caso, intervenir y limitar, requerirá siempre de una ley que así se lo permita.

Seguidamente, el artículo 60 de la Constitución exige que la participación subsidiaria del Estado mediante forma empresarial en el mercado se justifique en razones de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional”. Este, tal vez, es el extremo más dejado a la evaluación del Congreso de la República al momento de aprobar la ley autoritativa. Las razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional pueden involucrar distintos planos y motivos, los cuales, al ser evaluados por dicho Poder del Estado, no distarán de ser también argumentos políticos. Ciento es, sin embargo, que la calificación de cada caso como “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional” deberá siempre estar motivada por el legislador, sin omitir que, aunque medien conceptos jurídicos indeterminados en esta decisión, éste deberá suplir la vaguedad de dichos conceptos con una efectiva motivación.

En un sentido similar, lo indica también el precedente de observancia obligatoria aprobado por el INDECOPI y contenido en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, el cual sostuvo lo siguiente:

124. El Congreso de la República es el único ente legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede –a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad– lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad.

(...)

126. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial (INDECOPI, 2010a).

Aunque luego me referiré en extenso a este criterio elaborado por el INDECOPI, es suficiente entender por ahora que la justificación de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional” es dejada a la evaluación por parte del Congreso, quien, a criterio del artículo 60 de la Constitución, es el mejor posicionado para poder evaluar sobre la pertinencia o no de una intervención pública empresarial. No obstante, en su decisión queda también respetar lo que parece ser el *telos* de esta disposición: el Estado no debería participar de forma empresarial en el mercado y únicamente debería hacerlo previa consideración de razones excepcionales, que es lo

que, en su generalidad, sin duda plantean los conceptos de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional”. La generalidad, entonces, de estos conceptos jurídicos indeterminados no podría alejarse de ese carácter excepcional y justificar cualquier razón para autorizar una participación pública de carácter empresarial.

Sin embargo, el desarrollo normativo a nivel constitucional del principio de subsidiariedad no se agota en el análisis anterior. Ciertamente, la reserva de ley, la condición subsidiaria propiamente dicha y la justificación excepcional para dicha participación son componentes claves, pero la lectura de estos no puede dejar de lado la atención que amerita el tercer párrafo del mismo artículo 60, aunque en la práctica éste extremo haya sido menos atendido por la doctrina nacional (Cairampoma, 2012, pp. 315-329; Calderón, 2011, p. 315; Vignolo, 2019, pp. 100-105)<sup>(15)</sup>.

El párrafo en cuestión recoge un postulado tan elemental como lo es el consagrarse el trato igualitario a nivel empresarial, lo cual exige al señalar que “la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”. No obstante, su análisis brinda una aproximación al tratamiento de la actividad empresarial del Estado que puede haber pasado hasta ahora desapercibida. Con esto me refiero no solo a las condiciones que la actividad empresarial pública debe evitar (dimensión negativa) cuando se ejerce, principalmente, las ayudas públicas que afectan la competencia, sino también a aquellas actividades que se justifican y esperan que ésta desarrolle (dimensión positiva) para permanecer y competir adecuadamente en el mercado. Interpretado desde este enfoque, el aludido tercer párrafo del artículo 60 parece partir de una premisa que resulta innegable: el Estado actualmente ya se encuentra realizando actividad empresarial. Aunque en el contexto de la aprobación de la Constitución de 1993 esta participación era aún mayor, esto no niega que la participación empresarial pública sigue muy presente hoy en día. A mi criterio,

(15) Para Quintana Sánchez, entrevistado por Calderón (2011, p. 315), “una lectura más profunda del tercer párrafo introduce mayor complejidad en el tema (de la subsidiariedad)”.



esta última disposición da respuesta a lecturas que desde ambos extremos de la discusión política se plantean cuando se discute la necesaria o no participación del Estado en la actividad empresarial. Dos apreciaciones son las que puedo brindar y que tienen especial incidencia en este estudio.

La primera apreciación, al parecer, es la más evidente y está referida al tratamiento que merece la actividad empresarial ya existente y que “sobrevivió” a la política privatizadora que experimentó el Perú en la última década del siglo pasado. No estamos ante el rezago de una actividad empresarial que ahora ha devenido en inconstitucional bajo la Constitución de 1993 y, en consecuencia, tampoco podrá exigirse al Estado que privatice dichas empresas al amparo de un inexistente derecho a un Estado subsidiario. Sin embargo, una participación irregular, desleal y con beneficios que solo son otorgados a las empresas públicas y no al sector privado sí pueden justificar cuestionamientos a dicha participación pública, pues ésta sí podría tener implicancias perjudiciales en, ahora sí, derechos fundamentales en materia económica. Esto último, precisamente, es lo que exige el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución: si existe participación empresarial pública, ésta debe realizarse en condiciones de igualdad con las demás empresas privadas que participan en el mismo sector (Cairampoma, 2012, pp. 315-329).

La segunda apreciación que surge del tercer párrafo del artículo 60 en comento es, sin embargo, más compleja y seguro no estará exenta de crítica. Considero que el principio de igualdad contenido en esta disposición no desplaza necesariamente la actividad empresarial pública existente y que, por el contrario, puede justificar, en algunos casos, el desarrollo y ampliación de estas actividades empresariales públicas ya existentes a otros ámbitos que la dinámica comercial del sector en el que se desenvuelve la empresa así lo exija o,

en otros supuestos, cuando la transformación o fortalecimiento de la empresa pública sea necesaria para su permanencia efectiva y competitiva en el mercado (Calderón, 2011, p. 316)<sup>(16)</sup>.

En el primer caso, estamos ante las empresas públicas que, dentro del sector en el que ya operan, realizan inversiones para fortalecer su posición en dicho segmento y mantener su competitividad y eficiencia, pues finalmente ésta redundaría en beneficio de sus clientes o usuarios<sup>(17)</sup>. Lo que sugiero es que una empresa pública, por su condición como tal, no está condenada a conformarse con lo que tiene, sino que debe permitírsela actuar justamente como lo que es: una empresa. Si dicha empresa es ineficiente y poco competitiva, la pérdida o el costo de tenerla en dicha posición es finalmente del Estado (de todos). El tercer párrafo del artículo 60, por tanto, justifica que dicha igualdad no solo se entienda como la negación de ayudas o subsidios públicos a estas empresas, sino también como la necesidad de permitirles permanecer adecuadamente en el mercado y hacerlo de forma competitiva<sup>(18)</sup>.

