

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

TITULO: ¿SUBSIDIARIEDAD O SOLIDARIDAD? ANALIZANDO LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SOCIALES Y DOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA.

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo

Autor: Ameth Ugarte Carmelino

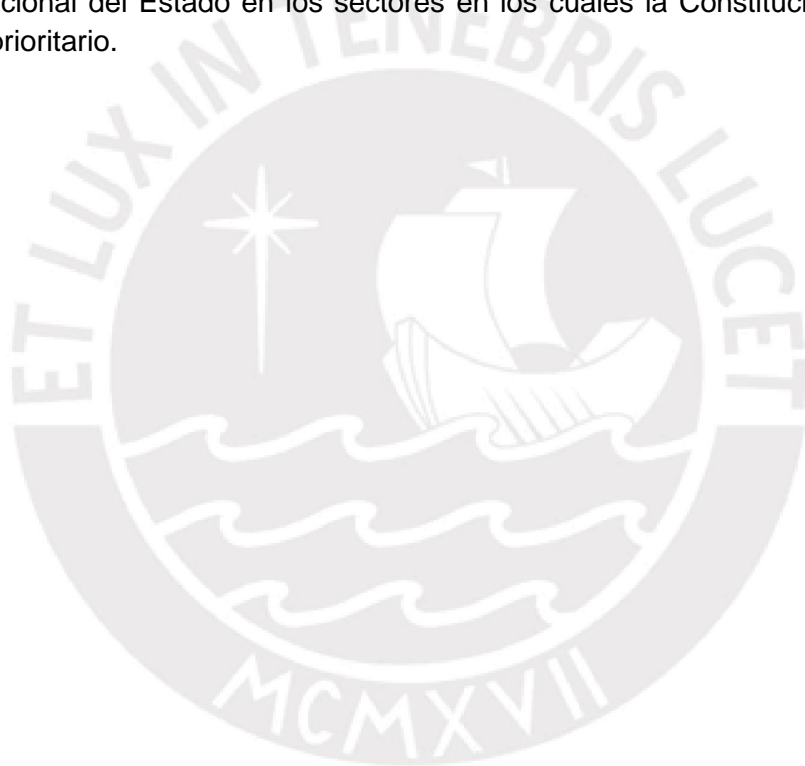
Asesor: Alejandro Moscol

Código de alumno: 20101932

2017

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca analizar y evidenciar la incompleta e incorrecta regulación que el ordenamiento peruano le ha brindado a la actividad empresarial del Estado. Para dicho fin, se parte de un análisis antropológico acerca del nacimiento del concepto católico de “subsidiariedad”, buscando así informar al lector que la subsidiariedad es un concepto social y humanista antes económico. Posteriormente, se analiza el tratamiento legal que brinda INDECOPI a dicho principio a través de conocidas resoluciones. Finalmente, se propone un debate en torno a la incorrecta regulación que se ha establecido para controlar la actividad del Estado a través de los actos de violación de normas. Efectuado al anterior análisis, se concluye que, en nuestro ordenamiento, la interpretación de la subsidiariedad ha sido entendida únicamente desde su faz económica, obviándose constantemente el principio de solidaridad y la actividad prestacional del Estado en los sectores en los cuales la Constitución demanda al Estado un actuar prioritario.



I. ESQUEMA:

1.- El principio de subsidiariedad: un principio social, no económico.

2.- Desarrollo de conceptos incluidos en la problemática

2.1.- Economía Social de Mercado

2.2.- Pluralismo económico

2.3.- Actividad empresarial del Estado

3.- Subsidiariedad vs. Solidaridad: tratamiento legal de la subsidiariedad en los servicios públicos e infraestructura de uso público: la irracional limitación a la actividad empresarial del Estado.

3.1 Las resoluciones de INDECOPI

3.2. Sobre los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas ¿es la vía para el control de la actividad empresarial del Estado?

4.- Conclusiones

II.INTRODUCCIÓN

El principio de subsidiariedad: un principio social y no económico

Para remontarse a la integración del principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento legal, es necesario realizar un estudio histórico y social de su aparición en el mundo, para así entender la línea cronológica que llevó a que, actualmente, dicho principio sea uno de los más importantes dentro del régimen económico que impera en nuestra Constitución.

En ese sentido, es necesario indicar que el principio de subsidiariedad no necesariamente surge como un mandato de finalidad económico. La aparición de este principio estuvo más bien relacionada al acontecer ético y social que se vivía a en el siglo XVIII y XIX en toda Europa a causa de la revolución industrial.

Fue entonces que la Iglesia Católica, caracterizada a lo largo de su historia por emitir posturas políticas frente a diversos movimientos sociales de coyuntura, mostró su preocupación sobre los acontecimientos que sufría constantemente el individuo a causa del fenómeno de la revolución industrial.

Dichas preocupaciones eran expresadas de forma institucional, a través de ciertas encíclicas papales, todas ellas siempre relacionadas al evangelio y a las enseñanzas católicas.

