

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Escuela de Posgrado



Competencia desleal del Estado. A propósito de la utilización de los mecanismos de la contratación pública que permite al Estado intervenir en actividades empresariales

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa que presenta:

***Juan Manuel Torrico Ramirez***

Asesor:

***Juan Carlos Diaz Colchado***

Mayo, 2022

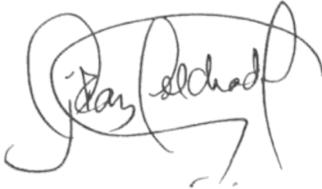
## Informe de Similitud

Yo, DÍAZ COLCHADO, JUAN CARLOS, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado Competencia desleal del Estado. A propósito de la utilización de los mecanismos de la contratación pública que permite al Estado intervenir en actividades empresariales del/de la autor(a) TORRICO RAMÍREZ, JUAN MANUEL, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 24/08/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 16 de enero de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>DÍAZ COLCHADO, JUAN CARLOS</u>	
DNI: 41168411	Firma 
ORCID: 0000-0001-5602-7673	

## **Resumen**

Es común observar que el Estado se encuentra contratando a sus empresas estatales y entidades públicas a través de los alcances interpretativos en la aplicación de los mecanismos establecidos en la normativa de contratación pública, estos son los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa, situación que transgrede el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, ya que cuando se analizan algunas de esas contrataciones (enfoque metodológico de estudios de casos) no se cumplen con los presupuestos de dicho principio de acuerdo a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (enfoque metodológico de argumentación jurídica constitucional); asimismo, también se configura el supuesto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, establecido en el numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 “Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal”, situación que debe ser revertida a través de las siguientes medidas i) el cambio de la posición institucional adoptada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE que permite que las empresas estatales y las entidades públicas contraten con el Estado utilizando dichos mecanismos, ii) las denuncias ante INDECOPI por parte de las personas naturales o jurídicas afectadas por esas contrataciones contra las empresas estatales y entidades públicas por haber incurrido en competencia desleal y iii) modificación de la normativa de contratación pública para que se limite el alcance de los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa cuya interpretación permite al Estado transgredir el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

# ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Resumen	1
Índice	2
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
1.1 Marco Teórico	7
<b>CAPÍTULO II: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO</b>	<b>11</b>
2.1 Antecedentes de la actividad empresarial del Estado	11
2.2 La actividad empresarial del Estado en la Constitución Política de 1979	12
2.3 La actividad empresarial del Estado en la Constitución Política de 1993	17
2.3.1 El Tribunal Constitucional y el Principio de Subsidiariedad	18
2.3.2 Desarrollo Legal del Principio de Subsidiariedad	21
2.3.2.1 Decreto Supremo N° 034-2001-PCM	21
2.3.2.2 Decreto Legislativo N° 1031	24
2.3.2.3 Decreto Legislativo N° 1044	25
2.3.2.4 Respecto a la aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria Contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI por el Tribunal Constitucional	28
<b>CAPÍTULO III: LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	<b>30</b>
3.1 Las contrataciones que realiza el Estado	30
3.2 Desarrollo legal del régimen de contratación pública	31
3.3 Finalidad de la normativa de contratación pública	33
3.4 Los procedimientos competitivos	35
3.5 Las contrataciones directas	38
3.6 Los supuestos excluidos de la normativa de contratación pública	39
3.7 Lo que permite al Estado contratar con entidades públicas y empresas estatales	39
3.7.1 En los procedimientos competitivos	40

3.7.2 En las contrataciones directas cuando se contrate a otra Entidad	47
3.7.3 Convenio de colaboración interadministrativa	48
<b>CAPÍTULO IV: CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD</b>	<b>55</b>
4.1 El mercado de bienes y servicios que requiere el Estado	55
4.2 La actividad empresarial en la provisión de bienes y servicios	57
4.3 La provisión de bienes y servicios sin la habilitación legal	60
4.4 La provisión de bienes y servicios concurrendo con los privados	61
4.5 Legitimando la contratación pública	63
4.5.1 La posición institucional del OSCE	63
4.5.2 Denuncias por competencia desleal cometido por el Estado	64
4.5.3 Modificación de la normativa de contratación pública	66
CONCLUSIONES FINALES	69
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1993 establece que nuestra política económica se encuentra en una economía social del mercado, considerándose que con ello se permite al Estado incursionar en algunas actividades económicas que de acuerdo a su artículo 58 están orientadas al desarrollo del país, poniéndose especial énfasis en el empleo, la salud, la educación, la seguridad, la prestación de los servicios públicos e infraestructura.

Asimismo, diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, establecen que el Estado puede desarrollar otras actividades económicas, como las que son de titularidad exclusiva del Estado, es decir que no pueden ser prestadas por el sector privado (actos “*ius imperium*”) y, aquellas, que buscan la igualdad material de las personas que no pueden acceder a servicios básico para su supervivencia (actividades asistenciales).

Sin embargo, el Estado no se encuentra permitido en incursionar en todo tipo de actividades económicas, siendo dicha situación la que se determinó por los problemas que existieron con la Constitución Política de 1979, que permitía la actividad empresarial del Estado sin limitación alguna, lo que trajo como consecuencia la creación de más de un centenar de empresas estatales que competían con los privados para proveer diversos bienes y servicios, lo que conllevó a desincentivar la participación de sector privado en esos mercados, así como ahogar las inversiones ya que resultaba muy complicado competir con el propio Estado, lo que finalmente coadyuvó a empeorar la crisis económica en la que se encontró el Perú hasta la década de los 90.

En ese sentido, con la finalidad de solucionar dicha situación, a consecuencia de la creación sin limitación de empresas estatales que competían con los privados para la provisión de diversos bienes y servicios, se trató de incentivar el mercado y la competencia en las actividades donde antes intervenían esas empresas estatales, para lo cual, se estableció el Principio de Subsidiariedad contenida en el artículo 60 del Constitución Política de 1993, que limitó las actividades empresariales del Estado.

Sin embargo, a pesar del marco constitucional antes señalado, el Estado provee de bienes y servicios mediante sus entidades públicas y empresas estatales, así, por ejemplo, Falla identificó, entre otros supuestos, que la empresa de Servicio de Vigilancia (ESVICSAC) y Limpieza (SILSA) de Essalud prestaban servicios a otras entidades públicas, Editora Perú realiza impresiones para entidades públicas y empresas estatales, Sima Perú ejecuta rehabilitación de carreteras para la Municipalidad de Miraflores y el ejército presta servicios de impresión de gráficos a entidades públicas (2011).

Tal como se puede advertir, los casos antes señalados, están referidos a contrataciones que realiza el Estado con sus propias entidades públicas y empresas estatales, para que se provean de bienes y servicios, lo que, tal como ha sido señalado anteriormente, se encontraría prohibido por el Principio de Subsidiariedad.

Se debe señalar que para que el Estado realice dichas contrataciones, es necesario que se sujete al marco legal de la contratación pública, donde se establecen, mecanismos, procedimientos y presupuestos, que buscan salvaguardar el tesoro público, procurando que el Estado se provean de bienes, servicios y ejecución de obras en la mejor calidad, precio y en el tiempo debido.

Ello determinaría que el Estado vulnera el artículo 60 de la Constitución Política de 1993 al contratar a sus entidades públicas y empresas estatales, utilizando los mecanismos establecidos en la normativa de contratación pública, lo que permitiría la intervención del Estado en actividades empresariales, compitiendo directamente con el sector privado.

Dicha situación denotaría un total distanciamiento entre la normativa de contratación pública y los principios constitucionales, ya que el Estado cuando requiere bienes y servicios (demanda en el mercado de la contratación pública), son atendidas por entidades públicas y empresas estatales, lo que determina que el propio Estado esté generando esa oferta, es decir, se encuentra realizando actividad empresarial, que sólo podría hacerlo si cumple los presupuestos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

En ese sentido, mediante la presente investigación se determinará que, a través de los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa, contenidos en la normativa de contratación pública, se permite que entidades públicas y empresas estatales provean de bienes y servicios al Estado, sin limitación alguna, y transgrediendo el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Por lo tanto, se profundizará el estudio del Principio de Subsidiariedad a través de la argumentación jurídica constitucional, un marco teórico, antecedentes constitucionales, las razones políticas y económicas de su implementación en la Constitución Política del Perú de 1993, así como la forma como ha sido desarrollado por las diversas normas que se encuentran en el marco normativo vigente.

Asimismo, complementando el enfoque metodológico de la argumentación jurídica constitucional, también se utilizará el enfoque metodológico de estudios de casos, esto es el análisis de los convenios de colaboración interadministrativa y las contrataciones que se generaron mediante los procedimientos competitivos, con la finalidad de verificar que el Estado se encuentra desarrollando actividad empresarial ya que no existe limitación alguna para que entidades públicas y empresas estatales le proveen bienes y servicios, sin considerarse los presupuestos establecidos por el Principio de Subsidiariedad.

Finalmente, para revertir la participación del Estado en actividades empresariales utilizando los mecanismos contenidos en la normativa de contratación pública, se sugieren las siguientes medidas:

- i) El cambio de la posición institucional adoptada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE respecto a que las empresas estatales y las entidades públicas continúen contratando con el Estado mediante procedimientos competitivos y convenios de colaboración interadministrativa.
- ii) Las personas naturales o jurídicas afectadas denuncien a las empresas estatales o entidades públicas por incurrir en el supuesto de competencia desleal, en

la modalidad de violación de normas, contenido en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044, por su participación empresarial al contratar con el Estado para proveerle de bienes y servicios, transgrediendo el Principio de Subsidiariedad.

iii) La modificación de la normativa de contratación pública para corregir la interpretación del alcance de sus mecanismos permitiendo al Estado contratar con sus entidades públicas y empresas estatales, sin considerar los presupuestos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

### **1.1 Marco Teórico**

A lo largo del tiempo, se ha discutido respecto a la política económica que debe adoptar un país para el cumplimiento de sus fines, cada una con sus propios matices, existieron teorías liberales que predicaban poca intervención pública hasta las aquellas conocidas como teorías sociales que consideran que el Estado es el único que con su intervención puede redistribuir la riqueza y generar bienestar en sus ciudadanos.

Estas teorías han sido acogidas por las Constituciones que adoptó nuestro país a lo largo de su historia republicana, que se caracterizaron como respuesta contraria a una determinada política económica acogida por su antecesora.

Así, tenemos las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 que tenían un corte más socialista, esto es que permitía al Estado intervenir en casi cualquier actividad económica lo que teóricamente permitiría alcanzar la justicia e igualdad social, que es la concretización material de los derechos fundamentales o como Ochoa lo señala “garantizar un mínimo de bienestar para todos los ciudadanos” (2020, p. 69)

Por ejemplo, en el aspecto económico, el artículo 45 de la Constitución Política de 1920 y el artículo 38 de la Constitución Política de 1933 facultan al Estado a fijar limitaciones y reservas en las actividades relacionadas con industrias y el comercio por seguridad o

necesidad pública, mientras que para el caso de la Constitución de 1979 en sus artículos 113 y 114 se habilitó al Estado prestar servicios públicos y actividades productivas cuando existía interés social.

Mientras que, para el aspecto económico recogido por la Constitución de 1993, ciertamente se limita dicha intervención del Estado, estableciéndose dentro de su articulado lo que se denomina el Principio de Subsidiariedad a través del cual, solo se le permite al Estado intervenir empresarialmente en el mercado cuando no exista oferta privada y esa intervención es necesaria para el interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Ahora bien, al margen de la discusión referida a cuál de las formas de Estado, esto es social o liberal, es el más conveniente para garantizar derechos constitucionales o cual es el que mejor concretiza materialmente su alcance, la presente investigación se centrará en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993 que, a pesar que ha sido relacionado con una regulación liberal, sin embargo, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0034-2004-PI/TC ello no significa que el Estado permanezca indiferente a las actividades económicas, sino que puede intervenir de manera directa cuando se trate de una necesidad real de la sociedad (STC 00034-2004-PI/TC, f.10)

Dicha interpretación realizada por el Tribunal Constitucional se sustenta en la Economía Social de Mercado que acoge nuestra Carta Magna vigente, así lejos de considerar si nos encontramos en la forma de “Estado social y democrático de Derecho” a consecuencia del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Elgueta, 2009), se debe precisar que existe coincidencia doctrinaria que la Economía Social de Mercado determina que el Estado permita que el mercado asigne de manera eficiente los recursos a través del fomento de la competencia, empero reservándose para si actividades que le son propias y de los cuales debe cumplir un rol central.

En este punto del análisis, debemos referirnos muy especialmente al trabajo de investigación realizado por Cruces, el cual tiene como objeto demostrar que el Principio de Subsidiariedad no se agota en la actividad empresarial que desarrolla el Estado, sino que, en

una Economía Social del Mercado, este principio puede aplicarse a otras disposiciones constitucionales, como el caso de la expropiación o regulación (2021, pp. 125-127).

Pues bien, considerando dicha interpretación, es necesario analizar cómo se aplica el Principio de Subsidiariedad en las contrataciones públicas, el cual se encuentra en un mercado específico y especial, ya que en este supuesto, el Estado es el que demanda bienes, servicios o la ejecución de obras, evidenciándose que algunos casos estos son prestados por entidades públicas y empresas estatales, realizando claramente actividad empresarial, al producir y comercializar bienes y servicios, actuando como un agente más en el mercado.

Además, se debe tomar en consideración la vinculación que existe entre el artículo 58 y el 60 de la Constitución Política de 1993, para determinar si existen actividades que pueden ser excluidas del Principio de Subsidiariedad, ya que el Estado tendría su titularidad y exclusividad.

En ese sentido, se debe señalar que el artículo 58 proclama la libertad de la iniciativa privada; sin embargo, se pone énfasis en la intervención del Estado en el empleo, la salud, la educación, la seguridad, la prestación de los servicios públicos e infraestructura.

Por su parte, el artículo 60 establece el Principio de Subsidiariedad, referido a la limitación de la actividad empresarial por parte del Estado, estándole permitido solo cuando existe autorización por ley emitida por el Congreso de la República que se sustente por razón de alto interés económico o de manifiesta conveniencia nacional y que se realice de manera subsidiaria; es decir, cuando no exista oferta privada o esta sea insuficiente en un mercado determinado.

Pues bien, de lo establecido en los artículos 58 y 60, se puede determinar que no es que el Estado no pueda intervenir en la actividad económica, sino que tiene límites en dicha intervención de acuerdo a las disposiciones que se encuentran establecidas en la Constitución, ello en el marco de los fines que debe cumplir el Estado que se materializa en actividades de fomento y asistencial, generador de competencia, así como regulador en un

determinado mercado, que se encuentra directamente relacionado con el sector privado y su interés económico contenido en el derecho constitucional de su libertad de contratar y de empresa, lo que a decir de Montjoy – Forti se entiende en una visión integradora del Principio de Subsidiaridad (2018, pp. 22)

Así, bajo la interpretación integradora del Principio de Subsidiariedad, Landa Arroyo propone que la actividad empresarial del Estado debe considerar tres grados de intensidad: i) Leve: que se refiere a las actividades empresariales que le son permitidas al Estado, como el caso de la prestación de servicios públicos, recursos naturales e infraestructura; ii) Intermedia: referida a actividades desarrolladas por privados pero que se encuentran directamente vinculadas con fines constitucionales, como el caso de la promoción de las pequeñas empresas, la propiedad privada y el ahorro; iii) Intensa: actividades desarrolladas por privados donde no es necesaria la intervención del Estado (2019, pp. 149-157).