En el segundo caso, por su parte, estamos ante un supuesto propio de los últimos años, la dinámica de muchos sectores económicos en el mundo está experimentando una clara transformación y, consiguientemente, también las empresas que operan en ella, incluyendo a las empresas estatales. La única opción

- 
- (16) Un paso más allá de la posición que sostengo es la expuesta por Quintana Sánchez. Este autor señala que el tercer párrafo en comento podría ser objeto de una ley de desarrollo constitucional para permitir, de forma excepcional, la creación de empresas públicas en segmentos donde ya compiten los privados, pero siempre sometidas a las reglas de competencia y transparencia y sin ayudas públicas; es decir, “sin subsidio ni privilegio alguno”. La pregunta que surge, entonces, es cuándo sería necesaria esa actuación empresarial. Claramente, aunque no lo indica, se está aludiendo a aquellos sectores del mercado que, por su nivel de concentración, requieren de agentes que introduzcan competencia y permitan generar eficiencias; nos referimos a una regulación del mercado mediante actividad empresarial. Sin embargo, optar por dicha solución solo evidenciaría que otras herramientas y técnicas de intervención fallaron; entre ellas la supresión de barreras burocráticas, supervisión del libre mercado, creación de incentivos, entre otros. En mi posición, de acogerse la propuesta de Quintana, esa “regulación mediante empresa pública” sería una opción regulatoria a emplearse solo en defecto de otras de menor incidencia en el mercado.
- (17) Son las inversiones que pueden realizar o que realizan las empresas públicas de saneamiento, distribución y generación eléctricas, entre otras, cuando amplían sus redes de distribución o cuando desarrollan nuevos proyectos de generación eléctrica. Esta discusión también está presente cuando se cuestiona si la empresa nacional de petróleos debe o no explorar y/o explotar pozos petroleros o debe o no desarrollar inversiones en nuevas instalaciones o en la modernización de aquellas ya existentes a su cargo, como el caso de la refinería de Talara.
- (18) No es objeto del presente estudio, pero debo señalar que los sistemas administrativos a los que están atadas las empresas públicas peruana parecen reflejar un entendimiento contrario. No existe una apuesta por permitir negocios o proyectos de largo plazo, y consiguientes endeudamientos, para estas empresas. Pareciera que la consigna está en mantener a las empresas públicas conformes y resignadas a lo que tienen. Nada más y nada menos.



de estas empresas públicas es la de transformarse y no ser ajena a dicho cambio, so pena de fracasar y extinguirse<sup>(19)</sup>. Considero, entonces, que el tercer párrafo justifica cambios o ampliaciones del objeto social de estas empresas públicas, a efectos de reconducir sus actividades hacia aquellos segmentos nuevos y dicho cambio debe permitirles también realizar todas aquellas variaciones que permitan, nuevamente, su desempeño competitivo y en condiciones de igualdad con sus pares en competencia.

En conclusión, el marco constitucional peruano ha consagrado normativamente un principio de subsidiariedad más amplio que aquél únicamente limitado a la actuación pública empresarial. En efecto, la subsidiariedad recogida en la Constitución de 1993 ha supuesto, en realidad, una demarcación entre los alcances de la actuación pública en general y los espacios dejados al libre desarrollo de los particulares en todos los ámbitos de la sociedad. Cuando esta intervención tenga lugar a través de modos de actuación administrativa distintos a la actividad empresarial, la evaluación sobre su juridicidad contendrá también, ciertamente, un análisis sobre su carácter subsidiario, aunque éste se encuentre comprendido dentro de otros parámetros (como son los de legalidad y proporcionalidad, entre otros). Y, cuando la intervención pública se haga presente mediante actividad empresarial, se requerirá de una evaluación cualitativamente mayor en aplicación literal de artículo 60 de la Constitución, lo que exigirá de una ley formal autoritativa previa, una justificación de excepcionalidad ("alto interés público" o "manifiesta conveniencia nacional") y una condición material que permita al Estado intervenir "en defecto de" (la subsidiariedad propiamente).

En este punto, es importante complementar lo expuesto hasta ahora con la posición expuesta por el Tribunal Constitucional al respecto en la jurisprudencia que tiene a su cargo.

#### **4. El principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

El principio de subsidiariedad ha merecido también el desarrollo de una importante jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional. Explorar los distintos pronunciamientos emitidos en torno a este principio puede demandar un estudio que escapa a los márgenes del presente artículo, sin embargo, considero que es posible sintetizar la posición que mantiene esta instancia sobre dicho principio en cuatro puntos cardinales.

Primero, el Tribunal Constitucional concibe a la subsidiariedad como una manifestación del carácter social del modelo económico recogido en la Constitución de 1993. Esto significa que, contrariamente a lo que se cuestiona actualmente, la subsidiariedad no supone la consagración ciega de un sistema entregado al mercado y de Estado ausente, sino más bien un llamado a la intervención estatal que, sin interferir arbitraria o injustificadamente en la libertad privada, conserve y fortalezca sus labores de supervisión y corrección de las actividades entregadas a los particulares, lo que el Tribunal Constitucional alude también como "función reguladora":

El principio de Subsidiariedad Económica del Estado

7. Conforme a lo anotado precedentemente y, dado el carácter social del modelo económico consagrado por la Carta de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que, como se explicará con posterioridad, también cuenta con una función supervisora y correctiva o reguladora.

Sin embargo, ello no quiere decir, en modo alguno, que pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

8. En efecto, conforme al Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60° de la Constitución, dicho principio implica, de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado: y de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado [énfasis agregado]. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, fundamentos jurídicos 7-8).