KRESALJA afirma lo anterior y agrega el concepto de la doctrina social de la Iglesia cuando expone en su libro Estado o Mercado lo siguiente:

“Si bien siempre ha existido problemas sociales que han preocupado a la Iglesia católica y que han dado lugar a diversos pronunciamientos papales, lo que llamamos en nuestros días doctrina social nace propiamente frente a los problemas generados por la Revolución Industrial de los siglos XVII y XIX que, entre otros varios aspectos, cambia el modo de producción, creando nuevas relaciones entre propietarios y trabajadores, en un ambiente que transforma definitivamente el mundo feudal e introduce una relación impersonal y deshumanizada en la vida cotidiana de las nacientes ciudades industriales. Es la época del capitalismo salvaje” (KRESALJA 2015: 42).

Como bien se puede observar a partir de la anterior cita, la Iglesia católica fue la primera institución mundial en asociar el fenómeno económico de la revolución industrial con la transformación ética que significó dicho proceso en los trabajadores de entonces. Si bien esta aproximación del principio de subsidiariedad dista en gran medida el principio económico que hoy tenemos consagrado en la Constitución, es cierto también que fue el primer suceso que marcó el precedente para el desarrollo del principio de subsidiariedad en la historia mundial.

Ahora bien, a partir de lo mencionado, es preciso evidenciar que la subsidiariedad ha sido integrada en nuestra Constitución como un principio netamente económico, aún a pesar de que, por su propia naturaleza, la subsidiariedad es principio de corte social y humanista que exigía a los estados la no intromisión en la esfera personal del hombre, entendiendo así que el mismo tiene la libertad de construir estructuras sociales sin la intervención del estado, participando únicamente el estado cuando los grupos sociales requiera algún tipo de sostén con el fin de lograr el bien común.

En este punto, es necesario señalar que no solo el Tribunal Constitucional peruano se ha encargado de brindar un contenido meramente económico al análisis de la subsidiariedad a lo largo de sus pronunciamientos, sino también INDECOPI; entidad que ha emitido resoluciones que distan enormemente del real significado de la subsidiariedad.

A continuación, examináramos los conceptos asociados al principio bajo análisis.

La Constitución de 1993 y el principio de subsidiariedad

Una vez demostrado que el principio de subsidiariedad es, sobre todo, un principio antropológico antes que económico, es fundamental para la presente investigación conocer el tratamiento constitucional del mismo. Para ello, como primera aproximación de estudio, es necesario aclarar que el principio de subsidiariedad no se estipula en los artículos constitucionales como un precepto independiente y aislado dentro del capítulo del régimen económico consagrado en nuestra constitución, sino más bien que se establece articulado inherentemente a los conceptos detallados a continuación.

Economía Social de Mercado

Como punto de partida, consideramos primordial analizar el régimen de economía social de mercado que la Constitución establece en el artículo 58¹, ello por la innegable relación que existe entre dicho precepto y el principio de subsidiariedad.

Al respecto el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, ha señalado que la economía social de mercado debe ser entendida como un régimen social y económico en el que se encuentran presentes preminentemente valores constitucionales como la libertad y el bienestar social. En ese sentido, el máximo intérprete de la constitución afirma que dicho modelo económico se caracteriza por tres elementos: i) bienestar social; II) mercado libre, lo que supone, por un lado el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia, regida por la oferta y la demanda en el mercado, y III) un Estado

1 “**Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

subsidiario y solidario, de manera que las conductas estatales directas sean auxiliares, complementarias y temporales².

Sobre el particular, Kresalja³ sostiene que *“la economía social de mercado persigue tanto un mercado eficiente como una sociedad justa, pero lograr ese equilibrio no es fácil y exige una participación restringida del Estado estableciendo las reglas de juego, aunque tiene la obligación de intervenir cuando se produzca un menoscabo en los intereses sociales legítimos”*.

Respecto a lo mencionado anteriormente, es posible afirmar que la economía social de mercado se estructura a partir de dos componentes: uno meramente social que busca privilegiar valores como la igualdad, la justicia y la atención preferente del Estado a los sectores más desatendidos, y otro económico que privilegia la economía de mercado regida por la oferta, la demanda y la mínima participación estatal en ella como actor económico.

Pluralismo Económico

Entendido el concepto de la economía social de mercado como presupuesto para el análisis de la subsidiariedad, es posible profundizar el estudio en uno de los principios constitucionales más estudiados y cuya aplicación en el ordenamiento ha despertado grandes debates doctrinarios e ideológicos. Nos referimos al artículo 60 de la Constitución.