En ese sentido, para los efectos de la presente investigación, se entenderá como “Actividad Empresarial del Estado” a la que se definió como “intensa”, el cual se interpreta como una prohibición en la actuación del Estado, para proveer bienes y servicios en el mercado de la contratación pública, salvo que se trate de situaciones como la falta de oferta de los privados que puede perjudicar a un sector de la sociedad.

## CAPÍTULO II: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

### 2.1 Antecedentes de la Actividad Empresarial del Estado

La idea que a través de la intervención del Estado es posible conseguir el bienestar de los ciudadanos ha estado presente en casi todos los países del mundo, siendo que para Europa en la década de los 40 esa política económica era la que primaba, tal como así lo manifestaban los grandes pensadores de esas épocas, como lo apunta francés Charles de Gaulle (1946), que siendo citado por Ortiz, señaló que era el Estado que debía asegurar las grandes fuentes de energía, los instrumentos financieros, la producción metalúrgica así como los créditos para el ahorro de la nación (2007, p.13).

Por razones históricas, políticas, sociales, económicas y hasta religiosas, siempre existieron corrientes que buscan instaurar algún tipo de intervención que tendrá el Estado en el ámbito empresarial, que sin dejar de lado sus propios matices y grados de intervención, se podría resumir en la liberación de mercados y su participación directa para proveer bienes y servicios.

Doctrina nacional e internacional coinciden en definir a la intervención intensa del Estado, a través de su actividad empresarial, como el “Estado Bienestar”, que tal como señala Kresalja es un modelo de Estado administrativo, burocrático, jerárquico, centralizado y gestor directo en la producción de bienes y servicios (2001, pp. 273-277).

De acuerdo a lo señalado por Napurí este modelo económico conocido como “Estado Bienestar” fue adoptado por la mayoría de países principalmente hasta la década de 1970, luego de ello y debido a la generación de una grave crisis energética, que afectó la economía de los países más adelantados, surgió la necesidad de transferir las actividades que habían sido realizados por el Estado a manos de los privados (2004, p.119). Así en diversos países en el mundo, como el caso de Alemania, Rusia, Antigua Checoslovaquia, Polonia, utilizaron, entre otros mecanismos, las privatizaciones y sus efectos referidos a la desmonopolización de actividades empresariales y la libre competencia.

Ello no fue ajeno en nuestro país, ya que en la década de los 70 del siglo pasado, el rumbo económico se encontraba determinado por gobiernos militares, que consideraban al Estado como el único ente capaz de producir y asignar de mejor manera los bienes y servicios. Ello en tanto que se consideraba que el Estado era el único capaz de decidir lo más conveniente para el beneficio colectivo, así como para tomar las decisiones de cómo y cuánto producir, y a qué precio vender (Salazar & Escobar, 2011, p.53).

Como lo apunta Guzmán Napuri, el Estado de Bienestar generó la necesidad de una administración pública que de manera directa provea bienes y servicios, a través de mecanismos de gestión. No obstante, y dado el aumento de la necesidad de la población y advirtiéndose que los mecanismos utilizados por la administración pública no eran efectivos, se tuvo que adoptar el concepto de empresas privadas, a fin de gestionar de manera más eficiente dicha actividad del Estado, por lo cual, aparecieron las empresas estatales (2009, p.66).

Así, se señala que el fortalecimiento de las actividades empresariales del Estado provino también de las políticas económicas instauradas por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), que consideró que el Estado debía intervenir en los procesos productivos y comerciales, considerado sus atributos soberanos, lo que conllevaba a promover el desarrollo económico (Diez Canseco & Buleje, 2011, p. 223) y, tal como lo señala Kresalja dicho fenómeno se dio con gran amplitud desde 1930 a 1980 (2001, pp. 287 – 292), con el crecimiento de la actividad empresarial del Estado, a través del ofrecimiento en la prestación de diversos bienes y servicios.

## **2.2 LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979**

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979, se consolidó la actividad empresarial del Estado, la misma que no solamente se desarrollaba en proyectos de gran

envergadura, como el caso de la extracción minera, petrolera, telecomunicaciones o transporte público, sino también en el suministro de todo tipo de bienes y servicios.

En efecto, en aquellas épocas, la actividad empresarial del Estado, estaba permitida constitucionalmente, así en su artículo 113 se consideraba a dicha actividad a la prestación de los servicios públicos y en el artículo 114 se reservaba al Estado por interés o seguridad nacional que desarrolle actividades productivas o de servicios.

Si bien es cierto se consideraba al mercado como uno de los mecanismos para la asignación de recursos, no sujeto a las presiones políticas ni a las debilidades humanas, no es menos cierto que primó la idea que el Estado se constituía como la solución que podía resolver todos los problemas económicos, razón por la cual, se esperaba su intervención en el mercado para generar un mayor bienestar para la sociedad en general, ya que se pensaba que no era suficiente optar por el mercado que se regía por la oferta y la demanda.

Además de ello, se construyeron otros argumentos no económicos sino ideológicos, como el caso de Ruiz-Eldredge que sostenía que el sistema económico capitalista, referido al mercado como una política económica, es el “vehículo a través del cual se ha ejercido la dominación extranjera y ha hecho que el pueblo peruano se mantenga en la miseria” (1980, p.77), que sustentaban que el Estado podía diversificar e impulsar el desarrollo de las actividades económicas, utilizando para ello los mecanismos de nacionalización o estatización para contrarrestar el predominio del capital extranjero.

En ese contexto, se continuó con la creación de diversas empresas estatales, al considerarse que con ello se beneficiaba a la sociedad en general, por el supuesto del menor costo de la producción y venta de bienes y servicios, mejor planificación técnica y económica de proyectos de gran envergadura, mayor capacidad de oferta tanto en situación de competencia como en su ausencia y, además, porque las empresas públicas actuaban si afán de lucro.

Así, Kresalja -citando a Alvarez Rodrich. A- señala que “en 1968 existían en el Perú 40 empresas estatales y en 1977 el número ascendió a 174. Cuando se dio inicio, en la década de 90, a los procesos de privatización, su número llegó a 186, de las cuales 135 eran no financieras y cuyas actividades generaban alrededor del 20% del PBI” (2001, p. 273). Así también, se afirma que de tales empresas controlaban el 100% de la electricidad, el agua potable y las comunicaciones, controlaban el total de la producción de petróleo y gas, 35% de la producción minera, 33% de los servicios de transporte, 28% y 26% de exportaciones e importaciones respectivamente” (2001, p 292).

Aunado a ello, de acuerdo a Buleje, de un análisis cuantitativo de los efectos negativos de las empresas estatales, se determinó que su eficiencia productiva tenía pérdidas acumuladas en 1990 que ascendían a US\$ 17 738 millones lo que representó el 67% del PBI de dicho año (2012, p.170).

### **¿CUALES SON LAS RAZONES DEL FRACASO QUE EL ESTADO PROVEA BIENES Y SERVICIOS COMPITIENDO CON PRIVADOS?**

Tal como se señaló anteriormente, en la década de 1940 la predilección por la política económica denominada “Estado Bienestar”, que fue una respuesta desmedida a lo que denomina Díaz como “Estado Burgués o Liberal”, que es “un intento de superación del individualismo a través del intervencionismo estatal” (1998, p. 52) que se dio en varios países europeos, no tuvo el éxito esperado.

Ello queda claramente ejemplificado por Ariño que al referirse al caso de Suecia, señaló que hasta la década de 1970 se consideraba como uno de los países que había logrado obtener un “Estado Bienestar” perfectamente equilibrado, proveyendo de bienes y servicios que permitía a sus ciudadanos altos niveles de bienestar; sin embargo, a partir de la década de 1980 ese tipo de política económica se fue deteriorando, a consecuencia del abultamiento en la carga fiscal, que perjudicaba a los ciudadanos al tener que soportar mayores impuestos y, no solo ello, sino que también perdió la productividad en los mercados, fuerte devaluación de su moneda, inflación y desequilibrio externo (Ariño, 2007, pp. 23-25).

Así también, en la década de los 70 en Latinoamérica se privilegió por justificaciones ideológicas el modelo económico del “Estado Bienestar”, sin embargo, tal como ocurrió en Europa, no se constituyó como una solución viable para dar bienestar al ciudadano sino que por el contrario formó parte del problema y coadyuvó a que empeore la crisis económica del país que adoptaba ese tipo de política económica, siendo que, no existe ninguna justificación económica o histórica que convaliden como una solución para un país o sector económico (Ariño & De La Cuetara, 2008, p. 338).

Lo mismo sucedió en el caso de Perú, ya que permitir sin limitación alguna que las entidades públicas y empresas estatales provean bienes y servicios, generó la salida de las inversiones privadas tanto nacionales como extranjeras y, además, asfixiar la actividad empresarial privada, ya que estos debían competir en desventaja frente a las empresas del Estado, lo que generaba menores posibilidades de los ciudadanos de obtener bienes y servicios de buena calidad y al mejor precio.

Cabe recordar que a principios de 1990, nuestro país se encontraba en la peor crisis económica de su historia, además del subempleo y la inflación, proliferaron las empresas estatales que se caracterizaban porque no prestaban de manera eficiente bienes y servicios, lo que al fin y al cabo ahondaba dicha crisis, pues para que las empresas estatales continúen con sus actividades, era necesario la utilización de cada vez mayor cantidad de impuestos que debían ser pagados por los propios ciudadanos.

Es preciso indicar que en esa época el Estado intervenía en el mercado con una participación de 186 empresas en los más diversos rubros para proveer bienes y servicios, habiéndose visto que su participación en los sectores estratégicos más importantes del país, estos son telecomunicaciones, electricidad y minería, eran ineficientes en términos de inversión y de calidad, colocándonos en los últimos puestos de productividad y competitividad a nivel de América Latina (Otero, 2001, pp. 17-21).

En este punto es importante tener en cuenta la opinión de Kresalja, que a pesar de no estar de acuerdo con las restricciones que se impusieron al Estado en su actividad empresarial cuando entró en vigencia de la Constitución Política de 1993, reconoció el grave déficit de alrededor del 20% del PBI por la ineficiencia en la prestación de bienes y servicios por parte de las empresas estatales, generado por las malas decisiones que se adoptaban en su interior, porque los integrantes de la alta dirección no necesariamente eran elegidos por su conocimiento y experiencia y, además, que su visión comercial no seguía la preferencias de los consumidores sino la posición política que tenía el Estado. (2015, p. 88).

Analizando las razones de la ineficiencia y las consecuencias negativas de que el Estado sin límite alguno realice actividades empresariales han sido señaladas por diversa doctrina nacional. Así, por ejemplo, Bullard afirma que con la actividad empresarial del Estado se destina los tributos a actividades diferentes a los que el Estado debería financiar como salud, educación, infraestructura y, además, usa dinero gratis para competir con el sector privado, lo que genera desincentivos económicos que perjudica la competencia. (2011, p.200).

Patrón señala que la participación desmedida de las empresas de propiedad estatal tendieron a ser menos efectivo los mercados donde se desenvolvían, toda vez que las decisiones no se motivaban por consideraciones de eficiencia, el nombramiento de los altos cargos directivos respondían a intereses políticos no optando por el rendimiento gerencial y el Estado no dejaba el retiro de esas empresas a pesar de su ineficiente desenvolvimiento en el mercado optando por subsidiarlas para continuar persiguiendo fines políticos (2006, p. 81)

Además, Diez Canseco & Bujele afirman que la actividad empresarial Estatal desalienta la inversión privada, lo que menoscaba el desarrollo económico de la sociedad, ello debido a que las empresas del Estado emplean recursos públicos, obtenidos del desprendimiento de los privados a través del pago de impuestos, por lo cual, no le afectan las prácticas comerciales que no tengan éxito en el mercado, lo que al fin y al cabo demuestra que el Estado no es un buen administrador del capital, pues el dinero no proviene de su eficiencia económica sino de los ciudadanos (2011)

## 2.3 LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

En los diarios de Debate de la Constitución Política de 1993, se puede advertir que al margen de la discusión de si debía prohibirse de manera total o no que el Estado participe en las actividades empresariales, existía coincidencia de todos los constituyentes presentes en dicha sesión de los efectos negativos que se generó en la economía peruana, respecto a que la Constitución de 1979 permitió al Estado que intervenga sin limitación alguna en las actividades empresariales (Congreso Constituyente Democrático Debate Constitucional - 1993, Tomo III, pp. 1850-1854).

Es así que, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, se modificó la actividad empresarial del Estado, por lo cual, entre las reformas más importantes que se realizaron en su política económica, estuvo la redefinición de dicha actividad, la misma que está contenida en el segundo y tercer párrafo del artículo 60, bajo el siguiente texto:

*“Solo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo trato legal”.*

Se debe precisar que para Quintana lo que establece el último párrafo del artículo 60 de la Constitución Política de 1993, estaría posibilitando que las empresas estatales compitan con los privados con igualdad de trato, es decir, dejando sin contenido el rol subsidiario (2011).

No obstante ello, consideramos que dicha interpretación no es la correcta, puesto que el último párrafo del artículo 60 de la Constitución Política de 1993 no es que permita que el Estado compita con el privado, sino sólo señala que reciben el mismo trato legal, lo que resulta siendo lógico cuando la actividad empresarial desarrollada por el Estado se adecue a los presupuestos contenidos en el Principio de Subsidiariedad ya que, tal como lo señala Galván

(2016), en este supuesto las empresas estatales deberán de sujetarse a las mismas normas regulatorias que se establece para el sector privado, como tributo, régimen laboral, la obtención de permisos y autorizaciones, etc.

En ese sentido, con la finalidad de desarrollar el Principio de Subsidiariedad establecido en la Constitución Política de 1993, se analizará las distintas sentencias que emitió el Tribunal Constitucional.

### **2.3.1 El Tribunal Constitucional y el Principio de Subsidiariedad**

En la Sentencia del EXP N° 0008-2003-AI/TC, referido a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero se fijan dos criterios importantes respecto al Principio de Subsidiariedad del Estado:

i) La reducción de la intervención pública a lo esencial, siendo que las acciones directas del Estado aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales, solo cuando exista una necesidad real de la sociedad y la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde intervenir, no están en condiciones de hacerlo (STC 0008-2003-PI/TC fs. 8 y 13).

ii) Se infiere la posición sostenida por Landa Arroyo respecto a que la Constitución Política del Perú permite al Estado realizar actividad empresarial, lo que lo denomina como grado de intensidad leve (2019, pp. 149-157), como lo establecido en su artículo 58, relacionado a los roles sociales en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (STC 0008-2003-PI/TC f. 14).

Dichos criterios han sido repetidos en el Pleno Jurisdiccional 00034-2004-PI/TC, y las Sentencias N° 7320-2005-PA/TC y N° 7339-2006-PA/TC; debiéndose señalar que en el Pleno Jurisdiccional 00034-2004-PI/TC el Tribunal Constitucional sostiene que entre las actividades permitidas y que habilitan la intervención estatal se encuentran aquellas que

garantizan las condiciones materiales de igualdad, en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido, lo que INDECOPI lo define como actividad asistencial o social.

Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. 0001-2014-PI/TC, se establece un criterio que está referido a que cuando el Estado interviene en situaciones económicas que también lo pueden realizar los privados, entonces nos encontramos en una actividad empresarial, por lo cual, a *contrario sensu*, si se tratan de actuaciones únicas y exclusivas del Estado entonces no se podría considerar como actividad privada, lo que el INDECOPI lo define como actos “*ius imperium*”.

Asimismo, dicha sentencia establece que el Principio de Subsidiariedad del Estado tiene como parte de su presupuesto la habilitación legal expresa que autorice la actividad empresarial, emitida por el Congreso de la República, que debe justificarlas en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (STC 0001-2014-PI/TC f.16).

Esta sentencia consideró tan importante la ley emitida por el Congreso de la República que declaró inconstitucional la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147 que autorizaba sin la habilitación legal a DICAPI a desarrollar actividad empresarial que podrían ser realizados por particulares.

Ahora bien, al margen de lo señalado anteriormente, es importante mencionar el criterio del Tribunal Constitucional contenido en el EXP. N° 07644-2006-PA/TC que a decir de Cruces es un referente aislado (2021, p. 66), al tratarse de incluir dentro del análisis del Principio de Subsidiariedad que para que se considere actividad empresarial debe existir “fines de lucro”

Al respecto, es necesario precisar que lo señalado en dicha sentencia vacía de contenido las anteriores resoluciones referidas anteriormente, ya que si se había establecido que solo de manera excepcional el Estado puede intervenir en la economía ofertando bienes y servicios para suplir la falta de oferta privada; esa excepcionalidad ya no tendría sentido con lo dispuesto en el Sentencia N° 07644-2006-PA/TC pues lo único que se debería

verificar es la existencia o no del “fin de lucro” en las actividades que realice el Estado para determinar si se encuentra dentro de la prohibición contenida en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Nótese que incluso la definición al “fin de lucro” señalada en dicha sentencia, referida al “propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial”, es una situación que permitiría a todas las entidades públicas o empresas estatales proveer de bienes y servicios en cualquier mercado sin limitación alguna, pues por pertenecer al Estado no puede existir un interés personal de ningún tipo, o como lo señala Guzmán que el Estado, por definición, no tiene fin de lucro o de incentivos económicos que si tiene una empresa privada (2004)

No obstante ello, realizando una interpretación integral de lo señalado en la Sentencia N° 07644-2006-PA/TC, se puede verificar que la actividad cuestionada, esto es el arrendamiento del Estadio Nacional por parte del IPD, se da en el marco del artículo 84° inciso 3 de la Ley N° 28036 de Promoción y Desarrollo del Deporte que considera como parte de los recursos del Instituto Peruano de Deporte “Los generados por el alquiler de su infraestructura deportiva y espacios publicitarios bajo la administración del IPD” cuyo destino interpreta el Tribunal Constitucional para el “**cumplimiento de fines de conservación de la infraestructura**” y la “**promoción del deporte (artículo 14 de la Constitución) que constituye una finalidad constitucional**” (STC 07644-2006-PA/TC f. 4).

Lo señalado anteriormente, podría encontrarse acorde con los otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, si se considera que la infraestructura y el deporte, son roles sociales que deben ser provistos por el Estado, por lo que, siguiendo la línea de Landa Arroyo y de Montjoy – Forti que entiende en una visión integradora del Principio de Subsidiaridad (2018, pp. 22), si se le tendría permitido desarrollar actividad económica para su promoción; sin embargo, consideramos que dicha interpretación sólo deberá realizarse en casos en los que el Tribunal Constitucional de manera expresa identifique

esos roles sociales que en principio se consideraban establecidos en el artículo 58 y que ahora también se incluye lo contenido en el artículo 14 respecto al deporte.

## **2.3.2 DESARROLLO LEGAL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

### **2.3.2.1 Decreto Supremo N° 034-2001-PCM**

A través de la Ley N° 27170 – Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado se creó el FONAFE como una Empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.

Para que el FONAFE cautele lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, se emitió el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, donde se reitera el concepto del Principio de Subsidiariedad, siendo que en el artículo 3 modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 011-2002-PCM, se establece la prohibición de las empresas estatales en actividades empresariales en aquellos mercados donde existan oferta privada, estableciéndose como presunción “*iuris tantum*” que ello se verifica cuando existan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre si.

Asimismo, en el artículo 4 del referido Decreto Supremo, respecto a la delimitación de las actividades subsidiarias que desarrolla el Estado, se establece que se debe considerar la competencia y la oferta privada que existe en el mercado, para la provisión de bienes y servicios, el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional y la Ley que autoriza la actividad.

Finalmente, en el penúltimo y último párrafo de dicho artículo 4 se autoriza al FONAFE para solicitar un informe al INDECOPI para evalúe de las empresas estatales que se encuentran adscrita al FONAFE si sus actividades están acordes con el Principio de Subsidiariedad, debiéndose precisar que, para efectos del presente trabajo, se emitió, entre otros, el Informe N° 040-2001/GEE (20/08/2001) – SIMA PERU.

En dichos informes, el INDECOPI a través de lo que dispone el artículo 60 de la Constitución Política de 1993 elaboró una metodología para verificar si las actividades de las empresas estatales estaban cumpliendo con los presupuestos contenidos en el Principio de Subsidiariedad, debiéndose resaltar respecto a la autorización legal lo siguiente:

- La habilitación legal debe ser interpretada de manera restrictiva, debiéndose considerar únicamente las que de manera expresa se contemplen en la Ley que autoriza dicha actividad, sin permitirse otras que se interpreten de manera amplia o que se consideren similares por aplicación analógica de la norma.
- Si la autorización por Ley es genérica o establecen actividades complementarias, se deberá interpretar de acuerdo a los fines por los cuales se constituyó la empresa estatal, a través de la determinación de sus funciones y objetivos, de acuerdo a las razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que lo deberían sustentar.

Por otro lado, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, respecto al análisis del carácter subsidiario se consideró lo siguiente:

- Frente a la existencia de oferta privada suficiente, la actividad empresarial no es subsidiaria. Para ello, se considerará la presunción que la oferta privada es suficiente cuando exista al menos dos empresas privadas no vinculadas que operan en el mercado, presunción que puede ser desvirtuada si se demuestra que esas empresas privadas no satisfacen la demanda existente.

- La vinculación está referida, entre otras, a las relaciones de propiedad que es un análisis cuantitativo donde se verifica la propiedad de al menos 4% de la participación o acciones de otra empresa y/o de gestión referido a que se cuente con accionistas o miembros de la administración de la persona jurídica comunes, tener dependencia comercial directa, utilizar los recursos de otra empresa, etc.

En base a ello, se delimita hasta cuatro escenarios:

- Escenario 1: Cuando exista en el mercado solo la empresa estatal, se deberá analizar si anteriormente existía participación de las empresas privadas, definiéndose las razones o los motivos de su salida de ese mercado. Si no existe oferta potencial la empresa estatal estaría cumpliendo un rol subsidiario.

- Escenario 2: Cuando en el mercado una empresa estatal compita con una empresa privada, se evaluará las condiciones de entrada al mercado para evaluar si otras empresas privadas podrían ingresar a ese mercado (barreras legales o administrativas, barreras estructurales o barreras estratégicas). Si no existen barreras significativas, la actividad empresarial de la empresa estatal no es subsidiaria, ya que podría ingresar el sector privado. Si se determina que existen barreras, se analizará si la empresa privada puede abastecer la totalidad de la demanda, ya que si la respuesta es afirmativa la actividad empresarial de la empresa estatal no es subsidiaria, si la respuesta es negativa, es decir que la empresa privada no puede abastecer la totalidad de la demanda, no se comprobaría que la empresa estatal no está cumpliendo un rol subsidiario.

- Escenario 3: Si existen dos empresas privadas en el mercado, si están vinculadas se utilizará la metodología descrita en el escenario 2, sino no son vinculadas se realizará lo descrito en el escenario 4.

- Escenario 4: Cuando existan más de tres empresas privadas, la empresa estatal ya no estaría cumpliendo un rol subsidiario, pues existe la presunción de competencia y oferta privada suficiente. Sin embargo, si se determina que la empresa estatal tiene una participación significativa en el mercado podría dudarse respecto la existencia de oferta privada suficiente, debiéndose evaluar de la oferta privada si tiene capacidad para atender la demanda liberada. Si la respuesta es afirmativa la empresa estatal no estaría cumpliendo un rol subsidiario, si por el contrario la oferta privada no puede atender esa demanda, se analizará si existe oferta privada potencial, esto es si es posible que se amplíe la capacidad instalada en un periodo relativamente corto, analizándose barreras de mercado que no les

permitan realizar ello, por lo cual, si se determina la ausencia de esas barreras la empresa estatal no tendría carácter subsidiario, de lo contrario, dada la existencia de más dos competidores privados, se promoverá remover las barreras existentes en tanto sean posible.

### **2.3.2.2 Decreto Legislativo N° 1031**

El 24 de junio de 2008 se emitió el Decreto Legislativo N° 1031 en cuyo artículo 3 se reitera el Principio de Subsidiariedad de acuerdo a lo que establece el artículo 60 de la Constitución Política de 1993. Asimismo, en su artículo 4 se definió las formas en las cuales el Estado podía desarrollar su actividad empresarial y su relación con el Principio de Subsidiariedad, de acuerdo a lo siguiente:

- a) Empresas del Estado de accionariado único: Donde el Estado ostenta la totalidad de las acciones de la sociedad anónima.
- b) Empresas del Estado con accionariado privado: Donde el Estado ostenta la mayoría de las acciones de la sociedad anónima, ejerciendo el control de la Junta de Accionistas.
- c) Empresas del Estado con potestades públicas: Son empresas estatales cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público. Como el caso de FONAFE y el Banco de la Nación.
- d) Las empresas privadas que tengan accionariado minoritario del Estado no realizan actividad empresarial estatal.

Del análisis que realiza Huapaya & Terrazos respecto a dicha norma, es que tiene como objetivo la unificación y simplificación del actividad empresarial del Estado, a través de la adecuación a los lineamientos constitucionales, determinando nuevas formas de participación privada de las empresas estatales, para la no contravención de las actividades no subsidiarias de manera progresiva, como el caso de la venta de acciones en el Registro Público del Mercado de Valores o que se aumente el patrimonio de las empresas estatales con capital provenientes de inversionistas privados. (2008, p. 279)

### 2.3.2.3 Decreto Legislativo N° 1044

El 26 de julio de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1044 “Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal”, en cuyo numeral 14.3 de su artículo 14 desarrolló el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, como un supuesto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, bajo el siguiente texto

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

Se debe precisar que con el Decreto Legislativo N° 1044, se logró dos efectos relevantes para el cumplimiento del Principio de Subsidiariedad:

- i) El desarrollo legal del Principio de Subsidiariedad solo estaba referido al análisis de las actividades de las empresas estatales; sin embargo, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, dicho análisis también comprende a las entidades públicas.
- ii) No existía ninguna consecuencia jurídica concreta cuando el Estado transgredía el Principio de Subsidiariedad, sin embargo, con la emisión de dicho decreto legislativo, el Estado es pasible de ser sancionado por competencia desleal por la violación de las normas legales, si vulnera el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Ahora bien, se debe señalar que si bien es cierto el INDECOPI, había emitido resoluciones previas donde se aplicó el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044<sup>1</sup>, es

---

<sup>1</sup> Véase por ejemplo las Resoluciones N° 2470, 2471, 2472, 2473, 2549 y 2550-2010/SC1.

a través de la emisión de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI donde se aprobó como Precedente de Observancia Obligatoria los presupuestos a través del cual se identifica en qué casos el Estado realiza competencia desleal, por la vulneración del artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Así, se debe señalar que la doctrina nacional que desarrolló cada uno de los presupuestos establecidos en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, para determinar los supuestos en los que el Estado vulnera el Principio de Subsidiaridad, ha señalado lo siguiente:

a) Cuando la actividad empresarial del Estado intervenga en el mercado como proveedor de bienes y servicios, con independencia de la existencia o no del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado, se debe precisar que no se encuentra dentro de este supuesto los actos de “*ius imperium*” y las actividades asistenciales.

En relación a los actos de “*ius imperium*” y las actividades asistenciales, que no califican como empresariales, se diferencia de la siguiente manera:

- Como lo señala Luyo & Bazán, las actividades empresariales del Estado deben de tener un efecto concurrencial (posicionamiento en el mercado) siendo diferente a los actos de “*ius imperium*” o atribuciones soberanas que se refieren a las actividades reservadas o propias del Estado, como el caso de la función legislativa, la defensa nacional o el sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros. Asimismo, las actividades “asistenciales o sociales” de acuerdo a lo señalado por INDECOPI está orientada a equilibrar diferencias sociales y que el Estado se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible por mandato constitucional. Finalmente, se considera que también debe de encontrarse fuera de la actividad empresarial los deberes generales u obligatorios a favor de los ciudadanos, como el caso de la educación y la salud (2017, pp. 198-201).
- Para Bullard los actos de “*ius imperium*” son las actividades del Estado en ejercicio de sus potestades públicas, como el caso del otorgamiento de una

concesión, aplicar una sanción, dar una licencia. En el caso de la prestación de servicios con contenido asistencial debe ser a consecuencia de la ejecución de un mandato constitucional para velar por la promoción de actividades como educación, programas alimentarios o de vivienda; sin embargo, el análisis debe realizarse caso por caso, considerando que la actividad asistencial no debe competir con el privado porque va dirigida a las personas que carecen de recursos (2011, pp. 202 – 203).

- Por otra parte Quiñones (2012) señala que las actividades asistenciales o sociales tienen como finalidad que todas las personas accedan en igualdad de condiciones a servicios básicos, que no tiene que ser gratuito ni subsidiar a toda la población pero debe estar disponible para quienes no pueden pagar por el (p. 68-69); asimismo respecto a los actos de “*ius imperium*” se señala que la descripción realizada por el INDECOPI es muy escueta al solo mencionarse algunos ejemplos como la función legislativa, la administración de los sistemas de defensa nacional y de justicia así como el otorgamiento de títulos habilitantes.

b) Cuando se encuentre autorizado por Ley expresa, la que debe entenderse a una norma aprobada por el Congreso de la República. Se debe precisar que esa autorización debe ser expresa, por lo cual, no puede aceptarse interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación.

c) Cuando la actividad empresarial es subsidiaria, para lo cual, en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, se estableció tres escenarios, que han sido ya considerados por el INDECOPI frente al pedido del FONAFE para que evalué la actividad empresarial subsidiaria de las empresas estatales que se encuentran bajo su marco normativo, en aplicación del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, por lo cual, se considera la oferta privada y la intervención estatal en el mercado, de acuerdo al siguiente cuadro que esquematiza dicho análisis:

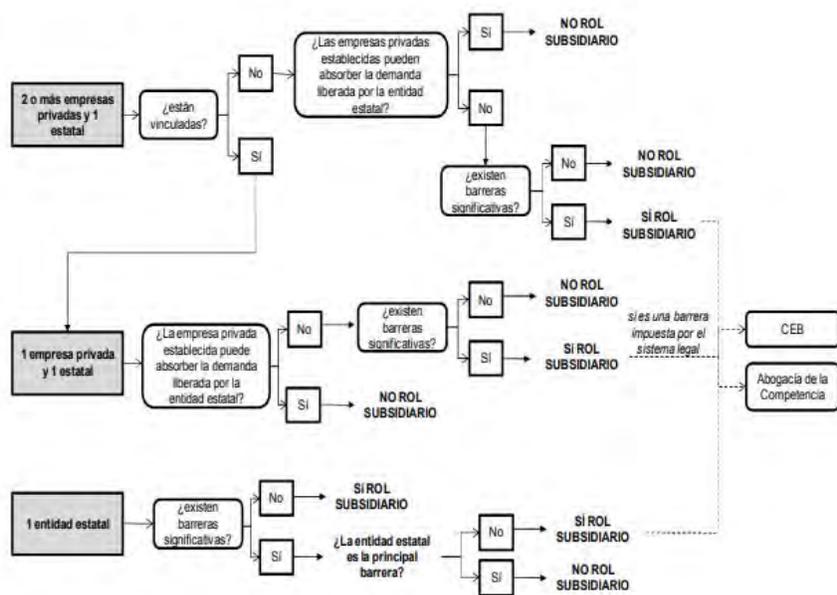


Figura 1. Gráfico que muestra el marco general del análisis de la subsidiariedad económica bajo los tres escenarios. Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI (pag. 51)

d) Cuando dicha actividad cumple con un alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, es decir que no existan otros mecanismos alternativos que no sea la intervención del Estado a través de la actividad empresarial.