Esta posición no solo confirma la lectura amplia que he expuesto respecto al artículo 60

(19) Es lo que ha ocurrido en el Perú con la apuesta realizada por la empresa de petróleos Petroperú, típicamente dedicada a la industria de combustibles fósiles, y que ahora procura ampliar su participación a proyectos de energía en general, abarcando, sobre todo, proyectos renovables. Este cambio es el que han experimentado las empresas más grandes en el mundo en el sector.



de la Constitución, sino que también destaca la importancia de la intervención pública para corregir los fallos de la participación privada, principalmente mediante funciones de supervisión. Esto, precisamente, es lo que niega cualquier idea de Estado mínimo o ausente. El Estado no se contrae en su actuar, únicamente cambia las técnicas que emplea para intervenir y relega la actuación empresarial a supuestos excepcionales, priorizando las técnicas de supervisión. Esto, en mi posición, tampoco supone un Estado débil, sino más bien un Estado fuerte y especializado que pueda concretar adecuadamente su labor garante. Lo más destacado de esto, no obstante, es que a este nuevo rol del Estado se le otorga plena vinculación con el componente “social” del modelo económico consagrado en el artículo 58 de la Constitución.

Segundo, el Tribunal Constitucional sostiene que la subsidiariedad opera como un mecanismo de conciliación de conflictos y exige una función supletoria del Estado ante imperfecciones u omisiones de los agentes. Nuevamente, este principio no ocupa un rol álgido y de confrontación contra la intervención pública, sino una vocación de complementariedad entre la participación privada y la necesaria participación pública cuando ésta se torna necesaria y justificada. Desde luego, esa labor de complementariedad debe ser solo eso, sin desnaturalizar un escenario natural de libertad:

11. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos (Tribunal Constitucional del Perú, 2007c. fundamento jurídico 8).

En un extremo, entonces, se encuentran las imperfecciones que pueden tener lugar con el actuar de los particulares y, en el otro, la necesidad de garantizar y la obligación del Estado de velar por el interés público. Es esta constante pugna entre ambos intereses, el privado y el público, la que pretende conciliar el principio de subsidiariedad y deja entrever, en dicho sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tercero, el Tribunal Constitucional considera que, al igual que los demás principios que inspiran el capítulo económico de la Constitución, la subsidiariedad encuentra sus límites en el principio de vinculación a los derechos fundamentales, en tal sentido, su interpretación y aplicación no puede justificar una intromisión tal que suponga una afectación a los derechos de la persona:

(20) Cuando de derechos programáticos se trata, la legalidad y el equilibrio presupuestales son las principales limitaciones para exigir al Estado que actúe para atender servicios esenciales como lo son el acceso a la energía, al agua y otros que no son atendidos en todas las regiones por la participación privada. Mientras que, en ámbitos no programáticos, el Estado procurará brindar vías procedimentales y acciones a los privados para que requieran su actuar, aquí tienen especial importancia las denuncias administrativas y las labores de fiscalización, las que serán evaluadas bajo criterios de oportunidad por la autoridad correspondiente, en caso de denuncias por “terceros interesados colaboradores”, o legalidad, en caso de denuncias por “terceros interesados víctimas”.

22. Tales principios integrantes de la denominada Constitución Económica constituyen normas programáticas, mandatos de optimización a cargo del legislador que se fundamentan, a su vez, en el deber estatal de promocionar el bienestar general (artículo 44° de la Constitución). Cabe precisar, sin embargo, que aun cuando semánticamente presentan cierto grado de indeterminación y, por consiguiente, amplia flexibilidad a favor del legislador; tales disposiciones no pueden asumirse como capaces de sustentar cualquier tipo de legislación arbitraria y carente de adecuación objetiva, pues los límites a la intervención estatal en la actividad económica de los particulares se constituyen ahí donde tal actuación supondría una violación del principio de vinculación a los derechos fundamentales [énfasis agregado] (Tribunal Constitucional del Perú, 2007a, fundamento jurídico 22).

Esta posición, aplicada al principio de subsidiariedad, marca un límite a la actuación administrativa empresarial. Se reafirma, con esto, la mayor preocupación que la jurisprudencia constitucional le ha brindado a la dimensión negativa de este principio. Sin embargo, la omisión hacia su dimensión positiva no niega que pueda sugerirse una lectura similar y también amparada en la vinculación a los derechos fundamentales. En concreto, la ausencia del Estado en contextos en los que urge su presencia podrá también ser cuestionada por los particulares cuando suponga un inminente riesgo o la afectación concreta de derechos fundamentales. En tales casos, el ordenamiento deberá ofrecer las vías y acciones para que los particulares puedan solicitar o reclamar su actuar, ciertamente supeditado a la observancia de otras condiciones exigibles en función del objeto involucrado<sup>(20)</sup>.

Por último, el Tribunal Constitucional ha destacado que el principio de subsidiariedad debe interpretarse juntamente con el principio de pluralismo económico, en los siguientes términos:

Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente



importancia, como es del (sic) pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho (Tribunal Constitucional del Perú, 2003, fundamento jurídico 25).

Tal como se advierte del razonamiento citado, el Tribunal Constitucional no analiza con profundidad la relación entre ambos principios, pero, además, parece adoptar una definición de pluralismo económico limitada a la “igualdad entre competidores” y de “paridad” entre empresas públicas y privadas. Una definición que, aunque correcta, debe ser por lo menos considerada incompleta (Gutiérrez, 2013, p. 59)<sup>(21)</sup>, sobre todo porque la paridad y el trato igualitario entre empresas públicas y privadas ya son consagrados por el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución, mientras que la libre competencia, como principio, es protegida por el artículo 61 del mismo cuerpo normativo. Por tanto, la posición del Tribunal Constitucional respecto al principio de pluralismo económico resultaría redundante.