Pues bien, dicho artículo además de establecer un pluralismo económico que reconoce la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, señala imperativamente que la actividad empresarial del Estado debe ser ejercida de manera subsidiaria, autorizada por ley expresa y solo por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Esta limitación a la actividad empresarial del Estado ha sido largamente desarrollada por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia. Por ejemplo, una de las interpretaciones más claras, según nuestra opinión, puede ser encontrada en el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1535-2006-PA/TC, cuando el Tribunal Constitucional sostiene que:

“En efecto, conforme se desprende del Artículo 60° de la Constitución, el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, un límite a la actividad estatal (no puede el Estado 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, el reconocer que existen

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC-considerando 13.

³ KRESALJA, Baldo. “¿Estado o Mercado?” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición. 2015.p.115

ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.”

A partir de lo señalado por el máximo intérprete de la Constitución, se puede afirmar pues que la actividad empresarial del Estado no puede ser desempeñada libremente, a discreción de las empresas públicas o de las entidades del Estado, sino solamente de manera relegada y condicionada a la insuficiencia en la oferta de ciertos bienes o servicios por parte de los agentes económicos privados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional explica también que la actuación en la economía por parte del Estado no está prohibida, pues sin lugar a dudas es necesaria su función reguladora y supervisora en la economía; sin embargo, su actividad empresarial se desarrollará únicamente a un escenario en el que no exista la actividad empresarial privada.

Al respecto, el profesor Juan Carlos Morón Urbina⁴ menciona que para analizar el tema de la actividad empresarial estatal o la actividad prestacional del Estado no debe leerse independientemente el artículo 60, sino que debemos hacerlo conjuntamente con el artículo 58 de la Constitución que establece que el Estado está a cargo de los servicios públicos, la infraestructura, la seguridad, salud y la educación. Así, por un lado se tiene claro qué deberes estatales tiene que cumplir el Estado, cuáles son los cometidos estatales (art.58), y en la otra parte qué formas de intervención tiene que utilizar (art.60).

En ese sentido, el autor considera que el error recurrente en nuestro ordenamiento ha sido leer aisladamente el artículo 60, tratando de reducir cualquier actuación económica del Estado a la subsidiariedad, cuando en realidad la propia Constitución avala la participación del Estado en ciertos sectores económicos y sociales específicos, no necesariamente por medio de la actividad empresarial, pero sí con alta presencia en ellos.

Una particularidad que creemos válida indicar es que tal y como lo señala Kresalja⁵, el Perú es uno de los únicos países en el mundo que cuenta con una limitación constitucional a la actividad empresarial del Estado de tal trascendencia. Ello lleva pues a preguntarse por las razones que llevaron al legislador a tal tipificación.

Al respecto, son diversos los autores nacionales que a través de múltiples artículos e investigaciones⁶ han realizado esfuerzos incansables por analizar y mostrar las

4 En “Temas de Derecho Administrativo Económico”. IUS ET VERITAS. 2013. Pg.14.

5 Ibid.

⁶Al respecto, revisar entre otros: 1) BULLARD GONZALES, Alfredo “El otro pollo, la competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad” Círculo de Derecho Administrativo. 2014; 2) DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis “Analizando el papel subsidiario del Estado” Círculo de Derecho Administrativo. 2015;3) QUIÑONES ALAYZA, María “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos” Círculo de Derecho Administrativo.2014; 4) QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “Una nueva perspectiva sobre los alcances de la actividad empresarial del Estado en el Perú” Revista Derecho y Sociedad. 2015; 5) RUIZ, Gonzalo. “El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de la política de competencia”. Boletín Latinoamericano de competencia.2008.6) HUAPAYA TAPIA, Ramón, DANOS ORDOÑES, Jorge, MORÓN URBINA, Juan Carlos, MARTIN TIRADO, Richard “Temas de Derecho Administrativo Económico”. IUS ET VERITAS. 2013.

razones que llevaron a la carta fundamental de 1993 ha prever una de las limitaciones más restrictivas para la actividad empresarial del Estado que existen en el mundo, sin embargo, el debate aún luego de más de 20 años de promulgada la Constitución sigue abierto.

En ese sentido, es necesario acotar un dato que nos parece por demás clarificador: de la revisión del Diario de Debates de la Constitución de 1993, así como de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal que sanciona la actividad empresarial que vulnera la subsidiariedad, se puede advertir que las razones que llevaron al legislador a plantear tal limitación respondieron más al contexto que atravesó el país en una época de inminente privatización y liberalización de la economía que a cuestiones netamente jurídicas.

Dicho ello, y ya atravesado tal contexto jurídico y económico, nos parece adecuado y pertinente plantear una posible reinterpretación y regulación del principio de subsidiariedad, pues entendemos que una regulación de la actividad empresarial tan limitativa como esta no se ajusta a los estándares de la participación del Estado en la economía y en la sociedad.