### 2.3.2.4 Respecto a la aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI por el Tribunal Constitucional

Tal como se señaló anteriormente, si bien es cierto el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI considera aspectos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación del Principio de Subsidiariedad, como el caso de las actividades económicas permitidas al Estado, también es cierto que desarrolló una metodología técnica para determinar la oferta privada y la intervención estatal en el mercado, que fue utilizada desde que el

Decreto Supremo N° 034-2001-PCM permitió al FONAFE solicitar al INDECOPI si las actividades de las empresas estatales se realizaban acorde al Principio de Subsidiariedad.

En ese sentido, en principio se debe considerar que el Tribunal Constitucional no se encuentra obligado a utilizar la metodología elaborada por el INDECOPI para evaluar los casos en los cuales se pongan bajo su consideración la resolución de conflictos generados por el cumplimiento o no del Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Sin embargo, tal como lo señaló Espinosa – Saldaña (2014), los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el INDECOPI buscan establecer parámetros de predictibilidad, transparencia y seguridad jurídica de los casos bajo su competencia, por lo que su vinculatoriedad debe realizarse en confluencia y cooperación de los diferentes organismos y órganos estatales, lo que implica que en el supuesto que el Tribunal Constitucional no se encuentre totalmente de acuerdo con la aplicación de dicha metodología, lo que no se ha evidenciado considerando que a la fecha no existe algún pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución respecto a ella, no debería modificarla sino solo si se justifica en la búsqueda de la mejor protección de los derechos fundamentales.

## CAPITULO III

### LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### 3.1 Las contrataciones que realiza el Estado

Al margen de las discusiones sostenidas, entre otros, por Melia (2011) respecto a si por la teoría unitaria de Alemania no debería considerarse contratos las relaciones bilaterales de contenido patrimonial entre el Estado con los privados por la desigualdad entre ambos o si por la teoría de la sustantividad francesa si se consideran contratos administrativos ese tipo de relaciones permitiéndose reglas diferenciadas, como las cláusulas exorbitantes y la creación de fueros que solucionen sus controversias, teoría que a decir de Morón llegó a través de España a todo Centro y Sudamérica (2016, p.22), para el presente trabajo utilizaremos la definición sugerida por Salazar sobre el Contrato de la Administración Pública la misma que considera esencialmente la participación de una de las partes contractuales a una entidad o empresa estatal (2017)

Así, como lo apunta Tafur y Miranda, la definición antes señalada, esto es que una de las partes del negocio jurídico sea una entidad o empresa estatal, trae una diversidad contractual que realiza el Estado, siendo las principales las siguiente: las contrataciones que tiene con su propio personal, las concesiones y APP, las privatizaciones, los contratos referidos a los bienes del Estado y los contratos referidos a la provisión de bienes y servicios (2007)

Para la delimitación de la presente investigación, sólo vamos a referirnos a la contratación que realiza el Estado para la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras, lo que denominaremos régimen de contratación pública, en el cual, es necesario la utilización de un procedimiento de selección para elegir al encargado de realizar dichos requerimientos, lo que a decir de Cassagne es lo que genera mayor seguridad de elegir y aceptar la oferta que resulta más conveniente a los intereses del Estado (2009).

Se debe precisar que, es pacífica en doctrina nacional e internacional que el procedimiento de selección, además de garantizar que se obtenga bienes, servicios u obras bajo las mejoras

condiciones técnicas económicas, en salvaguarda de los recursos públicos, por la utilización de mecanismos que garanticen la libre competencia de los interesados en dichas contrataciones, a través del trato igualitario e imparcial, también es el que configura la manifestación de voluntad del Estado, tal como lo señala Dromi (2006)

### **3.2 Desarrollo legal del régimen de contratación pública**

Tal como así lo señala Danos, hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979 no se había previsto un sistema de contrataciones único, siendo que no existían mecanismos previamente establecidos para que el Estado se provea de bienes, servicios y la ejecución de obras, por lo que cada entidad pública o empresa estatal realizaban sus contrataciones mediante sus propios mecanismos internos y de gestión (2006, pp. 10-11).

Como se esperaba, ese tipo de situación trajo como consecuencia decisiones discrecionales por parte del sector público para proveerse de lo necesario para el cumplimiento de sus fines eligiéndose a los contratistas sin reglas objetivas, no existían incentivos para realizar contrataciones que tengan las mejoras condiciones para el Estado, lo que significó el derroche del presupuesto público.

La necesidad de que el Estado cuente con mecanismos de contratación establecidos previamente por Ley, se concretó con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979, en cuyo artículo 143 se estableció lo siguiente:

*“La contratación con fondos públicos de obras y suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades”*

Es en el marco de dicha disposición constitucional que se crearon regímenes legales diferenciados, dependiendo del objeto contractual, para que la entidad pública o empresa estatal se provean de bienes, servicios y la ejecución de obras, tal como se advierte a continuación:

a) Decreto Supremo N° 034-80-VC, conocido como RULCOP, y se utilizó para la selección del contratista y para la ejecución de los contratos de obras.

b) Decreto Ley N° 23554, conocido como REGAC, y se utilizó para la selección del contratista y la ejecución de los contratos de consultoría de obras.

c) Decreto Supremo N° 065-85-PCM, conocido como RUA, y se utilizó para la selección del contratista y ejecución de los contratos de bienes y servicios.

A través de la Constitución Política de 1993, al igual que su antecesora, se continuó con incluir como disposición constitucional la obligación que el Estado se provee de bienes, servicios y ejecución de obras mediante mecanismos previamente establecidos por Ley, por lo cual, a través de su artículo 76 se señaló lo siguiente:

(...)

*Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata, licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

*La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.*

(...)

La importancia de esa disposición constitucional ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 020-2003-AI/TC del 17 de mayo de 2004, donde se enfatizó la necesidad que la contratación pública se realice a través de una procedimiento

previamente establecido por Ley, que se desarrolle en un marco de transparencia, libre competencia e imparcialidad, para que el Estado se procure lo que requiera, en las mejores condiciones técnicas y económicas, lo que garantiza el uso correcto de los fondos públicos y evitar la corrupción.

Con fecha 27 de julio de 1997 se promulgó la Ley N° 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, el cual se encargó de unir las disposiciones contenidas en el RULCOP, REGAC y RUA para que la contrataciones que realiza el Estado se encuentren en un solo marco normativo.

Así desde la emisión de la Ley N° 26850, se han emitido varias normas que modificaron la normativa de contratación pública, siendo la que se encuentra vigente y sus antecesoras, las siguientes:

- a) Decreto Supremo N° 082-2019-EF – Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, se agruparon la Ley N° 30353, el Decreto Legislativo N° 1341 y la Ley N° 30689 que modificaron la Ley N° 30225, en adelante la Ley vigente; así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el Reglamento vigente.
- b) Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- c) Decreto Supremo N° 083-2004-PCM – Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se agruparon la Ley 26850 y la Ley 28267 que la modifica, así como su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

### **3.3 Finalidad de la normativa de contratación pública**

De la revisión de las normas que regularon la contratación pública, de acuerdo al mandato constitucional contemplado en el artículo 76 de la Constitución Política de 1993, es que tienen como finalidad que las contrataciones que realiza el Estado para proveerse de bienes, servicios y obras, se efectúen en forma oportuna y bajos las mejores condiciones de precios y calidad, para el

cumplimiento de los fines públicos, ello con el claro cometido del resguardo de los fondos públicos que proviene de los impuestos de todos los peruanos, tal como así lo expresó el Tribunal Constitucional (STC EXP. 020-2003-AI/TC f. 12).

Asimismo, la normativa de contratación pública vigente, esto es la Ley N° 30225, establece en su artículo 2 como principios interpretativos y de integración para los procesos de contratación pública, la Igualdad de Trato, Transparencia, Vigencia Tecnológica, etc.; sin embargo, consideramos que los más importantes, para el cumplimiento de la finalidad antes señalada, son los Principios de Libre Competencia y de Concurrencia, puesto que, tal como así lo afirma Napurí (2009), con la aplicación de esos principios existe mayor posibilidad que el Estado obtenga lo que requiere en relación de precio y calidad, utilizándose mejor los fondos públicos, lo que se logra con la pluralidad de postores que compiten entre sí para que su oferta sea elegida.

Ahora bien, sobre la diferencia de los Principios de Libre Competencia y de Concurrencia, cabe hacer mención a Dromi (2006), quien señala respecto a la Concurrencia que es la prohibición de limitar el acceso a eventuales competidores en los procedimientos competitivos que realiza el Estado mientras que la Libre Competencia se refiere a la real oposición entre los postores interesados en contratar con el Estado para obtener la propuesta más beneficiosa en relación a su costo y calidad.

Nótese que la normativa de contratación pública establece al Principio de Concurrencia como la otra cara de la moneda del Principio de Competencia, ya que se busca eliminar las exigencias y formalidades que limite la participación de una mayor cantidad de postores, que eviten la libre competencia.

En ese sentido, la aplicación del Principio de Concurrencia permite que no se utilicen exigencias y formalidades que puedan desincentivar el interés de proveedores para contratar con el Estado, ya que genera mayor competencia cuando exista una mayor cantidad de participantes en las convocatorias realizadas por entidades públicas o empresas estatales, lo que aumenta la posibilidad de obtener a un contratista que cuente con mayor capacidad técnica y financiera, que son atributos económicos importantes para cumplir de manera idónea y eficiente las prestaciones contractuales.

En ese sentido, el artículo 76 de la Constitución Política de 1993 al considerar a la licitación pública como el mecanismo idóneo para las contrataciones que realizan las entidades públicas y empresas estatales, es por la razón que se enmarca en un procedimiento competitivo, que permite disminuir los riesgos y aumenta la seguridad de obtener los bienes, servicios u obras bajo las mejores condiciones económicas y técnicas, sin dejar de reconocer las excepciones que se podrían generar por las propias condiciones de mercado o por la aplicación de otros marcos normativos.

Se debe precisar que el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 12 de la Sentencia del EXP. N° 020-2003-AI/TC, señaló que la función constitucional del referido artículo 76, respecto a que el Estado utilice los procedimientos establecidos por Ley para proveerse de bienes, servicios u obras, aplicándose entre otros principios el de Libre Competencia, es evitar la “corrupción y malversación de los fondos públicos” (STC EXP. N° 020-2003-AI/TC f. 4).

En ese sentido, de acuerdo a lo señalado anteriormente, se describirá el régimen de contratación pública, con los mecanismos más utilizados:

### **3.4 Los procedimientos competitivos**

Tal como se señaló anteriormente, la normativa de contratación pública privilegia la competencia para la elección de los proveedores interesados en ofertar los requerimientos del Estado, ya que con ello existen mayores posibilidades de dar cumplimiento a la finalidad de las contrataciones que realiza el Estado.

Lo señalado anteriormente resulta totalmente lógico porque si el Estado debe proveerse de bienes, servicios y obras, en forma oportuna y bajos las mejores condiciones de precios y calidad, la competencia generada por la mayor concurrencia de interesados en contratar con el Estado es la que justamente puede tener dichos efectos en el mercado.

Así tal como lo señala la OCDE (2012) en la Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública que “*los procesos de adquisición competitivos y eficientes son*

*clave para obtener bienes y servicios con la mejor calidad – precio en beneficio de los contribuyentes, los consumidores finales y los usuarios de los servicios públicos en general*

Es así que el Estado requiere bienes, servicios y ejecución de obras, utiliza los procedimientos competitivos para obtener del mercado las ofertas que resulten más beneficiosas en términos de calidad y precio.

Lo señalado anteriormente, se garantiza con las disposiciones contenidas en la normativa de contratación pública, siendo que las más importantes se desarrollan a continuación:

a) Impedimentos: La normativa de contratación pública no permite que se contrate a personas que, entre otros supuestos, no permitirían competencia efectiva para su elección como proveedores, las cuales se detallan a continuación:

a.1) Altos funcionarios del Estado, como el caso del Presidente, Jueces Supremos, titulares o miembros de los Organismos Constitucionales Autónomos, los Ministros y Viceministros, los Gobernadores y Vicegobernadores y Consejeros, etc.

a.2) Los servidores y los trabajadores de las entidades públicas o empresas del Estado.

a.3) Las personas naturales o jurídicas que han intervenido en algún aspecto técnico o económico del procedimiento de selección

a.4) Personas jurídicas nacionales o extranjeras que sean aportantes de algún partido político

b) Requerimiento: De acuerdo a la normativa de contratación pública, el área usuaria solicita la contratación, para lo cual debe realizar su requerimiento mediante la formulación de las especificaciones técnicas (para bienes), términos de referencia (para servicios) o expediente técnico (para obras), de forma objetiva y precisa, para que el acceso al proceso de contratación se realice en condiciones de igualdad y no se obstaculice ni direcciona la contratación, lo que perjudicaría la competencia. Asimismo, no se permite hacer referencia

a la procedencia o procedimiento determinado, marcas, patentes, origen u otros que favorezcan o descarten a ciertos proveedores.

c) Procedimientos competitivos: Tal como se señaló anteriormente, la normativa de contrataciones públicas establece procedimientos de selección para las contrataciones que deben realizar las entidades públicas y empresas estatales, las mismas que son utilizadas dependiendo del objeto contractual y cuantía, siendo los más comunes los siguientes: i) Licitación Pública para el suministro de bienes y obras ii) Concurso Público para la provisión de servicios iii) Adjudicación Simplificada para bienes, servicios u obras con una cuantía menor a lo que corresponde a una Licitación o Concurso Público.

Se debe precisar que la normativa de contratación pública asegura que exista competencia en dichos procesos de selección, al establecer que todas las actuaciones deben encontrarse debidamente registrada en el SEACE, para lo cual, durante el procedimiento de selección es obligatorio la publicación del cronograma del procedimiento de selección, la convocatoria donde se incluyen las actuaciones preparatorias, el resumen ejecutivo de las indagaciones en el mercado y las Bases Administrativas que **son** las reglas de la elección del proveedor donde se incluyen los requerimientos técnicos mínimos, especificaciones técnicas o expediente técnico así como los criterios de evaluación y calificación de las ofertas económicas y técnicas para reducir decisiones discrecionales que favorezcan a algún determinado postor.

d) Se establece que cuando se detecten indicios de conductas anticompetitivas, es el INDECOPI el competente para iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador contra los que resulten responsables de realizar dichas prácticas.