En concreto, por pluralismo económico debe entenderse aquel principio que postula que el régimen económico debe construirse a partir de la confluencia y respeto de distintas formas de propiedad y de empresa. Esto, en clara alusión a la importancia que tiene la transacción sobre derechos de propiedad en el mercado y la necesidad de reconocer distintas manifestaciones de este derecho en función a la naturaleza del objeto sobre el cual recae, por ejemplo, sobre bienes materiales o inmateriales; o de acuerdo al titular del mismo, por ejemplo, la propiedad pública, propiedad privada, propiedad indígena, etc. Así como de distintas formas de empresa que, del mismo modo, pueden ejercerse de diversas formas, distintas formas societarias o esquemas asociativos, obedecer a distintos titulares, es decir, empresas estatales, empresas privadas; y distintas nacionalidades, esto es con inversión privada, con inversión extranjera, con inversión mixta. Este pluralismo no solo exige una mera confluencia y un trato

igualitario, sino que también justifica un trato diferenciado según las propias condiciones del tipo de propiedad o empresa<sup>(22)</sup>, desde luego, sin caer en supuestos de exclusión o discriminación.

Expuesto de este modo, el principio de subsidiariedad guarda estrecha relación con el principio de pluralismo, pues con base en éste, la actuación empresarial del Estado, excepcional de acuerdo con el artículo 60, está reconocida dentro del diverso conjunto de formas de propiedad y empresa, pero también está justificado que se la sujete a tratos diferenciados en virtud de esa titularidad pública, sin que esto signifique alterar el adecuado proceso competitivo. Esto explica, en mi posición, que las empresas públicas se sujeten a reglas particulares de control y gestión, es decir, la observancia de sistemas administrativos o que se les asigne encargos especiales<sup>(23)</sup> que, en condiciones de libertad, no podrían ser impuestas a empresas privadas; pero también, la subsidiariedad, aplicada en el marco del pluralismo económico, justifica una intervención supletoria por parte del Estado en aras del bien común, lo que supondrá que éste pueda limitar, fiscalizar, sancionar e incentivar la dinámica del mercado teniendo en consideración los distintos tipos de propiedad y empresa que interactúan en el mercado. En este sentido, no solo la participación empresarial pública, sino toda acción del Estado que procure el fomento o la limitación de la iniciativa privada, además de subsidiaria, deberá ejercerse teniendo en cuenta las múltiples formas de propiedad y empresas que pueden ser objeto de la intervención, evaluándose para cada caso la opción adecuada.

(21) Una crítica que comparto con Gutiérrez Camacho.

(22) Así pues, el análisis civilista de la propiedad, bajo un enfoque occidental, no puede ser aplicado sin más en espacios donde un colectivo alega ser titular de un derecho de propiedad indígena, siendo que ésta última involucra una concepción particular y distinta en donde la “cosa” es un elemento más dentro de una cosmovisión, historia e identidad que envuelve al bien y que le da un sentido particular de pertenencia al colectivo indígena.

(23) Cuestión regulada en el numeral 5.2 del artículo 5 del Decreto Legislativo 1031: “Las Empresas del Estado sólo podrán recibir encargos especiales, mediante mandato expreso, aprobado por Decreto Supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En este caso, las Empresas del Estado deberán ser provistas de los recursos necesarios para su sostenibilidad financiera, debiendo registrarse dichos encargados en una contabilidad separada, y revelarlos adecuadamente en sus estados financieros. Cuando los encargos especiales califiquen como proyectos de inversión pública, para que éstos puedan ser ejecutados por las Empresas del Estado, deberán contar previamente con las evaluaciones correspondientes dentro del marco del Sistema Nacional de Inversión Pública”.



Se advierte, entonces, que el principio de subsidiariedad ha recibido también un tratamiento amplio por parte del Tribunal Constitucional, pero, sobre todo, ha recibido una atención complementada con otros principios constitucionales, en donde destacan el carácter “social” del régimen económico de mercado, el pluralismo económico y la vinculación a los derechos fundamentales de la persona. La subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional rechaza la idea de un Estado ausente y, más bien, justifica uno presente siempre y en la medida que no desconozca la premisa de libertad y libre desarrollo de las personas, y sepa conciliar, mas no confrontar, los intereses públicos y privados.

## 5. La tutela del principio de subsidiariedad desde las normas de competencia. Una crítica desde la cláusula de Estado social y los derechos prestacionales

El análisis del principio de subsidiariedad en el ordenamiento peruano estaría incompleto sin hacerse una referencia al desarrollo que éste ha merecido desde las normas del Derecho de la competencia y, en concreto, la atención brindada en la práctica resolutiva del INDECOPI (Zúñiga-Fernández, 2015, pp. 60-62). Desde el año 2001<sup>(24)</sup> y, con mayor efectividad, desde el año 2008 con la aprobación del Decreto Legislativo 1044, el INDECOPI cumple un importante rol en el respeto del principio de subsidiariedad (Bravo et al., 2021, p. 186). Actualmente, su labor está referida a reprimir la competencia desleal que se origina con la actividad empresarial del Estado, cuando ésta infringe las condiciones exigidas por el artículo 60 de la Constitución y comete actos de violación de normas en los términos a los que se refiere el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044.

Desde luego, abarcar los criterios adoptados en cada caso resuelto a la fecha por el INDECOPI exige un estudio que escapa al propósito del presente, por lo que es suficiente

detenerme en el criterio adoptado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010. Esta decisión, que además reviste carácter de precedente de observancia obligatoria<sup>(25)</sup>, aprobó una suerte de “test de subsidiariedad” para evaluar adecuadamente si una actividad empresarial infringe lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución. El referido “test” comprende básicamente cuatro pasos<sup>(26)</sup>: la identificación de una actividad como empresarial; la autorización legal expresa para su desarrollo; la evaluación del carácter subsidiario de la misma; y, la precisión del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, contenida en ley expresa, que justifica la actividad. Si bien es cierto que el criterio aprobado por el INDECOPI ha contribuido a la efectividad del principio de subsidiariedad en materia económica, también lo es que este criterio no ha sido del todo claro y, en algún extremo, ha adoptado una posición alejada de los principios de solidaridad y de vinculación a los derechos fundamentales. En tal sentido, es menester referirme a ella en dos aspectos puntuales: cuándo calificar a una actividad prestacional como empresarial; y, qué límites observar al analizar su carácter excepcional.