La actividad empresarial del Estado según INDECOPÍ

Si bien el Decreto Legislativo N°1031, norma que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado⁷, no define el concepto de actividad empresarial del Estado, la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPÍ (caso “Universidad del Altiplano”), advierte en su considerando 37 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.*”⁸ (Subrayado agregado)

Dicho ello, es posible afirmar que el concepto de “actividad empresarial del Estado” está relacionado a la acción de producir, distribuir y desarrollar productos o servicios de cualquier tipo, siempre que ello no signifique alguna actividad de *ius imperium* y cuando no se ejerza prestaciones asistenciales.

7 El mencionado Decreto Legislativo, define en su artículo cuarto cómo y en qué campos se desarrolla la actividad empresarial del Estado, más no la conceptualiza.

8 Al respecto, la Ley 27809 –Ley General del Sistema Concursal otorga también una definición similar:

“Artículo 1.- Glosario

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

f) **Actividad Empresarial.**- Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios”

En tal sentido, el Estado desarrollará actividad empresarial cuando intervenga en el mercado en calidad de ofertante de bienes y servicios, participando de esta manera como un proveedor más.

A partir de lo señalado, observamos que brindada la presente definición, podrían surgir las siguientes interrogantes: ¿El hecho de que el Estado perciba retribuciones por el arrendamiento de sus bienes o por la explotación de las concesiones que concede podrían calificar como una dotación de bienes y servicios? ¿Está correctamente delimitada la definición de actividad empresarial del Estado y potestades *ius imperium*?

Subsidiariedad vs. Solidaridad: tratamiento legal de la subsidiariedad en los servicios públicos e infraestructura de uso público: la irracional limitación a la actividad empresarial del Estado.

Sin la intención de profundizar sobre los conceptos teóricos sobre el tratamiento constitucional que merecen recibir los servicios públicos y la infraestructura de uso público en el Perú, es necesario señalar que según la interpretación brindada por INDECOPI los último 10 años, aun cuando el Estado intervenga económica en sectores prioritarios como ellos, deberá tener en cuenta el principio de subsidiariedad como condición fundamental para su posible actuación.

Como veremos a continuación, la experiencia brindada por INDECOPI mediante sus resoluciones nos hace notar que, pese a lo establecido por la Constitución, la prestación de servicios públicos sociales por parte del Estado tiene que adaptarse necesariamente a las reglas del mercado (oferta y demanda), dejando de lado el elemento solidario de nuestro ordenamiento y las potestades *ius imperium* (técnicas administrativas asistenciales y prestacionales).

Existen diversos casos en los que el Estado, identificando una real necesidad de la población ha dejado de prestar servicios o proveer y explotar infraestructura de uso público porque INDECOPI ha considerado que dichas actuaciones contravenían abiertamente el Decreto Legislativo 1044. Casos como estos se han dado en Clínica Santa Teresa vs. Hospital Nacional Cayetano Heredia, Gremco vs. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Terminal Terrestre de Hilo, por citar solo algunos ejemplos.

Consideramos que la lógica económica ha primado sobre lo que se entiende por actividad prestacional y el principio de solidaridad. Más allá de cuestionar la excesiva limitación para que las entidades públicas puedan ejercer actividad económica, creemos firmemente que INDECOPI ha ejercido una lógica utilitarista y economicista en la cual el mercado tiene una mayor importancia que las actividades prestacionales para atender sectores sociales desatendidos.

En este punto, es válido preguntarnos si luego de la entrada en vigencia de la Constitución del 93 alguna vez se ha demostrado que las actuaciones del Estado realmente dañan la libre competencia o distorsionan de manera irreparable el

mercado. O, dicho de otro modo, es pertinente cuestionarnos si existe algún caso en el cual, a raíz de la incursión de una empresa estatal en algún sector de mercado, la competencia desapareció y se afectó irreparablemente a los competidores privados.

Uno de los casos que más llamó nuestra atención fue el del Terminal de Hilo, terminal que fue construido y operado por la municipalidad de dicha localidad, siendo inmediatamente paralizado, pues en la lógica de INDECOPI, un gobierno local como ese no estaba habilitado por ley para prestar el servicio y ello, indudablemente, afectaba el principio de subsidiariedad y por lo tanto, distorsionaba el mercado de transporte interprovincial en Hilo. Es decir, una actividad tan esencial como el transporte interprovincial, una necesidad innata a los ciudadanos no fue cubierta pues, según INDECOPI, el daño producido a los terminales terrestres privados era significativo, en consecuencia, se distorsionaba el mercado y ello afectaba la competencia (cabe agregar que precisamente a raíz de la pobre oferta brindada por las empresas de transporte, la municipalidad de Hilo emprendió dicho proyecto).

Otro caso para recordar es el que aconteció hace algún tiempo en Lima, en el cual se clausuró la veterinaria municipal de los Olivos (y próxima clausura de la veterinaria municipal de San Borja), pues según el razonamiento de INDECOPI, al ofrecerse servicios que no comprendían la salud pública, se estaba dañando la competencia ya que las veterinarias privadas dejaban de percibir ingresos a causa de que las veterinarias municipales brindaban servicios a costos menores.