Las medidas antes señaladas tratan de evitar distorsiones en el mercado de la contratación pública que puedan perjudicar la competencia entre los interesados en ofertar los requerimiento realizados por el Estado, ya que si se produjera algún tipo de situación que permita a los proveedores no competir con otros, traería como efecto que no se cumpla con la finalidad de las contratación pública, esto es obtener los bienes, servicios u obras con el precio más bajo, las

mejores condiciones o en el tiempo debido, lo que generaría el detrimento de los fondos públicos que son muy escasos y provienen de los impuestos de todos los peruanos.

### **3.5 Las contrataciones directas**

Tal como se señaló anteriormente, si bien es cierto la normativa de contratación pública privilegia los procedimientos competitivos también es cierto que no siempre es posible utilizar la competencia y concurrencia de proveedores, entre otros, para las contrataciones que realice el Estado.

En efecto, previo a determinar si es necesario un procedimiento competitivo para elegir al proveedor o por el contrario si se trata de una contratación directa, donde no exista un procedimiento de selección, el Estado debe realizar un análisis del mercado o indagación de mercado, para determinar que existan pluralidad de proveedores y marcas que cumplan el requerimiento solicitado por las áreas usuarias interesadas en la contratación, tal como lo establece el numeral 32.3 del artículo 32 del Reglamento vigente.

En ese sentido, después de realizado la indagación de mercado y se verifica que por las condiciones del mercado no es posible la existencia de más de un postor, es que la normativa de contratación pública permite por excepción la aplicación de algunos supuestos de contratación directa, como es el caso de los servicios personalísimos (experiencia y especialidad reconocida de personas naturales), proveedor único de bienes y servicios en el mercado, servicios de publicidad de los medios de comunicación televisiva, radial o escrita y cuando se contrate con otra Entidad.

Respecto a este último supuesto, es decir cuando el Estado contrate con otra Entidad, se debe señalar que el literal a) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley vigente establece que dicha contratación no debe contravenir el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, sin embargo, en el literal a) del artículo 100 del Reglamento vigente, en lugar de complementar la Ley, establece que la Entidad no debe ser empresa del Estado o realizar actividad empresarial de manera habitual, término que define dicha norma cuando se suscribe con el mismo objeto más de dos contratos en

los últimos doce meses, que como se verá más adelante, dificulta la aplicación del Principio de Subsidiariedad.

### **3.6 Los supuestos excluidos de la normativa de contratación pública**

Tal como lo señaló Huapaya (2013), los supuestos excluidos por la normativa de contratación pública, son los que cuenta con un marco legal especial aplicable al contrato suscrito por la Entidad, así tenemos los contratos bancarios y financieros, las contrataciones que realiza la cancillería, las contrataciones a notarios públicos, conciliadores, árbitros, locación de servicios, las concesiones y asociaciones público privadas, las contrataciones menores a 8 UIT, los servicios públicos, los convenios de colaboración interadministrativa, los que se contraten en el marco de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, las contrataciones de Estado a Estado y los proveedores no domiciliados en el Perú.

En efecto, tal como se puede verificar del sustento para considerar a los supuestos excluidos por la normativa de contratación pública, es que en el marco jurídico existe legislación especial que regula la actuación del Estado en cada uno de esos supuestos, siendo de importancia para la presente investigación, lo establecido para el caso de los convenios de colaboración interadministrativa, a través del cual, las entidades públicas o empresas estatales proveen al Estado bienes, servicios y obras.

Y es que, tal como se analizará más adelante, si bien es cierto dicho supuesto debería regirse por la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, también es cierto que la normativa de contratación pública al establecer que bajo esos convenios se pueden brindar bienes, servicios u obras, lo que hace es dotarlo de un alcance contractual que no se deriva de la aplicación de la Ley N° 27444, trayendo como consecuencia que su aplicación, de acuerdo a lo que establece la normativa de contratación pública, transgrede el Principio de Subsidiariedad.

### **3.7 Lo que permite al Estado contratar con entidades públicas y empresas estatales**

Mediante el presente apartado, se delimitarán de los antes señalados mecanismos establecidos por la normativa de contratación pública, los que su aplicación se encuentra directamente relacionada con el Principio de Subsidiariedad.

### **3.7.1 En los procedimientos competitivos**

En principio se debe señalar que para determinar si corresponde realizar un procedimiento competitivo, previamente se debe llevar a cabo una evaluación en el mercado, denominada “indagación de mercado” para determinar si existen postores y que estos tengan las condiciones de abastecer la demanda, esto es el requerimiento del Estado, ya que de lo contrario se deberá de distribuir la buena pro, tal como lo establece el numeral 32.3 del artículo 32 de la Ley vigente.

Y es que, ello resulta lógico, pues, de determinarse en dicha “Indagación de mercado” que no existe pluralidad de marcas o postores, entonces, el Estado podría utilizar algún supuesto contenido en el mecanismo de las contrataciones directas.

Por el contrario, si se determina que existe pluralidad de postores y estos tienen la posibilidad de cubrir la demanda requerida por el Estado, entonces corresponde realizar el procedimiento competitivo sin que exista más de un postor adjudicado con la Buena Pro.

En ese sentido, si el Estado decidió elegir a la otra parte contractual mediante los procedimientos competitivos, es porque verificó que en ese mercado existe competencia y los interesados en proveer lo requerido cubren esa demanda, por lo cual, no se justificaría la participación de las empresas estatales para formar parte de esas contrataciones, ya que estaría compitiendo de manera directa con los privados, transgrediéndose el Principio de Subsidiariedad.

Sin embargo, de acuerdo a opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE<sup>2</sup>, se permite dicha situación, tal como se puede observar en la Opinión N° 027-2009/DTN

Ahora bien, el artículo 127° del Reglamento precisa que la Entidad proveedora no puede ser una empresa del Estado, debido a que las empresas del Estado operan en el mercado como un agente económico más, brindando determinado bien, servicio u obra, a cambio de una retribución, es decir, su actividad habitual es justamente la empresarial. Por tanto, para contratar con el Estado, sus empresas deben competir en un proceso de selección como cualquier otra empresa del sector privado, lo contrario implicaría contravenir el artículo 60 de la Constitución Política, y los Principios de Libre Competencia, y de Trato Justo e Igualitario que inspiran la contratación pública.

La opinión del OSCE antes señalada, realiza un análisis que escapa de los criterios constitucionales y legales descritos anteriormente, respecto al Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

En efecto, no se toma en cuenta la habilitación legal ni tampoco que las entidades públicas y empresas estatales solo pueden desarrollar actividad empresarial de manera subsidiaria, es decir cuando no existan o sean insuficientes las ofertas privadas, lo que es totalmente contradictorio con un procedimiento competitivo, donde se ha determinado pluralidad de postores que pueden cubrir la demanda de los bienes, servicios u obras requeridos por el Estado.

Asimismo, desde el momento en el que se permite que una empresa estatal compita con los privados en dichos procedimientos de selección, ya se está vulnerando los Principios de Trato Justo e Igualitario, ya que una de las consecuencias de la

---

<sup>2</sup> Se debe señalar que de acuerdo al literal n) del artículo 52 de la Ley vigente el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado tiene entre sus funciones el absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil

intervención empresarial del Estado en el mercado es que actúa con ventajas que no tiene el privado, lo que contraviene el Principio de Libre Competencia puesto que se desincentiva la intervención de los privados por las ventajas que tiene el Estado.

En efecto, tal como lo señala Morón (2016), el Principio de Libre Competencia está directamente relacionado con el Principio de Trato Justo e Igualitario, ya que existirá una verdadera rivalidad a través de la competencia entre los postores interesados en proveer al Estado los bienes y servicios, si se logra que estos compitan en igualdad de condiciones, para que se elija al proveedor más idóneo en calidad técnica, económica y profesional.

Sin embargo, lo referido anteriormente, no se cumpliría toda vez que las empresas estatales y las entidades públicas tienen ventajas competitivas frente a los privados, entre otros, por lo siguiente:

- a) No existe riesgo de quiebra para realizar sus actividades ya que su patrimonio proviene del presupuesto público, lo que facilita la obtención de cartas fianzas bancarias o la disminución del riesgo del no pago o pago inoportuno, que es un problema típico y cotidiano en los contratos con el Estado.
- b) No se necesita calcular como parte del riesgo por suscribir contratos con el Estado, la asesoría legal para los problemas que se generen en la ejecución contractual, puesto que, las empresas estatales y las entidades públicas cuentan con áreas jurídicas con personal pagado por el Estado.
- c) Para la ejecución de la provisión de bienes y servicios, no necesitan calcular el gasto para proveerse de infraestructura y el equipamiento estratégico, ya que pueden utilizar las que tiene el Estado, etc

No obstante lo señalado anteriormente, cabe precisar que la Opinión N° 027-2009/DTN no es el único documento institucional emitido por el OSCE para permitir a las empresas estatales participar en procedimientos competitivos, sino que existen

otros pronunciamientos, por ejemplo emitidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Así, entre otras, tenemos resoluciones emitidas por dicho tribunal que, si bien son de los años 2002 y 2008, son criterios que continúan vigentes a la fecha, ya que no existe documento alguno que desvirtúen su contenido, es decir la participación de las empresas estatales en procedimiento de selección sin considerar los presupuestos contenidos en el Principio de Subsidiariedad.

En efecto, el Consorcio conformado por las empresas MM Servicios y Promociones S.A. SERMAGE – SALIMPISA y por otro lado la empresa DELTA CLEANERS S.A.C., cuestionaron la participación de la empresa estatal Servicios Integrados de Limpieza S.A. – SILSA, en procesos de selección relacionados a aseo y limpieza de nosocomios, por tener como accionista mayoritario al Estado, específicamente a ESSALUD con 94.90%, ESVISAC (también de propiedad de ESSALUD) con 5% y CAFAE ESSALUD con 0.10%.

Así, sobre lo señalado por el Consorcio conformado por las empresas MM Servicios y Promociones S.A. SERMAGE – SALIMPISA fue analizado en la Resolución N° 679/2002.TC-S1, donde el Tribunal de Contrataciones del Estado haciendo alusión a que en pronunciamientos anteriores (Resoluciones N° 2001/2001.TC-S2 y N° 004/2002.TC-S1), así como lo informado por el FONAFE (Oficio N° 1778-2002/DE-FONAFE) respecto a que la empresa SILSA como ESVISAC no son empresas del Estado, declaró infundado dichos cuestionamientos ya que esas empresas estatales no se encuentran dentro de algunos de los impedimentos para ser postor y contratista.

Por otro lado, en relación a lo señalado por la empresa DELTA CLEANERS S.A.C., en la Resolución N° 2640-2008-TC-S1, se hace referencia al mismo sustento contenido en la Resolución N° 679/2002.TC-S1, adicionando que la Gerencia Técnica Normativa del OSCE emitió el Pronunciamiento N° 118-2002-GTN, en el que se concluye que como FONAFE en el Oficio N° 1593-2001/DE-FONAFE señala que las empresas

SILSA y ESVISAC no se encuentran comprendidas bajo su ámbito, pueden participar en los procedimientos competitivos convocados por el Estado

Posteriormente, con ocasión de la emisión del Pronunciamiento N° 467-2013/DSU emitido por la Dirección de Supervisión del OSCE, respecto al cuestionamiento de la empresa Servicio de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C. contra la participación de la empresa SILSA en el Concurso Público N° 001-2013-DISAMAR/LOGISTICA para la “Contratación del Servicio de Limpieza del Centro Naval CMST, Hospital de la Base Naval del Callao y Policlínico San Borja”, se continúa con el criterio anteriormente señalado, esto es permitir a las empresas estatales continúen participando en procedimientos de selección, con el argumento que no se encuentran incursos en ningún impedimento contenido en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, pese a que se reconoce que a través de la Quincuagésima Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2011 - Ley N° 29626, al incorporarse a ESSALUD bajo el ámbito de FONAFE, las empresas estatales SILSA y ESVICSAC también quedan bajo el ámbito de FONAFE.

Al margen de la discusión formal respecto a si la empresa estatal SILSA se encuentra bajo el ámbito de FONAFE, lo que de acuerdo al Pronunciamiento N° 467-2013/DSU se encuentra zanjado con la emisión de la Ley N° 29626, lo cierto es que queda clara la posición del OSCE respecto a que no existe limitación alguna para que las empresas estatales participen en los procedimientos de selección convocados por el propio Estado.

Así, se debe señalar que de acuerdo al SEACE solo en el año 2019, SILSA ha suscrito diversos contratos, la mayoría de ellos con el Seguro Social de Salud – ESSALUD, derivados de procedimientos competitivos, referidos a Adjudicaciones Simplificada (AS) y Concursos Públicos (CP), para la prestación de servicios, no solo de limpieza, sino también de digitadores e intermediación laboral de operadoras telefónicas, tal como se observa a continuación:

**Tabla 1**

Procedimientos de selección donde participo la empresa estatal SILSA el año 2019

Procedimiento de selección	Entidad que convoca	Objeto Contractual
AS-SM-23-2019- ESSALUD/GCL-1	ESSALUD	SERVICIO DE ASEO, LIMPIEZA E HIGIENE HOSPITALARIA PARA LA RED ASISTENCIAL MADRE DE DIOS
CP-SM-11-2019- ESSALUD-RPR-1	ESSALUD	SERVICIO DE PERSONAL DIGITADORES Y OPERADORES INFORMATICOS PARA LOS ESTABLECIMIENTOS CON POBLACIÓN ADSCRITA DE LA GERENCIA DE SERVICIO PRESTACIONAL NIVEL I Y II
CP-SM-23-2019- ESSALUD/GCL-1	ESSALUD	CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL DE OPERADORAS TELEFÓNICAS PARA EL CENTRO REGULADOR DE URGENCIAS Y EMERGENCIAS NACIONAL - CRUEN
AS-SM-43-2019- ESSALUD/RALL-1	ESSALUD	CONTRATACION DEL SERVICIO DE DIGITADORES ASISTENCIALES DE LA RALL
CP-SM-28-2019- ESSALUD/GCL-1	ESSALUD	SERVICIO DE ASEO Y LIMPIEZA DE LAS OFICINAS ADMINISTRATIVAS DE LA SEDE CENTRAL.
AS-SM-5-2019-MINAGRI- PSI-2	PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI	CONTRATACION DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA DE LAS OFICINAS E INSTALACIONES DE LA SEDE CENTRAL DEL PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACION

AS-SM-97-2019- ESSALUD/GCL-1	ESSALUD	CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL QUE BRINDE SERVICIOS DE OTORGAMIENTO DE CITAS EN LA SEDE CENTRAL
AS-SM-117-2019- ESSALUD-RPR-1	ESSALUD	CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PERSONAL DE DIGITACION PARA MODULO DE CITAS
CP-SM-56-2019- ESSALUD-RPA-1	ESSALUD	SERVICIO DE DIGITACION PARA LOS CENTROS ASISTENCIALES DE LA GERENCIA DE SERVICIOS PRESTACIONALES DE NIVEL I II DE LA RED PRESTACIONAL ALMENARA

En relación a ello, tal como se explicará más adelante, los contratos suscritos entre el Estado y la empresa estatal SILSA, para que esta última le brinde los servicios de aseo, limpieza e higiene, el servicio de personal digitadores y operadores informáticos, los servicios de operadoras telefónicas y el servicio de otorgamiento de citas en las sedes de Essalud contraviene el Principio de Subsidiariedad, de acuerdo a los criterios y presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional y el INDECOPI, por lo siguiente:

i) Los servicios antes señalados no se constituyen como las actividades económicas permitidas al Estado, que de acuerdo al Tribunal Constitucional son las que permiten garantizar condiciones materiales de igualdad en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido (Pleno Jurisdiccional 00034-2004-PI/TC) y en el caso que se traten de actuaciones únicas y exclusivas del Estado (Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. 0001-2014-PI/TC), actividades que son denominadas por el INDECOPI como “asistenciales” y de “*ius imperium*”, respectivamente.

ii) No existe habilitación legal para que la empresa estatal SILSA provea de esos servicios al Estado, esto es una Ley emitida por el Congreso de la República que autorice esas actividades justificadas en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, debiéndose precisar que esos servicios pueden ser brindados por los particulares ya que al convocarse un procedimiento competitivo es porque existen otros postores que pueden cubrir esa demanda y, además, que la provisión de esas actividades no se sustentan en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que justifica la intervención directa del Estado.