Comencemos por referirnos al criterio con base al cual el INDECOPI califica a una actividad como empresarial. Es cuestión carente de discusión que, tanto en la actividad empresarial como en los servicios públicos, la Administración no ejerce poder público ni incide directamente en la libertad<sup>(27)</sup>, sino que solo presta bienes y servicios. En ambos

- (24) Con la aprobación del Decreto Supremo 034-2001-PCM, se aprobaron diversas disposiciones para que el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado [FONAFE] controlara que la actividad de las empresas bajo su ámbito se adecuara a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución. Esta fue la primera norma que introdujo algunas reglas o procedimientos para velar por la observancia del principio de subsidiariedad en materia económica por parte del Estado, destacando la participación del INDECOPI, entidad de la cual FONAFE podía requerir un informe de evaluación sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de las empresas a su cargo. Sin embargo, este marco normativo resultó limitado, puesto que las recomendaciones o conclusiones del INDECOPI, fueron trece informes evaluando la situación de empresas en el mismo número, no gozaron más que de una labor consultiva. Para más información en el mismo sentido, véase “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 3134-2010/SC1- INDECOPI” de Luis Diez Canseco Núñez & Crossby Buleje Díaz (2011, p. 222).
- (25) La condición de precedente de observancia obligatoria de esta decisión no está exenta de cuestionamientos. Quienes niegan esta condición, en donde me incluyo, son enfáticos al señalar que esta resolución no ha cumplido con ser publicada en el diario oficial El Peruano, lo cual es un requisito que exige el artículo VI del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, para efectos de calificar como precedente de observancia obligatoria.
- (26) Este “test”, en realidad, recoge en gran parte el criterio que el INDECOPI había expuesto en los informes que emitió con ocasión de la consulta que le formulara el FONAFE en el año 2001, con base a lo dispuesto en el Decreto Supremo 034-2001-PCM.
- (27) Lo que no niega que la calificación de un servicio como público sí afecta la libertad de empresa. El servicio público es actividad prestacional, pero también un título de intervención que, en muchos casos, involucrará una limitación más gravosa.



casos, sin embargo, se pueden identificar empresas públicas detrás de la prestación de estos, pero en algunos casos identificaremos a empresas públicas como prestadoras de servicios públicos y, en otros, como prestadoras de actividades meramente empresariales. En algunas ocasiones, incluso, no se requerirá la constitución de una empresa pública para la ejecución de estas prestaciones, pudiendo realizarse éstas a través de la propia estructura ordinaria de la Administración. Por tanto, la forma que se emplee no definirá a la actividad. Esta última, más bien, estará definida por el carácter esencial o no de la prestación en interés de quien la recibe. Cuando la prestación del bien o servicio califique como esencial, estaremos ante una actividad de servicio público, caso contrario, estaremos ante actividades industriales, comerciales o puramente empresariales. El carácter esencial de la prestación y la obligación de satisfacerla estarán dados necesariamente por la Constitución o las leyes<sup>(28)</sup>.

Sobre el particular, el precedente en cuestión ha definido a la actividad empresarial en un sentido negativo, al señalar que ésta será aquella dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole en la

que no se ejerzan poderes públicos (*imperium*) o se atiendan prestaciones asistenciales (INDECOPI, 2010, parr. 37, 39 y 42)<sup>(29)</sup>. No obstante, la definición así dada genera una complicación mayor: ¿cómo distinguir entre una prestación asistencial y otra de carácter empresarial? ¿la prestación de servicios públicos económicos por el Estado debe someterse a los mismos criterios del “test de subsidiariedad”? La casuística resuelta por INDECOPI en otros casos suscita no pocas dudas para absolver estas preguntas (INDECOPI, 2011)<sup>(30)</sup>.

Sobre lo primero, llama la atención a qué prestaciones se hacen referencia bajo el título de “prestaciones asistenciales”, pues, aunque podría señalarse que con estas se hacen referencia a los servicios públicos sociales<sup>(31)</sup>, lo cierto es que la definición que emplean para referirse a aquéllas está acotada a las prestaciones de carácter social destinadas a

- (28) En algunas ocasiones, podremos encontrar posiciones en torno a qué define a la actividad empresarial del Estado. Algunos, en una posición que no comparto, la aluden como toda provisión de bienes o servicios a los consumidores a cambio de una contraprestación o de manera gratuita, a través de una empresa o entidad públicas, exponiendo una definición demasiado amplia que no permite distinguirla de otras modalidades de actuación administrativa como lo es el servicio público. Por ejemplo, así la definen Diez Canseco & Buleje (2011, p. 225).
- (29) El INDECOPI señaló que “se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio”. A su criterio, “la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada ‘actividad estatal de autoridad pública’, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de ius imperium o atribuciones soberanas” (parr. 39); y también de aquella actividad de corte asistencial, la cual “comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social” (parr. 42).
- (30) En dicho caso, Tarucani Generating Company S.A. [TGC] denunció a la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. [EGASA], entre otros motivos, por infringir el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al involucrarse en actividades de generación hidroeléctrica y obtener concesiones temporales para realizar estudios para futuras centrales. La Sala de Competencia revocó la resolución de primera instancia, que había declarado fundada la denuncia, argumentando que existía una ley expresa, la Ley 23406 – Ley General de Electricidad, que autorizaba a EGASA a realizar generación eléctrica y obtener concesiones para nuevos proyectos hidroeléctricos. Al tratarse de una norma anterior a la Constitución de 1993, no se le aplicó el test de subsidiariedad. INDECOPI, en este caso, asumió sin un análisis profundo que la generación de electricidad era una actividad empresarial y se limitó a evaluar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para su desarrollo, sin cuestionar la naturaleza misma de la actividad ni la pertinencia de su regulación bajo los principios de competencia y subsidiariedad. Para ahorondar sobre este caso, véase “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos” de María Quiñones (2012, p. 70).
- (31) No es lugar para detenerse en ello, pero para efectos de este estudio, considero que el “servicio público” en el Perú no es aquel concepto clásico francés ni mucho menos aquel tradicionalmente estudiado en España, apegado a la idea de titularidad o *publicatio*. Conuerdo aquí con Baca (2008, pp. 359-392). En el mismo sentido, aunque aludiendo a la existencia de una titularidad estatal, pero que no supone “apropiarse de la actividad” ni “extraerla del mercado”. Sobre ello, véase “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana” de Jorge Danós (2008, p. 259), y también “Teoría de los servicios públicos” de Orlando Vignolo (2009, pp. 13-31). A mi criterio, lo que el ordenamiento peruano refiere como “servicio público” va ligado, en realidad, a un carácter fáctico de esencialidad en su prestación, sentido objetivo, y que justifica una intervención singular por parte del Estado para garantizar su prestación, directa o indirecta, de acuerdo con criterios de regularidad, continuidad, universalidad y progreso tecnológico. A partir de las disposiciones constitucionales y legales, este servicio público, en el Perú, puede clasificarse en dos tipos: servicios públicos económicos, caracterizados por brindarse en un régimen de libre iniciativa privada, competencia (de ser posible) y en donde el Estado solo presta directamente los mismos de forma subsidiaria; y, servicios públicos sociales, los que comprenden únicamente las materias que constitucionalmente así se establezcan (educación, salud, seguridad social) y en donde el Estado asume una obligación de prestación y concurre, no compete, con el sector privado en su cumplimiento, sin resultar aplicables, en mi posición, las reglas de competencia, ni de subsidiariedad.