Si bien en la presente investigación no abordaremos el análisis legal de los casos de las veterinarias, es curioso analizar el doble razonamiento o la doble lógica que tiene INDECOPI para analizar casos anecdóticos o sociales (como lo puede ser el caso de la pollería El Rancho) pero al mismo decide obviar los verdaderos casos de “competencia desleal” (caso Petro Perú, por citar tan solo un claro ejemplo).

Los casos antes mencionados, son pues claros ejemplos del equivocado actuar de INDECOPI respecto a la subsidiariedad y la pobre regulación que se ha planteado al respecto. En este sentido, somos de la opinión que no toda actuación estatal que no esté habilitada por Ley daña necesariamente el mercado.

Consideramos que para determinar que existe una real afectación al mercado y a la oferta y demanda, debe de existir una comprobación fidedigna del daño producido. En este punto, es necesario señalar que para el análisis efectuado por INDECOPI siempre se han partido de supuestos y condicionantes; sin embargo, alguien puede negar acaso que existen sectores realmente prioritarios y urgentes en los que el Estado no participa simplemente porque no existe una habilitación legal y porque se vulneraría el rol subsidiario del Estado en su faz negativa.

Uno de estos casos es el caso cultural. Todos sabemos que las redes de museos son importantes, ¿Por qué el Estado no podría, a través del Ministerio de cultura, realizar actividad económica con el fin de potenciar la visita a los museos? ¿Por qué

se estaría atentando contra la libre competencia si es que el Estado financia un cine nacional con el fin de incentivar la producción fílmica peruana? Estas son preguntas que sin duda tienen una sola respuesta: INDECOPI no ha cambiado el paradigma de su interpretación sobre la subsidiariedad, ha entendido que la lógica económica y sobreprotectora del mercado es la adecuada y por lo tanto, se ha negado a dotar mayor contenido a sus resoluciones, haciendo y copia-pegando de anteriores pronunciamientos a todos los nuevos casos que llegan sobre competencia desleal por actividad empresarial del Estado.

Analizando las resoluciones de INDECOPI

El cuestionable tratamiento que le ha brindado INDECOPI a la actividad empresarial del Estado se hace evidente mediante las resoluciones que han precedido a la Resolución conocida como “Pollería el Rancho”. A continuación, un breve resumen:

Resoluciones de INDECOPI vinculantes al desarrollo del caso:	Clínica Santa Teresa vs. Hospital Nacional Cayetano Heredia (Res. N° 2549-2010/SC1-INDECOPI)	Pollería el Rancho vs. Universidad Nacional del Altiplano (Res. 314-2010/SC1- INDECOPI)	Gremco vs. Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Res.0416-2014/SDC-INDECOPI)
Sumilla del caso y resolución de INDECOPI:	El “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” desarrollado por el hospital denunciado no se encuentra autorizado por una ley del Congreso de la República, incumpliendo el requisito de “habilitación por ley expresa” previsto en el texto constitucional.	La Ley Universitaria autoriza expresamente a las universidades a realizar prestaciones empresariales en tanto dichas actividades sean compatibles con su finalidades educativas y de investigación, lo cual no se ha acreditado en el caso de la venta de pollos a la brasa desarrollada por la Universidad Nacional del Altiplano.	El autofinanciamiento de la UNMSM por medio del arrendamiento de su infraestructura es acorde a los fines de la universidad por lo que conforme al razonamiento esgrimido por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC no configura un supuesto de actividad empresarial del Estado.

Derechos y Bines jurídicos en conflicto	-Libre iniciativa privada -Libertad de empresa -Libertad de contratación -Libre acceso a prestaciones de salud (derechos sociales y económicos) -Ejercicio de potestades <i>ius imperium</i> y actividad prestacional	-Libre iniciativa privada -Libertad de empresa -Libertad de contratación -Derechos sociales y económicos (Educación) -Ejercicio de potestades <i>ius imperium</i> y actividad prestacional	-Libre iniciativa privada -Libertad de empresa -Libertad de contratación -Leal Competencia - Ejercicio de potestades <i>ius imperium</i> y actividad prestacional
Base normativa aplicada	Artículos 11, 58, 60, 17 de la Constitución Artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 Artículo 2 del Decreto Legislativo 1031. Resolución Ministerial 586-2006-MINSA	Artículos 11, 58, 60, 17 de la Constitución Artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 Artículo 2 del Decreto Legislativo 1031. Ley 23733, Ley Universitaria	Artículos 11, 58, 60, 17 de la Constitución Artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 Artículo 2 del Decreto Legislativo 1031. Ley 23733, Ley Universitaria

Como se puede observar, aún a pesar de tratarse de prestaciones que están relacionadas con la dotación de servicios públicos sociales (salud y educación), así como en la implementación de infraestructura pública, INDECOPI ha mostrado un tratamiento excesivamente utilitario y económico, olvidando que si bien no tenemos tipificado el principio de solidaridad en nuestra Constitución, dicho principio ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, reconociendo su trascendental papel en una economía social que busca desaparecer las desigualdades de oportunidades en la sociedad, estableciendo además, que el Estado tiene el deber de dotar de infraestructura y servicios públicos de manera prioritaria a la ciudadanía que lo solicita.