### **3.7.2 En las contrataciones directas cuando se contrate a otra Entidad**

Tal como se señaló anteriormente, el literal a) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley vigente establece que se puede contratar con otra Entidad, evaluando los costos de oportunidad y que no se transgreda el Principio de Subsidiariedad.

Asimismo, dicha disposición es complementada con lo establecido en el literal a) del artículo 100 del Reglamento vigente, donde se limita dicha contratación, solo cuando el proveedor no es empresa del Estado y no realice actividad empresarial habitual, es decir haya suscrito más de dos (2) contratos en el mismo objeto de la contratación en los últimos doce (12) meses.

Al respecto, cabe precisar que lo dispuesto bajo el marco normativo antes señalado, en relación a las contrataciones directas cuando se contraten con otras Entidades, se encuentra totalmente distanciado del Principio de Subsidiariedad, que puede traer graves consecuencias en las contrataciones que realice el Estado.

Así, tal como se señaló anteriormente, cuando del análisis del mercado se determine que no existe postores que puedan cubrir la demanda del requerimiento que necesita el

Estado, entonces se abre la posibilidad que se contrate con otra Entidad, a través de una contratación directa.

Ahora bien, considerando lo expuesto respecto al Principio de Subsidiariedad se permite tanto la contratación de entidades públicas como empresas estatales, sin hacer distinción respecto a su habitualidad en su actividad empresarial, siempre y cuando se encuentren autorizadas por Ley y no exista oferta privada en ese mercado o este sea insuficiente.

En ese sentido, frente a la inexistencia de oferta privada o esta sea insuficiente y cuando exista una autorización por Ley, bajo la normativa de contratación pública, solo se podría contratar a entidades públicas y no empresas del Estado, lo que limita gravemente las posibilidades que el Estado obtenga los bienes, servicios u ejecución de obras que requiere en esos mercados donde el Estado si puede desarrollar actividad empresarial.

### **3.7.3 Convenio de colaboración interadministrativa**

Al respecto, se debe señalar que el OSCE, ha definido a dicho mecanismo como un acuerdo entre entidades para brindar bienes, servicios u obras propias de su función, que se diferencia de los contratos por no perseguir fines de lucro o retribución pecunaria, lo que no significa que las partes no puedan comprometerse a cubrir determinados costos o gastos administrativos que determinen la erogación de fondos públicos, que se enmarcan dentro de las relaciones del Derecho Administrativo (Opiniones N° 022-2018/DTN, N° 001-2018/DTN, N° 097-2017/DTN, N° 049-2017/DTN, 122-2019/DTN).

En relación a ello, se debe precisar que la colaboración entre entidades, se encuentra regulada en los artículos 85, 86 y 87 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, siendo que el numeral 85.2 del artículo 85 describe el criterio que se debe tener en cuenta para dicho fin, el mismo que

se limita a un deber de respeto a la competencia, el proporcionar datos e información, prestar la cooperación y asistencia activa, la facilitación de los medios de prueba y la emisión de informes para el cumplimiento de las funciones de otra entidad.

En ese sentido, a decir de Martín (2011) dicha regulación tiene como objetivo lograr que el aparato estatal actúe bajo los principios de unidad, coherencia y colaboración, por lo cual, más allá de la perspectiva conflictual o de contienda de competencia, describe las distintas formas de colaboración entre entidades, las cuales están referidas a las siguientes:

a) Técnicas orgánicas: Participación de altos funcionarios o órganos de cooperación, para la toma de decisiones conjuntas de cooperación, consulta y colaboración.

b) Técnicas funcionales: Se refieren a la búsqueda de apoyo de una Entidad a otra para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se encuentra el deber general de facilitar información, el deber de asistencia que se entiende para prestar auxilio a otras autoridades, las técnicas de participación en procedimientos conjuntos que suele tener lugar a la solicitud de informes previos para la toma de decisiones, las técnicas de planificación conjunta referidos a la elaboración de un plan estratégico donde se requiere la participación de todas las entidades en conjunto

Por otra parte, de acuerdo a Morón (2017), entre las técnicas que se podrían tener en cuenta respecto a la colaboración administrativa, es la no injerencia en el ejercicio legítimo de las competencias de otras entidades, el intercambio de información para la gestión de sus fines institucionales y la asistencia o auxilio administrativo previsto por el ordenamiento. Esta última podría consistir en aspectos netamente jurídicos como el caso de actuaciones procedimentales (notificaciones, embargos o actuaciones probatorias); así como aspectos técnicos (referidos a destaque o intercambio de

personal, equipos o de medios técnicos o mediante la ejecución de obras o la instalación de servicios para otras autoridades).

Se debe precisar que la colaboración entre entidades está referida a técnicas que se utilizan para dotar de coherencia y unidad a las actividades que desarrolla el Estado, por lo cual, lo que se regula muy especialmente en nuestro marco legal administrativo son las estrategias para tomar acuerdos, coordinar asuntos conjuntos, entregar información o prestar auxilio o asistencia.

En ese sentido, la normativa de contrataciones públicas estaría permitiendo que una Entidad provea de bienes, servicios o ejecute obras a favor de otra Entidad, bajo la figura de la colaboración entre entidades, sin considerar que dicha situación ni siquiera está relacionada con la búsqueda de coherencia y unidad que es la razón por la cual en el ámbito administrativo se estableció dicho mecanismo.

Y es que, en realidad, lo que está permitiendo la normativa de contratación pública, es lo que se ha discutido en Europa por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, muy especialmente en España, respecto a la existencia de convenios de colaboración que tienen naturaleza contractual, ya que son acuerdos de voluntades de carácter bilateral que generan una prestación a cambio de una contraprestación.

En efecto, a continuación se citaran dos Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que si bien es cierto no son vinculantes para el Perú también es cierto que representan un valioso aporte doctrinario para entender la naturaleza de los convenios de colaboración interadministrativa, a través del pronunciamiento de la última y suprema instancia jurisdiccional en el ámbito comunitario relacionado a la contratación pública, cuya jurisprudencia, a decir de Moreno (s.f.), en más de 50 años de la creación de la Unión Europea, dotan de unidad a todo el sistema administrativo comunitario, lográndose una normativa que ha llegado más lejos y con mayor intensidad en sus estados miembros.

Así, en primer lugar, se debe precisar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante el TJUE, descarta de manera categórica y expresa el criterio del OSCE respecto a la diferencia entre contrato y convenio de colaboración, ya que en la Sentencia del 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università de Salento y en la Sentencia del 23 de diciembre de 2009, Consorcio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) señala que un convenio de colaboración entre entidades no pierde la condición de relación contractual por no tener un carácter oneroso o no sea lucrativo o la contraprestación se limite al reembolso de gastos.

Se debe señalar que para el caso de la normativa española, Vilalta- Reixach a través de las resoluciones del TJUE antes señaladas, descarta que el fin de lucro o el carácter oneroso son los presupuestos para diferenciar los contratos de un convenio de colaboración, siendo que la asistencia activa entre entidades, como para la provisión de bienes, servicios o la ejecución de obras, siempre va a conllevar que una de las partes asuma un sacrificio patrimonial propio, que se explica y justifica en atención a la contraprestación que reciba de la otra parte, lo que se encuentra permitido por la legislación española ya que “no existe en el ordenamiento jurídico español un principio general de subsidiariedad que obligue a la Administración Pública remitir al mercado o a los particulares el desarrollo de cualquier actividad con trascendencia económica” (2016, p.111), por lo cual, no debería verificarse la formalización de un intercambio de prestaciones patrimoniales sino el cumplimiento de una misión común de servicio público para emprender una solución conjunta.

Nótese que, a diferencia de lo señalado por la doctrina española, en nuestro ordenamiento si existe el Principio de Subsidiariedad y que ha sido desarrollado *in extenso* en la primera sección de la presente investigación, por lo cual, la normativa de contratación pública al incorporar la prestación de bienes, servicios y ejecución de obras, como parte del objeto que pueden tener los convenios de colaboración interadministrativa, lo que está permitiendo es que las entidades realicen actividad empresarial, ya que al margen de que se persiga fines de lucro o no, esa actividades

pueden ser desarrolladas por privados donde no es necesaria la intervención del Estado, tal como se puede advertir en el siguiente caso:

### **SERVICIOS INDUSTRIALES DE LA MARINA S.A. SIMA PERÚ SAC**

A través del Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional del 26 de noviembre del 2012, se estipularon las siguientes obligaciones:

i) SIMA PERÚ S.A. elaborará el Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del servicio de acceso sobre el río Silaco en la trocha carrozable La Ramada – Chimban, Distrito de Chimban-Chota- Cajamarca”, para la construcción del Puente Silaco así como la posterior fabricación, transporte, montaje y lanzamiento de las estructuras metálicas del Puente Silacom, incluyendo la ejecución de las obras civiles de los estribos, losas de aproximación, losa para vía de rodadura y obras de mitigación de impacto ambiental de un puente de vigas de alma llena de 50.00 metros de longitud, simple vía de rodadura y carga HL-93.

ii) Por la elaboración del expediente técnico el Gobierno Regional de Cajamarca abonará a SIMA PERU S.A. la suma de Quinientos veinte mil seiscientos sesenta y tres y 20/100 Nuevos Soles (S/. 520, 663.20 nuevos soles) y para la fabricación, transporte, montaje y lanzamiento de las estructuras metálicas del Puente Silaco, incluyendo la ejecución de obras civiles de estribos, losas de aproximación, losa para vía de rodadura y obras de mitigación ambiental, el monto es el que deriva del Expediente Técnico

En relación a ello, como se señaló anteriormente, a través del Informe N° 040-2001/GEE del 20 de agosto de 2001, INDECOPI analizó las actividades que estaban autorizadas a SIMA PERU S.A. de acuerdo a lo establecido en su ley de creación, esto es la Ley 27073.

En base a ello, INDECOPI determinó que las actividades autorizadas por ley expresa, están referidas prioritariamente a servicios para la Marina de Guerra, respecto a su equipamiento y embarcaciones, y servicios de metalmecánica, obras complementarias conexas cuando son exigidos para la seguridad nacional; asimismo, respecto a sus actividades no prioritarias, están referidas a los servicios propios de la construcción y reparación naval y la investigación y desarrollo tecnológico para el cumplimiento de su finalidad.

Asimismo, el INDECOPI concluyó que SIMA PERU S.A. no se encuentra autorizada por ley a realizar obras civiles (como el caso de puentes modulares que no se encuentren relacionados con elementos de seguridad nacional) ni otros servicios (como el caso de elaboración de estudios técnicos o la preparación de anteproyectos)

Nótese que, de acuerdo al referido Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional del 26 de noviembre del 2012, SIMA PERU S.A. se compromete a realizar actividades empresariales que escapen de las que se encuentran autorizadas por ley, esto es para la elaboración del expediente técnico para la construcción de las estructuras metálicas para el Puente Silaco, así como la ejecución de obras civiles que no se encuentran relacionados con la seguridad nacional.

Además, se puede verificar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, que en años cercanos a la suscripción de dicho Convenio, se encargó a proveedores del sector privado la ejecución, bajo similar objeto y cuantía contractual, es decir la elaboración de expediente técnicos para la construcción de puentes, en el mismo departamento de Cajamarca, tal como se puede advertir a continuación:

- i) Concurso Público N° 0020-2011-MTC/20 cuyo objeto fue la elaboración de Estudio Definitivo o Expediente Técnico para la “Construcción del Puente El Tingo y Accesos” ubicado en el Departamento de Cajamarca, por el monto de S/ 591, 562.73 (Quinientos noventa y un mil quinientos sesenta y dos con 73/100 Soles), el mismo que fue adjudicado a favor del Consorcio

LAGESA – INGENIERIA 63 integrado por las empresas LAGESA INGENIEROS CONSULTORES S.A. y PROYECTOS DE INGENIERIA 63 S.L.SUCURSAL PERÚ por el monto ascendente a S/ 532, 406.73 (Quinientos treinta y dos mil cuatrocientos seis con 73/100 Soles)

ii) Concurso Público N° 0023-2009-MTC/20 cuyo objeto fue la elaboración de Estudio Definitivo y estudio de preinversión a nivel de factibilidad para la construcción del puente Ciruelo y acceso, ubicado en el Departamento de Cajamarca, por el monto de S/ 615, 000.00 (Seiscientos quince mil con 00/100 Soles), el mismo que fue adjudicado a favor del Consorcio MOVISCA INGENIEROS CONSULTORES integrado por AGUA Y AGRO ASESORES ASOCIADOS SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, SANCHEZ MOYA VICTOR y MUROY MUROY OSCAR por el monto ascendente a S/ 510, 000.00 (Quinientos diez mil con 00/100 Soles)



## CAPÍTULO IV

### CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

#### 4.1 **El mercado de bienes y servicios que requiere el Estado**

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en sus diversas sentencias que han sido analizadas en la presente investigación, como el que corresponde al EXP. 0001-2014-PI/TC, la provisión de bienes y servicios, entendido como la producción e intercambio en el mercado para obtener ganancia o beneficio lucrativo, forma parte de lo que se denomina la iniciativa económica y que corresponde exclusivamente a los particulares, a menos que, de manera excepcional, tenga que intervenir el Estado por la inexistencia o insuficiencia de la oferta privada, esto es de manera subsidiaria.

En ese sentido, cuando el Estado requiere de bienes y servicios para el cumplimiento de su finalidad (demanda), la oferta que existe para proveer esa necesidad, es la que se encuentra en el mercado, que no se diferencia en tanto producción e intercambio de los que se proveen en un mercado donde no interviene el Estado.

Cabe precisar que el Estado para elegir al encargado de proveer los bienes y servicios que requiere, debe indagar en el mercado para determinar si existe competencia y la oferta suficiente que cubra esa demanda, ello con la finalidad de poder realizar algún procedimiento competitivo que corresponda, ya que, de lo contrario, el Estado puede optar por realizar alguna contratación directa que, entre otros casos, se utilizan cuando no existe competencia en el mercado.

Nótese que, así la demanda provenga del Estado o de los particulares, la provisión de bienes y servicios, esto es la oferta que se encargará de atender esa demanda, no se diferencia en nada, solo que se utilizarán diferentes mecanismos para elegir al proveedor, lo que es lógico, considerando que el particular utiliza su propio dinero mientras que el Estado recursos públicos.