favor de “particulares de bajos recursos” (INDECOPI, 2010b), diferenciación que no realiza la Constitución cuando atribuye estas obligaciones al Estado, pues le encomienda la tarea de atender estas necesidades sociales a favor de todos, con clara vocación de universalidad<sup>(32)</sup>. Acoger esta definición restrictiva, supondría someter al “test de subsidiariedad” a las restantes prestaciones sociales que no cumplen con ser “asistenciales” en los términos definidos por esta entidad<sup>(33)</sup>. En mi posición, habría sido más adecuado que INDECOPI se refiriera a los “servicios públicos sociales” en general y excluyera a todos estos del análisis de subsidiariedad. Esto se justificaría en el hecho de que el Estado asume, en estos casos, la obligación de atender o prestar ciertos servicios que la Constitución dispone como parte de los derechos sociales o programáticos de las personas. No cabe, en tal sentido, la aplicación de las reglas ordinarias de mercado y libre competencia ni su sometimiento al “test de subsidiariedad”, pues esta obligación prestacional

del Estado exige más bien su participación, la cual, sin embargo, no niega la participación privada, la que concurre y participa en dicho segmento en ejercicio de su libre iniciativa, pero no compite en términos formales con el Estado<sup>(34)(35)</sup>. Los servicios públicos sociales, por su especial connotación prestacional, serán aquellos enunciados como tales a nivel constitucional, entre los cuales, en el caso peruano, destacan la salud<sup>(36)</sup>, la educación<sup>(37)</sup>, la pensión<sup>(38)</sup> y la seguridad social<sup>(39)</sup>.

Cuestión distinta es la que surge sobre lo segundo, es decir, cuando nos referimos a los servicios públicos económicos<sup>(40)</sup>. Existen posiciones que sostienen que la prestación de estos no debe estar sujeta al análisis de subsidiariedad (Kresalja & Ochoa, 2020, pp.

- (32) Esto no niega que algunas prestaciones de servicio público social sean brindadas solo a favor de sectores vulnerables, en situación de pobreza, discapacidad, según su edad u otros criterios.
- (33) Otros, en cambio, tienen una posición distinta. Así, Diez Canseco & Buleje (2011, p. 234) expresan su preocupación por la “puerta abierta” que suponen los “servicios asistenciales”, pues estos no merecerían análisis bajo el “test de subsidiariedad”. Pareciera que su preocupación sería mayor en caso se reconozcan derechos que deben ser atendidos con determinados servicios, citando el ejemplo del servicio de internet, en donde el Estado podría irrogarse la posibilidad de prestarlos de forma empresarial: “Resulta más crítico aun cuando interfiernan cuestiones políticas, como por ejemplo si es que se pretende considerar el servicio de internet como un derecho fundamental (la banda ancha) lo que podría facilitar la elusión de la aplicación de la LRCD”. No comparto la posición expuesta, puesto que la atención o no de un “derecho fundamental”, como un eventual derecho al internet, siguiendo el ejemplo, a través de la prestación bienes o servicios no excluye a ésta del análisis de subsidiariedad. Lo que la excluye de dicho análisis, como expongo en este punto, es su expresa atribución constitucional como obligación del Estado.
- (34) “Concurrencia sin competencia” como la denomina Bernardo, citado por Rebollo Puig & Vera (2017, p. 143). Es el caso, por ejemplo, de los colegios públicos que concurren con colegios privados; de los hospitales que concurren con clínicas privadas; y de la ONP y las AFP en materia de pensiones. En estos casos, las prestaciones públicas se brindan por obligación constitucional, pero a los privados también les asiste su derecho de libre iniciativa para prestar estos servicios. Ello es lo que Vignolo (2012, pp. 333-341) se propone denominar como “servicio público compartido”. En caso así lo hagan, mal podríamos indicar que las escuelas y hospitales públicos compiten con sus pares privados. Por la misma razón, la lectura del principio de subsidiariedad no correspondería aplicarse en estos casos.
- (35) Esto no niega que, en determinados casos, tras la fachada de una actividad prestacional de servicio público social se incluyan prestaciones empresariales contrarias al artículo 60 de la Constitución, tal como ocurrió en el caso resuelto por la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.
- (36) El artículo 7 de la Constitución señala que “todos tienen derecho a la protección de su salud”, siendo que el “Estado determina la política nacional de salud (...) facilitando el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9). Asimismo, este derecho involucra también al sector privado, pues “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas” (artículo 11).
- (37) “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13). “Toda persona natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley” (artículo 15). “Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” (artículo 16). “La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación” (artículo 17), pero no solo ello, sino que el Estado también se compromete a “subvencionar la educación privada en cualquier de sus modalidades” (artículo 17), lo que alude nuevamente a esta situación de concurrencia entre la educación pública y la privada. Esto también se confirma en el nivel universitario, siendo que “las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento” (artículo 18).
- (38) Respecto del cual la Constitución también reconoce la participación de los sectores público y privado: “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas” (artículo 11).
- (39) “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social” (artículo 10). “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles” (artículo 12).