En este punto de análisis, es pertinente preguntarnos si aun a pesar de la excesiva limitación que ha brindado la Constitución a la actividad empresarial del Estado, la normativa específica que sanciona la actividad empresarial es propicia y eficiente.

Sobre los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas ¿es la vía adecuada para el control de la actividad empresarial del Estado?

Como bien sabemos, la gran polémica que existe en cuanto a cómo se aplica la realidad la regulación del principio de subsidiariedad en el mercado se ha dado principalmente debido a que la redacción del Decreto Legislativo N° 1044 en cuanto a este aspecto es confuso y hasta discriminatorio en cierto sentido.

Analizando un poco los antecedentes a este decreto, podemos observar que el Decreto Legislativo N° 1044 tuvo como su más próximo predecesor normativo al Decreto Ley N° 26122, el mismo que consideraba como competencia desleal el valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. Asimismo, preveía que la ventaja debía ser significativa.

En palabras de Kresalja⁹, la regulación de dicho precepto normativo estuvo justificada, entre otros, por los actos desleales que generaban un estado de competencia desleal, cuyos efectos en el distorsionamiento del mercado solían ser mayores que el de los actos aislados, pues suponían una deslealtad intensa y perjudicial. Con ello el autor no hace otra cosa que referirse a todos aquellos casos en los que las corporaciones, entidades o empresas públicas recibían ventajas o incentivos de la más diversa índole, para ser utilizadas con finalidad distinta a la destinada a participar competitivamente en el mercado.

En tal sentido, se puede observar que el Decreto Ley N° 26122, aunque de manera muy poco precisa, mostraba ya una cierta intención por regular mediante la modalidad de infracción de normas, la actividad estatal que, infringiendo disposiciones legales, distorsione el mercado con la obtención de ventaja competitiva ilícita.

Como se sabe, nuestro ordenamiento, por medio del numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, ha establecido que la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas.

Al respecto, el mencionado Decreto Legislativo establece en su artículo 14 que los actos de violación de normas “son aquellos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas”.

⁹ Baldo Kresalja “Comentarios al Decreto Ley N° 26122 Sobre Represión de Competencia desleal” Revista de Derecho PUCP. 1993. Pag. 60.

Dicho ello, es claro que la norma ha previsto como premisa reprimir aquellos actos que lleven a determinado agente a obtener una ventaja significativa frente a la competidores del mercado, pero a través del incumplimiento de una norma.

Si profundizamos un poco más el análisis, podremos observar que en el acápite tercero del artículo 14 del mencionado decreto legislativo se establece lo siguiente:

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

Esta regulación nos parece altamente discriminatoria y en cierto sentido inconstitucional, ya que contraviene manifiestamente el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución que establece que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal que la privada. A partir de ello, es necesario preguntarse lo siguiente: si la premisa de todo acto de violación de normas es que quien la comete asegura una ventaja en el mercado respecto a los demás competidores a raíz de la contravención a las normas, ¿por qué se desnaturaliza la figura de la violación de normas cuando se trata del Estado y se evita utilizar la premisa o condición que es necesaria para que indefectiblemente se produzca un acto de violación de normas?

En este punto, nos parece oportuno revisar experiencias comparadas acerca de la regulación de violación de normas por actividad empresarial del Estado para evidenciar si nuestro ordenamiento viene regulando de la manera correcta la actividad empresarial del Estado.

Chile

La Constitución chilena consagra en el numeral 21 del artículo 19 el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

En ese sentido, la legislación de dicho país no ha previsto un medio similar para regular la actividad empresarial del Estado como lo hace INDECOPI a través de la violación de normas, sino que ha establecido la figura del amparo económico con el cual se busca denunciar las infracciones al artículo constitucional antes descrito.

Ello nos lleva a afirmar que en el ordenamiento chileno se considera como infracción el hecho que el Estado realice actividad económica vulnerando el principio de subsidiariedad (que señala que solo habilitada por Ley del congreso una empresa estatal puede realizar actividad empresarial), pues atentaría con la libertad económica de los particulares reconocida en el artículo 19 de su Constitución.

Sin perjuicio de ello, el punto resaltante en este análisis es que el ordenamiento chileno ha previsto como respuesta a la infracción del principio de subsidiariedad un amparo económico que deberá ser resuelto en sede judicial, a diferencia del tratamiento que le brinda el ordenamiento peruano en el cual se dispone que la actividad empresarial del Estado que no respete el artículo 60 de la Constitución será un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas (revisado por un organismo técnico especializado como INDECOPI).

España

La ley de Competencia desleal española regula en su artículo 15 que prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes y la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial es desleal.