En efecto, el Estado cuando requiere de bienes y servicios actúa como un agente más del mercado, siendo que, tal como el Tribunal Constitucional señala, para proveerse de lo

necesario para cumplir su función el Estado maneja recursos públicos; por lo cual, para obtener bienes, servicios o la ejecución de obras, debe establecerse una norma que permita garantizar el resguardo de dichos recursos, a través de la competencia y transparencia en la elección del contratista (STC N° 020-2003-AI/TC).

Y ello, queda debidamente graficado por Bullard & Chávez, al señalar que la única diferencia entre un consumidor cualquiera y el Estado, es que cuando decide comprar o contratar algo, para obtener la mejor opción, esto es calidad y precio, el primero utiliza la libre negociación mientras que el segundo un procedimiento de selección (2008).

Asimismo, Huapaya denomina a dicho intercambio de bienes y servicios como el régimen de mercado o compras públicas, donde el Estado es el “cliente de los empresarios particulares”, el mismo que es elegido en un procedimiento competitivo, sometiéndose a las disposiciones que allí se establecen, con la finalidad que se utilice de manera eficiente los recursos públicos (2013).

En ese sentido, si la oferta que cubre la demanda del Estado para la provisión de bienes y servicios, proviene de los particulares, entonces, en principio, las empresas estatales o entidades públicas no deberían intervenir en ese mercado de las compras públicas, a menos que sea de manera subsidiaria y con todos los presupuestos constitucionales antes analizados para la realización de dicha actividad.

Por lo tanto, así se traten de procedimientos competitivos o lo que la normativa de contratación pública los denomina “convenios de colaboración interinstitucionales”, la provisión de bienes y servicios que demanda el Estado para satisfacer esas necesidades deben ser provistos por el sector privado, lo contrario, es decir que esa oferta sea cubierta por entidades públicas o empresas estatales sin que se respete los presupuestos del Principio de Subsidiariedad, trae como consecuencia la configuración del supuesto de competencia desleal por violación de normas, establecido en el Decreto Legislativo N° 1044.

Y es que, dicha situación, permite que se concrete los perjuicios que se intentó evitar con la limitación del Estado en la intervención de actividades empresariales, es decir que:

i) Trae el riesgo de desaparecer la competencia pues se desincentiva la participación de los privados al tener que concurrir en esos mercados con entidades públicas y empresas estatales que siempre van a contar con ventajas competitivas, como el caso de que su patrimonio y los recursos necesario para realizar esas actividades provienen de recursos públicos, así como la infraestructura, el equipamiento estratégico, etc.

ii) El Estado desvía los recursos públicos para realizar esas actividades que pueden ser atendidas por los particulares, en vez de utilizar esos recursos para lo que está obligado el Estado constitucionalmente, como la salud, la seguridad, etc.

En ese sentido, de los casos antes señalados, ESSALUD, el Programa Subsectorial de Irrigaciones y el Gobierno Regional de Cajamarca, requirieron la prestación de diversos servicios como la contratación de aseo y limpieza, personal digitadores y operadores informáticos, intermediación laboral de operadoras telefónicas, servicio de digitadores y la elaboración de estudios definitivos (es decir demanda en el mercado de las contrataciones públicas), que han sido cubiertas por las empresas estatales SILSA S.A. y SIMA PERU S.A.C, asumiendo ese rol de gestión de los medios de producción de servicios, utilizando los mecanismos de la contratación pública.

#### 4.2 **La actividad empresarial en la provisión de bienes y servicios**

Ahora bien, al haberse determinado que el requerimiento que realiza el Estado para bienes y servicios, se constituye como demanda en el mercado de la contratación pública, corresponde analizar si de los casos señalados, la oferta que ha sido cubierta por el propio Estado, se configura como actividad empresarial.

En relación a ello, en la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. 0001-2014-PI/TC, al interpretar el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, afirma que lo que se prohíbe al Estado es que oferte bienes y servicios en concurrencia con los particulares. Asimismo, de lo señalado por Landa (2019) de acuerdo al texto constitucional y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, les son permitidas al Estado las actividades referidas a la prestación de servicios públicos, recursos naturales e infraestructura, lo que le denomina un grado de intervención leve, siendo actividad empresarial prohibida (grado de intervención intensa) la provisión de bienes y servicios por parte del Estado, salvo cuando no exista oferta privada.

Aunado a ello, tal como se señaló anteriormente, de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se determina que entre otras de las actividades permitidas y que habilitan al Estado a realizar actividades económicas, son aquellas que garantizan las condiciones materiales de igualdad, en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido (Pleno Jurisdiccional 00034-2004-PI/TC) y en el caso que se traten de actuaciones únicas y exclusivas del Estado (Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. 0001-2014-PI/TC).

Cabe precisar que dicho criterio ha sido plasmado por el INDECOPI, en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, al señalar que además de las actividades permitidas (servicios públicos, recursos naturales e infraestructura) así como las prohibidas (provisión de bienes y servicios en concurrencia con los privados) el Estado no realiza actividad empresarial cuando se tratan de actos “*ius imperium*” (Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. 0001-2014-PI/TC) y actividades asistenciales (Pleno Jurisdiccional 00034-2004-PI/TC).

Así, existen opiniones coincidentes respecto a lo que se entiende por actos “*ius imperium*” (que son aquellos que son de titularidad exclusividad del Estado como el otorgamiento de concesiones, permisos, licencias o la función legislativa, administración de justicia, etc.) y las actividades asistenciales que están orientadas a equilibrar diferencias sociales particularmente a las personas de más bajo recursos.

Además, en este punto cabe hacer mención lo señalado por Luyo & Bazán (2017) quienes al realizar una comparación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, consideran que, además de los actos “*ius imperium*” y las actividades asistenciales, existe una tercera actividad del Estado que se considera fuera de la actividad empresarial, referido a los deberes generales que no son exclusivas de este, pero que se encuentra obligado a brindarlo por disposición constitucional, como el caso de los servicios educativos; sin embargo, si se determina que el Estado lo brinda para posicionarse en el mercado (efecto concurrencial), como en el caso que se cobre una tarifa diferenciada para el tipo de servicios al que el usuario busca acceder, se concluye que dicha actividad es empresarial.

Considerando lo señalado anteriormente, se puede concluir que son actividades empresariales la prestación de los servicios de aseo y limpieza, intermediación laboral de operadoras telefónicas, digitadores asistenciales y elaboración de estudios definitivos, requeridos por el Estado y que han sido cubiertas por las empresas estatales SILSA y SIMA PERU SAC, por lo siguiente:

i) El objeto contractual de la demanda del Estado que fue cubierto por las empresas estatales SILSA y SIMA PERU SAC, son la producción y desarrollo de servicios que no se constituyen como titularidad exclusiva del Estado (*ius imperium*), pues, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, en principio esas actividades corresponden ser realizados por los particulares (EXP. 0001-2014-PI/TC).

ii) La prestación de esos servicios no son deberes generales del Estado, ya que no se ha establecido constitucionalmente la obligación que el Estado se provea así mismo los bienes y servicios que requiera para el cumplimiento de sus fines, por el contrario, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, establece que para ello es necesario realizar el procedimiento competitivo correspondiente, con la finalidad que los particulares cubran esa demanda, ofreciendo los bienes y servicios en las mejores condiciones técnicas y económicas.

iii) La prestación de esos servicios no se constituye como actividades asistenciales, ya que no está relacionado con la búsqueda de equilibrio social de las personas que tengan menores recursos.

#### 4.3 **La provisión de bienes y servicios sin la habilitación legal**

Se debe precisar que el Tribunal Constitucional establece como uno de los presupuestos más importantes para que el Estado desarrolle actividad empresarial, para la provisión de bienes y servicios, la habilitación expresa referida a una Ley emitida por el Congreso de la República que autorice esa actividad justificada en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (STC 0001-2014-PI/TC f.16).

Ahora bien, de acuerdo al análisis antes realizado, el Estado utilizó los mecanismos de contratación pública, esto son, los procesos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa, para que entidades públicas y empresas estatales, sin habilitación legal, realicen actividad empresarial, a través de la prestación de diversos servicios, como el de aseo y limpieza, intermediación laboral de operadoras telefónicas, digitadores asistenciales y elaboración de estudios definitivos.

Se debe precisar que lo señalado anteriormente se produjo porque en la normativa de contratación pública, no existe disposición alguna que resguarde el Principio de Subsidiariedad respecto a los bienes y servicios que proveen las entidades públicas o empresas estatales, a través de la utilización de esos mecanismos.

En relación a lo señalado anteriormente, no podría inferirse que la habilitación legal se genera por el hecho que la normativa de contratación pública establece que a través de los convenios de colaboración el Estado puede proveerse a sí mismo de bienes, servicios u obras o, para el caso de los procedimientos competitivos, no se establezcan ninguna limitación para que las empresas estatales compitan con los privados.

Y es que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993 y su respectiva interpretación por parte del Tribunal Constitucional, la autorización de la actividad empresarial a través de una Ley emitida por el Congreso de la República se justifica en razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, lo que refuerza el criterio del INDECOPI en relación a que dicha autorización debe ser interpretada de manera restrictiva, considerándose únicamente las que de manera expresa se contemplan en la ley, no permitiéndose una interpretación amplia o por aplicación analógica, puesto que no se ajustaría a la decisión del Congreso de la República de que esa autorización se base sólo en alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En ese sentido, resulta fuera de toda lógica que por lo señalado por la normativa de contratación pública, se permita que el Estado realice actividades empresariales a través de los convenios de colaboración y los procedimientos competitivos, ya que al no establecerse de manera expresa cuáles son las actividades empresariales a las que se encuentra autorizado, traería como consecuencia que el Estado sin limitación alguna pueda ofertar cualquier tipo de bienes y servicios, sin considerarse el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Y ello, es lo que justamente ocurrió en los casos reseñados en la presente investigación, pues, a pesar que no existe ninguna autorización legal para que el Estado realice actividad empresarial prestando los servicios de aseo y limpieza, intermediación laboral de operadoras telefónicas, digitadores asistenciales y la elaboración de estudios definitivos, que tampoco se consideran de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, ellos han sido prestados por SILSA y SIMA PERU SAC, utilizando para ello los mecanismos ya señalados que se encuentran contenidos en la normativa de contratación pública.

#### **4.4 La provisión de bienes y servicios concurrendo con los privados**

Finalmente, se puede señalar que, bajo los mecanismos de contratación pública, estos son los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa,

se permite al Estado intervenir en el mercado como proveedor de bienes y servicios concurriendo directamente con privados.

Así, tal como se señaló anteriormente, los procedimientos de selección se convocan cuando existe pluralidad de postores y marcas en el mercado, es decir existe competencia, por lo cual, para que la empresa estatal SILSA haya sido adjudicada en los diversos procedimientos de selección que se convocó el 2019, ha competido con otros privados en ese mercado.

En efecto, incluso cabe precisar que la posición institucional del OSCE, que permiten a las empresas estatales participen en procedimientos competitivos, se emitieron a consecuencia de los cuestionamientos realizados por el sector privado, al advertirse la participación de esas empresas estatales en actividades empresariales, esto es, para proveer los bienes y servicios que requiere el Estado.

Por otro lado, bajo lo que la normativa de contratación pública denomina convenios de colaboración interadministrativa, se permite sin limitación alguna la actividad empresarial del Estado, ya que, además que no se requiere la autorización legal para desarrollar dichas actividades, tampoco se establece algún mecanismo que permita verificar si existe oferta privada y suficiente en el mercado que permita atender la demanda de la provisión de bienes y servicios requeridos por el Estado a través de dichos convenios.

Y es que, tal como se señaló anteriormente, en relación a los convenios de colaboración suscritos entre el Estado y la empresa estatal SIMA PERÚ S.A., se ha podido verificar de la información obtenida en el SEACE que existía oferta privada que podía cubrir esa demanda, es decir que dicha empresa estatal concurre con los privados, en la provisión de esos bienes y servicios requeridos por el Estado.

En ese sentido, queda claro entonces que, a través de los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración entre Entidades, establecidos por la normativa de contratación pública, se permite al Estado realizar actividad empresarial para la provisión

de bienes y servicios, a pesar de la existencia de oferta privada, lo que transgrede flagrantemente el Principio de Subsidiariedad.

## **4.5 Legitimando las contratación pública**

### **4.5.1 La posición institucional del OSCE**

Cabe precisar que el OSCE, antes denominado por la Ley N° 26850 como el Consejo Superior de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), ha tenido un rol protagónico respecto a la aplicación de la normativa de contratación pública por parte del Estado y sus proveedores.

Así, bajo la Ley vigente y las que la antecedieron, al OSCE se le ha dotado de mecanismos que permite que la posición adoptada por sus diversas áreas respecto a las funciones en las que son competentes, incidan en el sentido y alcance de la normativa de contratación pública.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación, se ha podido verificar que, a través de la posición adoptada por el OSCE en sus diversas áreas competentes, se permite que el Estado se provea de bienes y servicios, contratando a otras entidades públicas y empresas estatales, tal como se señala a continuación:

- Para los procedimientos competitivos: Opinión N° 027-2009/DTN (Dirección Técnica Normativa), Pronunciamiento N° 118-2002-GTN (Gerencia Técnica Normativa), Pronunciamiento N° 467-2013/DSU de la Dirección de Supervisión, así como el Tribunal de Contrataciones del Estado a través de sus resoluciones N° 2001/2001.TC-S2, N° 004/2002.TC-S1, N° 679/2002.TC-S1, 2640-2008-TC-S1.

- En los convenios de colaboración interadministrativas: Opiniones N° 022-2018/DTN, N° 001-2018/DTN, N° 097-2017/DTN, N° 049-2017/DTN, 122-2019/DTN emitidas por la Dirección Técnico Normativa.

No obstante, tal como se demostró anteriormente, el Estado al utilizar los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa para que otras entidades públicas y empresas estatales le provean de bienes y servicios, se está transgrediendo el Principio de Subsidiariedad, ya que no se respeta ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Entonces, la posición institucional que adoptó y mantiene el OSCE, facilita que se lesione el Principio de Subsidiariedad, lo que es particularmente grave, ya que, el Estado seguirá contratando con otras entidades públicas y empresas estatales, para proveerse de bienes y servicios, sustentado esas actuaciones bajo el alcance y el sentido de lo que señala el OSCE.

Por lo tanto, para que no se continúe transgrediendo el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, se considera como un factor clave que las áreas competentes del OSCE reevalúen su posición respecto a la intervención de las empresas estatales y entidades públicas en la provisión de bienes y servicios, a través de los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa establecidos en la normativa de contratación pública.

### **3.5.2 Denuncias por competencia desleal cometido por el Estado**

Tal como se señaló anteriormente, cuando el Estado utiliza los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa para que empresas estatales y entidades públicas le provean de bienes y servicios, se encuentra transgrediendo el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Y ello, se ve claramente verificado con la aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI respecto a los presupuestos a través de los cuales se evalúa si el Estado se encuentra realizando competencia desleal, por la violación del artículo 60 de la Constitución Política, de acuerdo al numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044.