452-459; Quiñones, 2012, pp. 69-72), pues el artículo 58 de la Constitución reconoce un rol activo al Estado en esta materia. Sin embargo, omiten señalar, los que esto sugieren, que dicho rol debe cumplirse bajo un régimen de libre iniciativa privada y de economía social de mercado, que es precisamente lo que indican las dos primeras oraciones del referido artículo 58 y que dichos fundamentos se verían desplazados si el Estado pudiera participar empresarialmente sin limitación alguna. Además, una lectura sistemática del artículo 58 y el artículo 60 de la Constitución insistiría en que esta actuación empresarial solo debería efectuarse de forma subsidiaria, permaneciendo en el Estado, eso sí, una labor especial en su supervisión y regulación. Entonces, a diferencia de lo que ocurre con los servicios públicos sociales, los de carácter económico son prestados en un régimen de competencia enteramente librado a la iniciativa privada y, como tal, están sujetos al análisis de subsidiariedad.

Mención aparte ameritan los servicios públicos económicos que son prestados actualmente por empresas públicas y que así han venido siéndolo incluso con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1044. En estos casos, en mi posición, el análisis a realizarse por la agencia de competencia debería corresponder únicamente a las condiciones de igualdad que exige el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución. Esto se condice con una realidad innegable: por más que INDECOPI cuestione una actuación empresarial pública, en ningún caso podrá expulsar a una empresa estatal del mercado ni exigir su privatización; incluso, sus recomendaciones o "abogacías" pueden quedar solo en eso. Por tanto, lo más efectivo es que su análisis se enfoque en advertir que el tratamiento y el desempeño de esta empresa pública se ajusta a las mismas condiciones que sus pares privados, esto es, en igualdad. Contra estas últimas, de ser el caso, las decisiones del INDECOPI gozarían de mayor relevancia y efectividad en la práctica y coadyuvarían, además, a darle desarrollo práctico al principio de igualdad entre empresas públicas y privadas previsto en el tercer párrafo del artículo 60.

Por último, una reflexión también requiere el control del carácter excepcional de la actividad empresarial o, como refiere el artículo 60 de la Constitución, la justificación de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional. Sobre esto, el criterio resolutivo en estudio ha reconocido que no le corresponde a la agencia de competencia revisar dichas razones, lo cual debe ser cumplido enteramente por el Congreso de la República en un análisis que obedecerá a campos que van más allá del análisis de eficiencias y mercados. Por lo que, de acuerdo

con el INDECOPI, "cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito" (INDECOPI, 2010a, parr. 127). No obstante, agrega que, cuando la ley autoritativa omita la referencia a dicha justificación, "se verificará el incumplimiento del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución" (INDECOPI, 2010a, parr. 127). Este último extremo es el que genera cierta polémica.

Por una parte, no debería mantenerse una rigidez de este tipo en la evaluación de la justificación excepcional. La aprobación de una ley, en términos formales, es producto de una propuesta, deliberación y aprobación que puede contener ya la evaluación del alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional. En tal sentido, la sola aprobación de la ley contiene tácitamente la consideración de que la actividad empresarial autorizada cumple con la justificación exigida a nivel constitucional. Del mismo modo, esta posición parece omitir que las leyes pueden no recoger la justificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, pero sí haber cumplido con efectuarla con ocasión de la exposición de motivos que dio lugar al texto legislativo.

Por la otra, considero que el análisis debería únicamente concentrarse en el plano material y competitivo que involucra a la actividad empresarial pública y a sus pares privados, sin evaluar cuestiones que ascienden a un plano formal y legislativo, al cual la Administración Pública está finalmente subordinada. Con esto me refiero a que el rol del INDECOPI debe enfocarse a combatir aquello que, en el plano material, convierte a la actividad empresarial pública en una competencia desleal. Esto se cumple con la verificación de la existencia de una ley formal expresa autoritativa, con el cumplimiento del carácter subsidiario de la actividad empresarial desempeñada y, por último, con

(40) Es el caso de los servicios de energía, telecomunicaciones, agua y saneamiento, transporte, entre otros. En estos casos, no existe una disposición constitucional que permita (o exija) su prestación directa a cargo de la Administración. Asimismo, la prestación se realiza en una lógica de libre iniciativa privada y subsidiariedad, pero, como servicios públicos que son, bajo una fiscalización y limitación públicas justificadas para garantizar su prestación regular, continua y universal.



el respeto de brindar a las empresas públicas y privadas el mismo tratamiento legal, tercer párrafo del artículo 60. Sobre esto último, sin embargo, el criterio resolutivo no expone mayor detalle.

Con todo lo expuesto, no debemos negar que el criterio resolutivo del INDECOPI es una decisión valiosa y que ha sido oportuna para brindarle un aterrizaje práctico a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución. Posteriores casos, sin embargo, deberán proponer una diferenciación más clara entre los servicios asistenciales y empresariales, considerando, principalmente, que en los primeros (recogidos como tales a nivel constitucional) no resultan aplicables las reglas de mercado y competencia, y que no están limitados únicamente a determinados grupos de la sociedad. Considero que ésta sería una lectura más próxima a la cláusula de Estado social dispuesta en el artículo 43 de la Constitución<sup>(41)</sup> y perfectamente compatible con el principio de subsidiariedad, el que precisamente explica el carácter social de nuestro modelo económico de mercado, y que comulga con el principio de vinculación a los derechos fundamentales (donde destacan los derechos prestacionales de las personas como son la salud, la educación y la seguridad social).

## 6. Conclusiones

El análisis del principio de subsidiariedad horizontal en el contexto del ordenamiento jurídico peruano revela su importancia como un marco regulador esencial para equilibrar la intervención del Estado y la libertad de los particulares en la actividad económica. La subsidiariedad horizontal, tal como se presenta en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, establece un mandato claro: la intervención del Estado en la economía debe ser una excepción y no la regla, reservada solo para casos de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, y siempre debidamente autorizada por una ley expresa.