En ese sentido, es preciso señalar que dicha norma, a diferencia de la peruana, no hace la más mínima mención a la actividad empresarial del Estado. A partir de ello, se infiere que al no hacer dicha distinción, el ordenamiento español le brinda igual tratamiento tanto a empresa privada como a la empresa española, situación que no sucede en nuestro ordenamiento, a pesar de que el artículo 60 de la Constitución peruana señala que la empresa privada y pública recibirán el mismo trato.

Problemática

La pregunta que se desprende inmediatamente del presente análisis es si en realidad la violación de normas es la modalidad más adecuada para circunscribir la actividad empresarial del Estado como un supuesto de competencia desleal.

Como podemos ver, no existe en ningún ordenamiento analizado una regulación similar para ejercer control del principio de subsidiariedad.

Otro punto que llama la atención sobre el numeral 14.3 del artículo 14 de la mencionada norma es que se establece que en el caso de actividad empresarial del Estado no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

Dicho ello, es necesario preguntarnos si esto es constitucional de acuerdo con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 60 de la constitución cuando se establece que la actividad empresarial pública y privada reciben el mismo trato, cuestión que nos indica que no debe de existir trato diferenciado o desigual entre dichas actividades.

En este punto, es necesario preguntarse si realmente la regulación sobre violación de normas previstas en el Decreto Legislativo N° 1044 fue la alternativa más adecuada para regular la actividad empresarial del Estado que incumpla los mandatos constitucionales. Algunos autores que se encuentran a favor de esta

regulación han mostrado su posición argumentando que este decreto es el “brazo accionante” del artículo 60 de la Constitución, ya que antes de su existencia, regular el principio de subsidiariedad era demasiado difícil.

Por otro lado, contrariamente a lo que se puede inferir, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo en mención no ofrece una respuesta a la interrogante planteada, ya que únicamente se afirma que aquella actividad empresarial del Estado que no se ajuste a lo establecido por el artículo 60 de la Constitución estará afectando indebidamente los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, situación que busca evitar el Decreto Legislativo N° 1044, ya que considera dicho accionar como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas; sin embargo, no se justifica en ningún momento del trato diferenciado planteado.

A partir de lo dicho, se puede advertir que no existe una correcta motivación para explicar o justificar la explícita diferenciación que el Decreto Legislativo N° 1044 plantea respecto a lo establecido por la Constitución cuando establece que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Según la postura que pretendemos justificar en el presente trabajo, el artículo 14.3 del Decreto Legislativa 1044 es un artículo inconstitucional, debido a que incumple y vulnera manifiestamente el principio de igualdad recogido en el artículo 60 de nuestra Constitución que protege tanto la actividad pública como privada en igualdad de condiciones.

Conclusiones

Más allá de que el lector se encuentre o no de acuerdo y conforme con las limitaciones que se le impone a la actividad empresarial del Estado en nuestra Constitución (limitaciones con las cuales el autor no se encuentra de acuerdo), se ha podido hacer evidente en el presente trabajo de investigación que en nuestro ordenamiento la regulación de la subsidiariedad ha sido muy mal desarrollada desde el entendimiento del concepto (nacimiento social y no económico) hasta su aplicación por parte de INDECOPI (aplicación excesivamente economicista).

Tres de los sectores en los cuales se ha hecho manifiesta la irracional limitación hacia el Estado han sido los sectores de salud, educación y prestación de infraestructura, todo ello con el objeto de privilegiar y proteger de manera excesiva la libre competencia y el funcionamiento del mercado, obviando constantemente de todo análisis el principio de solidaridad, principio que demanda una actuación social y protectora de las necesidades básicas de los ciudadanos que cuentan con menores oportunidades.

Otro factor importante para que la aplicación de la subsidiariedad haya sido tan cuestionada es la modalidad que se eligió para regular los actos de competencia desleal. Como comentamos líneas arriba, se decidió tipificar la vulneración del

principio de subsidiariedad mediante los actos de violación de normas. Esta tipificación no solo es inconstitucional por ofrecer un trato diferenciado a la actividad empresarial pública cuando el propio artículo 60 de la constitución prohíbe ello, sino que evidentemente no es la vía legal para regular dichos actos. Hemos estudiado ordenamientos análogos y lo óptimo hubiese sido que cualquier tipo de actividad empresarial del Estado contraria al ordenamiento se regule mediante los “amparos económicos”.

Si bien existen múltiples ordenamientos entre los cuales la subsidiariedad es aceptada, en la gran mayoría, la actividad empresarial estatal es respetada y goza del mismo trato que la actividad empresarial privada (ver caso de la Unión Europea); sin embargo, el Perú es uno de los pocos países en el cual, a pesar de ya haberse superado la época en el cual existía una aberración a las empresas estatales por su nula eficiencia (90's), se sigue mostrando una agresividad y aversión hacia la empresa pública y la actividad empresarial estatal al punto de dotarle un tratamiento legal diferenciado y discriminatorio. Sin duda alguna, resolver los problemas de regulación que existe en torno a la actividad empresarial del Estado es un reto sin precedentes, pues significa a su vez la regulación de la columna vertebral del régimen económico peruano.



III. BIBLIOGRAFÍA

- 1.- KRELJA Rosselló., Baldo (2015) ¿Estado o Mercado? Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- 2.- Alonso Ureba (1985). La empresa pública. Madrid: Editorial Montecorvo.
- 3.- Dialogo con la jurisprudencia (2006). La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- 4.- Adolfo Céspedes Zavaleta (2014). El Estado Empresario: Verdades, Conjeturas y Mitos Jurídicos. Lima: ECB Editores.

5.- Guzmán Napurí (2014). La Constitución Política. Análisis Funcional. Lima: Gaceta Jurídica.

6.- ARRAU, Pedro (2010) Algunos Aspectos de la Actividad Empresarial del Estado. Revista de Derecho Público. Santiago.

7.- CAIRAMPOMA Alberto (2012) (Re) Interpretando el Principio de Subsidiaridad en el Ordenamiento Jurídico. Lima: Palestra Editores.

8.- ZEGARRA Diego (2012). El Ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiaridad en materia económica recogido en la constitución de 1993: el caso de la actividad educativa. Lima: Palestra Editores.

9.- BULLAR Alfredo (2011) Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación al principio de subsidiaridad. Lima: Dialogo con la jurisprudencia.

10.- CRUCES Alberto (2014) ¿Qué es la economía social de mercado en el Perú? Lima: Gaceta constitucional.

11.- HUAPAYA Ramón (2012) Propuesta de interpretación del principio de subsidiaridad en la constitución. Lima: sociedad de Economía y Derecho.

12.- LANDA, Cesar (2008) Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la constitución de 1993. Lima: Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina.

17.- QUIJANO Anibal (2014) El principio de subsidiaridad. Revista de Derecho Público. Facultad de derecho de la universidad de Chile.

18.- BULLARD GONZALES, Alfredo (2011) “El otro pollo, la competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiaridad” Círculo de Derecho Administrativo.

19.- DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis (2011) “Analizando el papel subsidiario del Estado” Círculo de Derecho Administrativo.

20.- QUIÑONES ALAYZA, María (2012) “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos” Círculo de Derecho Administrativo.

- 21.- QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo (2015) “Una nueva perspectiva sobre los alcances de la actividad empresarial del Estado en el Perú” Revista Derecho y Sociedad.
- 22.-RUIZ, Gonzalo. (2016) “El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de la política de competencia”. Boletín Latinoamericano de competencia.2008.
- 23.- HUAPAYA TAPIA, Ramón, DANOS ORDOÑES, Jorge, MORÓN URBINA, Juan Carlos, MARTIN TIRADO, Richard (2012) “Temas de Derecho Administrativo Económico”. IUS ET VERITAS.
- 24.- CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando (2010) Ley Orgánica de Municipalidades Concordada y Comentada. UbiLexAsociados S.A.C
- 25.-MURILLO JIMÉNEZ, Roberto (2010) Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales. Ariel Editores.
- 26.- ALVAREZ RODRICH, Augusto (1998) La Actividad Empresarial del Estado en el Perú.
- 27.- ARIÑO, Gaspar (1993) Solidaridad y Subsidiaridad del estado en la economía. Economía y Estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- 28.- RUIZ TAGLE-VIAL (1999) Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público.
- 30.- VILLAR PALASÍ. (1950) La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo.
- 31.-FAUNDEZ-SANCHEZ, Eduardo (2006) Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiaridad económica hacia la cooperación público-privada en Chile. Revista Digital de Derecho Administrativo.
- 32.-BULLARD, Alfredo (1994) La Legislación Antimonopólica y el Mito del Muro de Berlín. Themis.
- 33.- NAVARRO, Enrique (2000) El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público.

- 34.- GARCÍA DE ENTERRÍA (2015) Curso de Derecho Administrativo. Palestra. Bogotá. Temis.
- 35.- FAULO LORAS (2008) Fundamentos constitucionales de la autonomía local. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990
- 36.- MÁLLAP RIVERA (2009) Comentarios al Régimen Normativo Municipal. Gaceta Jurídica. 2010
- 37.- BERNALES ENRIQUE (1996) Constitución Política Comentada: Análisis Comparado”. Constitución y Sociedad.
- 38.- LINARES MARIO (2010) Adicionales de Obra. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Contrato Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa”. Círculo de Derecho Administrativo.
- 39.- Villar Ezcurra José Luis (2000) La Construcción y Financiamiento de las Infraestructuras Públicas. Revista del Derecho de las Comunicaciones e Infraestructura. Red. Num.10.
- 40.- Villar Palasí Jose Luis (2010) Las técnicas de fomento y de apoyo al precio” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.