La aplicación de este principio no solo limita la participación estatal en actividades empresariales, sino que también protege el derecho de los ciudadanos a desenvolverse libremente en el mercado, reforzando así la premisa de que la creación de riqueza y la actividad económica deben ser impulsadas principalmente por la iniciativa privada. Además, el análisis resalta la necesidad de que el Estado adopte un rol regulador y supletorio en casos donde la iniciativa privada es insuficiente o donde se presentan fallas de mercado que afectan el bienestar común.

Por otro lado, el estudio destaca la insuficiencia de la actual aplicación del principio de subsidiariedad, ya

que frecuentemente se restringe a una interpretación meramente económica, sin reconocer su impacto en otros ámbitos de la vida social y en la configuración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La revisión normativa y jurisprudencial muestra que la subsidiariedad debe ser entendida de manera más amplia, como un principio transversal que abarca tanto las esferas económica, social y administrativa, asegurando que la intervención estatal se justifique no solo por la falta de actores privados, sino también como una respuesta proporcionada y temporal en beneficio del bien común.

En definitiva, el principio de subsidiariedad horizontal en el Perú exige una continua reevaluación de las funciones y límites del Estado en la economía. Ello promueve un entorno donde la libertad individual y la intervención pública coexistan de manera armoniosa y efectiva para el desarrollo integral de la sociedad.

## Referencias bibliográficas

- Aroney, N. (2014). Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas. En M. Evans & A. Zimmermann (Eds.), *Global Perspectives on Subsidiarity* (Vol. 37, pp. 9-27). Springer Netherlands. [https://doi.org/10.1007/978-94-017-8810-6\\_2](https://doi.org/10.1007/978-94-017-8810-6_2)
- Baca, V. (2008). El servicio público, el servicio esencial y la noción de servicio universal y su aplicación en el derecho peruano. *Foro Empresarial*, 2, 65-88.
- Bravo, S. et al. (2021). State intervention and the principle of subsidiarity in Peru. *Veritas & Research*, 3(2), 185-193. <http://revistas.pucesa.edu.ec/ojs/index.php?journal=VR&page=article&op=view&path%5B%5D=76>
- Brennan, P. (2014). Subsidiarity in the Tradition of Catholic Social Doctrine. En M. Evans & A. Zimmermann (Eds.), *Global Perspectives on Subsidiarity* (Vol. 37, pp. 29-47). Springer Netherlands. [https://doi.org/10.1007/978-94-017-8810-6\\_3](https://doi.org/10.1007/978-94-017-8810-6_3)
- Bullard, A. (2011). El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad. *Revista de Derecho*

(41) Constitución Política del Perú. Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.



- Administrativo*, (10), 199-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13689>
- Cairampoma, A. (2012). (Re)interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano. En *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra Editores.
- Calderón, R. (2011). Una nueva perspectiva sobre los alcances de la actividad empresarial del Estado en el Perú. Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez. *Derecho & Sociedad*, (37), 315-321. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoyosociedad/article/view/13181>
- Chang, G. (2015). La subsidiariedad del estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. En L. Córdova & A. Becerra (Coord.), *II Convención Estudiantil de Derecho Público*. Palestra Editores.
- Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Cruces, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Palestra Editores.
- Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *THĒMIS Revista de Derecho*, (55), 255-264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>
- Diez, J., & Buleje, C. (2011). Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1- INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 221-235. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13691>
- Gutierrez, W. (2013). Comentario al artículo 60 de la Constitución peruana de 1993. En *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. (2.ª ed., Tomo II). Gaceta Jurídica.
- Hakansson, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional* (4.ª ed.). Palestra Editores.
- Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *Revista IUS ET VERITAS*, 24(50), 368-397. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827>
- Kresalja, B. (2010). *El principio de subsidiariedad en materia económica : análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993* (1ª ed.). Palestra Editores.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2020). *Derecho constitucional económico* (2ª ed.). Fondo Editorial de la PUCP.
- Loo, M. (2010). La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33(2). <https://www.rdpucv.cl/index.php/rdderecho/article/view/713>
- Martínez, J. (2010). El principio de subsidiariedad. En J. Santamaría (Direct.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (pp. 1275-1310). La Ley.
- Nieto, M. (2000). Interpretación y desarrollo del principio de subsidiariedad. En E. Banús (Eds.), *Subsidiariedad: historia y aplicación*. Centro de Estudios Europeos Universidad de Navarra. <http://hdl.handle.net/20.500.14352/61006>
- Papa Juan Pablo II (1987). *Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_30121987\\_sollicitudo-rei-socialis.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html)
- Papa Juan XXIII (1961). *Encíclica Mater et Magistra*. [https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html)
- Papa León XIII (1892). *Carta Encíclica Rerum Novarum*. [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)
- Papa Pío XI (1931). *Encíclica Quadragesimo Anno*. [https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html)
- Pontificio Consejo “Justicia y Paz.” (2005). *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*. [https://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)
- Quiñones, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (12), 65-73. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13490>
- Rebollo, M., & Vera, D. (2017). *Derecho administrativo* (Tomo III). Tecnos.
- Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual] (2010a, 29 de noviembre). Aprobación de un precedente de observancia obligatoria que interpreta la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044.
- Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual] (2010b, 14 de septiembre). Caso Clínica Santa Teresa.
- Resolución 0778-2011/SC1-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual] (2011, 4 de abril).
- Ross, W. (1957). *Aristóteles* (1ª. Ed.). Editorial Sudamericana.
- Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-PI/TC (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC (2004, 15 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia recaída en el Expediente 7320-2005-PA/TC (2006, 23 de febrero). Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia recaída en el Expediente 0019-2006-PI/TC (2007a, 14 de marzo). Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC (2007b, 13 de abril). Tribunal Constitucional del Perú.



Sentencia recaída en el Expediente 7339-2006-AA/TC (2007c, 13 de abril). Tribunal Constitucional del Perú.

Vignolo, O. (2012). Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 333-341. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13564>

Vignolo, O. (2019). *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y surgimiento de la Administración Pública regulatoria en el Perú*. Palestra Editores.

Zúñiga-Fernández, T. (2015). The principle of subsidiarity as the essential restriction on Peruvian state business activity under pro-competitive conditions. En J. Drexl & F. Di Porto (Eds.), *State-initiated restraints of competition*, 55-63. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781784714987.00012>