En efecto, un primer nivel de análisis que requiere dicho precedente es verificar que el Estado se encuentre realizando actividad empresarial, lo que ha quedado debidamente acreditado en los casos expuestos de la presente investigación, al verificarse que las empresas estatales SILSA y SIMA PERU SAC brindaron los servicios de aseo y limpieza, intermediación laboral de operadoras telefónicas, digitadores asistenciales y elaboración de estudios definitivos, que no se constituyen como actos “*ius imperium*”, actividades asistenciales o como deberes generales del Estado, sino simplemente que el Estado asumió el rol de gestión de medios de producción de servicios, realizando actividad empresarial.

Un segundo nivel de análisis, que está referido a si esa actividad empresarial realizada por el Estado se encuentra autorizada de manera expresa e inequívoca por una Ley emitida por el Congreso de la República, supuesto que al no cumplirse, determina de manera indefectible que dicha actividad vulnera el Principio de Subsidiariedad y, por lo tanto, el Estado se encuentra generando competencia desleal, lo que sucedió en el presente caso, al advertirse que las empresas estatales SILSA S.A. y SIMA PERÚ S.A.C. no contaban con la habilitación legal para que provean los servicios requeridos mediante los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa, respectivamente.

En ese sentido, para hacer frente a la utilización de los convenios de colaboración interadministrativas y los procedimientos competitivos, para que las empresas estatales o entidades públicas provean de bienes y servicios que requiere el Estado, es necesario que las personas naturales o jurídicas que puedan verse afectadas por dicha situación, realicen las denuncias correspondientes ante el INDECOPI, ya que el Estado estaría incurriendo en el supuesto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, contenido en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044.

### 4.5.3 Modificación de la normativa de contratación pública

A la luz de lo expuesto en el presente trabajo, al verificarse que la regulación de los mecanismos de contratación pública, referidos a los convenios de colaboración interadministrativa y los procedimientos competitivos, trae como consecuencia la participación de las entidades públicas y empresas estatales, para la provisión de bienes y servicios al Estado, esto es, permitir actividades empresariales al Estado, transgrediéndose el Principio de Subsidiariedad, esbozamos las siguientes propuestas de reforma legislativa:

i) Tal como se ha señalado anteriormente, los convenios de colaboración interadministrativa de acuerdo al alcance que le otorga la normativa de contratación pública, permite que el Estado contrate con una entidad pública o empresa estatal para que le provea de bienes, servicios u obras, sin limitación alguna y sin que se verifique los presupuestos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

En ese sentido, consideramos que dichos convenios no deberían de tener el alcance que le da la normativa de contratación pública, sino que su inclusión en otro marco legal debería de respetar su naturaleza y la finalidad por lo que han sido regulados en los artículos 85, 86 y 87 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS - Ley del Procedimiento Administrativo General, esto es, para que las entidades públicas y empresas estatales se proporcionen datos e información, así como para que se presten cooperación y asistencia activa, la facilitación de medios de prueba y la emisión de informes para el cumplimiento de las funciones correspondientes.

Por lo cual, se propone la siguiente modificación legislativa:

(...)

## **Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE**

5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

(...)

c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, **de acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo General.**

(...)

ii) En el presente trabajo se advirtió que en la normativa de contratación pública se ha establecido un supuesto de contratación directa para que solo las entidades públicas contraten con el Estado para la provisión de bienes, servicios o ejecución de obras, siempre que no tengan actividad empresarial habitual, referido a que en un lapso de 12 meses no haya contratado más de dos veces por el mismo objeto, y que no se contravenga con el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

En relación a ello, se debe precisar que, si existen actividades empresariales que debe desarrollar el Estado cumpliéndose con los presupuestos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, entonces, no tendría sentido que se limite esas actividades solo a la entidad pública y no a la empresa estatal y, menos aún, restringir esa participación por tener actividad empresarial habitual.

En efecto, si el Estado desarrolla actividad empresarial cumpliendo con los presupuestos del Principio de Subsidiariedad, ello no se restringe a que sea solo una entidad pública o empresa estatal la que desarrolle esa actividad, ya que ello deberá ser determinado por la Ley autoritativa que emita el Congreso de la República, dependiendo de las competencias, funciones y finalidad de la entidad pública o empresa estatal.

Asimismo, la actividad empresarial habitual tampoco debería ser una limitante para que entidades públicas y empresas estatales puedan atender la demanda del

Estado cuando se cumple con el Principio de Subsidiariedad, puesto que si desarrolla actividad empresarial es justamente porque no existe oferta del sector privado que atienda esa demanda, lo que puede durar bastante tiempo, dependiendo de que, en un periodo determinado, existan empresas privadas que deseen participar en ese mercado.

En ese sentido, en la normativa de contratación pública solo debe existir la posibilidad que el Estado contrate con una empresa estatal o entidad pública, bajo ese supuesto de contratación directa, por lo cual, se propone la siguiente modificación legislativa:

Se debe derogar lo establecido en el literal a) del artículo 100 del Reglamento, que hace referencia a que solo se podría contratar a las entidades públicas y que estas no tengan actividad empresarial habitual.

Asimismo, el literal a) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley debería ser redactado de la siguiente manera:

(...)

#### **Artículo 27. Contrataciones Directas**

27.1 Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate con otra Entidad, siempre que no se contravenga el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

(...)

## CONCLUSIONES FINALES

De un balance general respecto a la libertad que otorgó la Constitución Política de 1979 para que el Estado desarrolle casi sin límites actividades empresariales, se advirtió que trajo consecuencias negativas en la económica del país, así, además de las deudas que generaban las empresas estatales para que continúen realizando sus actividades en un mercado determinado, se desincentivaba y desaparecían la competencia, pues las empresas estatales siempre tienen ventajas frente al sector privado y, además, se desviaban los recursos públicos para actividades que podían desarrollar los privados dejando de lado o descuidando las que eran propias del Estado para alcanzar un mayor bienestar a la población.

Bajo esa premisa, la Constitución Política del Perú de 1993 incluyó en su artículo 60 el Principio de Subsidiariedad, para limitar la actividad empresarial por parte del Estado, que no debe entenderse como la imposibilidad de realizar actividades económicas, ya que, tal como lo interpreta el Tribunal Constitucional respecto al rol del Estado en una economía social de mercado establecido en el artículo 58 de la Carta Magna, es su actuación directa en actividades económicas como garante en la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, así como en los actos “*ius imperium*” (de titularidad del Estado), los que garantizan las condiciones materiales de igualdad (actividades asistenciales) y sus deberes generales (deportes, educación, etc.).

El inicio del desarrollo legal del Principio de Subsidiariedad se dio con la emisión de la Ley N° 27170 que creó el FONAFE y el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM que desarrolló los conceptos y presupuestos para evaluar las actividades que realizan las empresas estatales, y que fue utilizado por el INDECOPI para elaborar una metodología que utilizó en los informes que emitió para evaluar si las empresas adscritas al FONAFE desarrollaban actividad empresarial y si estas eran subsidiarias.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, se concretó los efectos jurídicos por la transgresión, por parte del Estado, del Principio de Subsidiariedad, considerándose como uno de los supuestos de competencia desleal por contravención al artículo 60 de la Constitución Política de 1993, por lo cual, a través del Precedente de Observancia

Obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, el cual considera conceptos y presupuestos esbozados por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, se perfeccionó la metodología utilizada para evaluar las actividades de las empresas estatales de acuerdo al Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, para que también sean aplicadas a las actividades económicas que desarrollan las entidades públicas y no solo a las empresas estatales.

Ahora bien, tal como lo apuntó el Tribunal Constitucional, de nada sirve que nuestra actual Constitución Política, adopte como los presupuestos fundamentales de su política económica y de bienestar social (trabajo, empleo e igualdad material), el mercado libre (iniciativa privada y libre competencia) y la intervención subsidiaria del Estado en actividad empresariales, si el legislador en lugar de emitir normas que concreten esos presupuestos, lo que hace es legislar de manera arbitra y sin adecuación objetiva, dejando sin contenido esos mandatos constitucionales.

Y eso, es lo que justamente sucedió con el Principio de Subsidiariedad y la normativa de contratación pública, toda vez que, tal como se verificó a lo largo del presente trabajo de investigación, el Estado utiliza los mecanismos que contienen esa norma, es decir los procesos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa, para que entidades públicas y empresas estatales, le provean de bienes y servicios, sin limitación alguna.

En efecto, bajo el sustento que no existe restricción alguna en la normativa de contratación pública, la posición institucional del OSCE contenido en los diversos documentos emitidos por su áreas competentes, es que las empresas estatales participen en los procedimientos competitivos convocados por el Estado para proveerle todo tipo de bienes y servicios, sin considerar que ello se constituye como actividades empresariales, que estarían realizando las empresas estatales sin considerar los presupuestos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

Asimismo, a través de los convenios de colaboración interadministrativa, se permite tanto a las entidades públicas como empresas estatales, proveer al Estado servicios, bienes y ejecutar obras, esto es, desarrollando actividad empresarial y sin carácter subsidiario, sin respetar los presupuestos establecidos para el Principio de Subsidiariedad.

Dicha situación, transgrede flagrantemente el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, puesto que el Estado, a través de sus entidades públicas y empresas estatales, se encuentra desarrollando actividad empresarial, para la provisión de bienes y servicios, a pesar que no existe habilitación para ello mediante una Ley emitida por el Congreso de la República; asimismo, se verificó que dichas actividades no se desarrollan respondiendo a un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional y concurren con los privados para atender esa demanda requerida por el Estado.

En ese sentido, es necesario que todos los actores que se desenvuelvan en el mercado de las contrataciones públicas, realicen las actuaciones que le correspondan para que el Estado no continúe realizando actividad empresarial al contratar a sus entidades públicas y empresas estatales para que le provean de bienes y servicios.

Así, el Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado – OSCE, a través de sus áreas competentes, al momento de adoptar alguna posición respecto a lo que está permitido o prohibido al Estado, debe interpretar la normativa de contratación pública de acuerdo a lo que dispone el artículo 60 de la Constitución Política; el sector privado perjudicado por la utilización del Estado de los procedimientos competitivos y los convenios de colaboración interadministrativa para que entidades públicas y empresas estatales le provean de bienes y servicios, deben realizar sus denuncias correspondientes ante el INDECOPI y, finalmente, el legislador debe corregir el alcance de los mecanismos contenidos en la normativa de contratación pública para que el Estado no continúe realizando actividad empresarial sin respetar los presupuestos del Principios de Subsidiariedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Falla, A. (2013). ¡Zapatero a tus zapatos! De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad [https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2011/12/2003af\\_zapatero.pdf](https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2011/12/2003af_zapatero.pdf)
- Ariño Ortiz, G. (2007). Modelo de Estado y Sector Público Empresarial. *Revista de Derecho Administrativo*, (3), 13-28
- Ariño Ortiz, G., & De La Cuétara, J.M. (2008). “La convicción de que la empresa pública no es la solución se irá extendiendo; Entrevista a Gaspar Ariño y Juan Miguel de la Cuétara Martínez. *THEMIS Revista de Derecho*, (56), 335-339
- Landa Arroyo, C. (2019). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Política del Perú. *Revista de Derecho Forseti*, (6), 146-158
- Baca Oneto, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, 24 (48), 270-297
- Bullard González, A. (2011). El Otro Pollo La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 2 (10), 199-209
- Bullard González, A., & Chávez Verástegui Chirstian (2008). La carreta delante de los bueyes: El olvido de la competencia en los procesos de selección. *Themis Revista de Derecho*, (56), 259-273
- Buleje Diaz, C. (2012). La actividad empresarial (lo que no se ve). *THEMIS Revista de Derecho*, (61), 167-186
- Calderon Lopez, A. (2011). Estado versus Estado: las exenciones a la aplicación de la ley de Libre Competencia. *REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 1 (10), 137-168
- Cassagne, J.C. (2009). *El Contrato Administrativo*. 3a ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Céspedes Zavaleta, A. (2008). Conjeturas sobre algunos aspectos generales del funcionamiento y la regulación de las empresas públicas peruanas.
- Cruces Burga, A. (2021). *Economía Social de Mercado y Principio de Subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Lima Palestra.
- Danos Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 9-44
- Diaz, E. (1998). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid. España. Grupo Santillana de Ediciones S.A.

- Diez Canseco Núñez, L.J., & Buleje Días, C. (2011). Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1 - INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, 2 (10), 221-235
- Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. 1era ed. Peruana. Lima. Gaceta Jurídica
- Ehlers, D. (1999). Actividad económica lucrativa del sector público. *THEMIS*, (39), 33-37
- Elgueta, D. (2009). El concepto de Estado social y democrático de derecho en el Tribunal Constitucional. *Revista de Economía y Derecho*, 6 (22), 105-116)
- Espinoza-Saldaña Barrera, E. (2014). Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el INDECOPI en el Perú. *En PRECEDENTES Y NORMATIVA DEL INDECOPI EN PROPIEDAD INTELECTUAL Compendio de normas legales de propiedad intelectual INDECOPI, Lima, 2014. Serie Compendios Normativos. N° 1* (pp. 23-37).
- Galván Pareja, G. (2016). La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario. *Pensamiento Crítico* 2 (21), 83-103
- Guzman Napurí, C. (2004). Algunos comentarios respecto de los principios generales del régimen económico consagrado por la Constitución Peruana de 1993. *Foro Jurídico* (3), 115-127
- Guzman Napurí, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 204-216
- Huapaya Nava, M., & Terrazos Poves, J. R. (2008). Principio de Subsidiariedad: Consideraciones respecto a la aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N 1044 en materia de Actividad Empresarial del Estado. *Derecho & Sociedad*, (31), 277-284
- Huapaya Tapia, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *IUS ET VERITAS*, 23(46), 284-329
- Kresalja Roselló, B. (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *THEMIS Revista De Derecho*, (39), 39-98
- Kresalja Rosello, B. (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las constituciones de 1979 y 1993. *IUS ET VERITAS*, 11(22), 272-306.
- Kresalja Rosello, B. (2015). ¿ESTADO O MERCADO? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana. Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Luyo Castañeda, M., & Bazán Vázquez, V. H. (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. *Derecho & Sociedad*, (49), 185-202

- Martín Tirado, R. (2011). Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la Ley 27444. *Derecho PUCP*, (67), 309-327
- Martin Tirado, R. (2013). El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (13), 1-49
- Moreno Molina, J. A. (s.f.). El Derecho de la Unión Europea en Materia de Contratos Públicos. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/moreno.pdf>
- Moron Urbina, J. C. (2016). Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?. *IUS ET VERITAS*, (53), 246-260
- Moron, J.C (2016). *La contratación Estatal*. 1era Edición. Lima: Gaceta Jurídica
- Moron, J.C (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (12va ed.). Gaceta Jurídica.
- Montojoy, P. (2018). El principio de subsidiariedad económica en el Perú (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima. Perú
- Organización para la cooperación y Desarrollo Económicos (2012). Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.
- Ochoa, C. (2020). El Estado Social en la Constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú. Lima: Palestra
- Otero Bonicelli, C. (2001). “Perú Gestión del Estado en el Periodo 1990-2000”. Serie Gestión Pública 14. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES
- Patron C. (2006). El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del estado en Latinoamérica. *THEMIS*, (52), 75-91
- Pedreshi Garcés, W. (2015). Aproximaciones al Régimen de Contratación Directa en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado a propósito del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, cuya publicación fuera dispuesta mediante Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15. *Derecho & Sociedad*. (44), 163-174.
- Quintana Sánchez, E. (2011) “Una mirada a la Actividad Empresarial del Estado”. En “ConexiónESAN.com”. texto completo:  
<http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/09/26/una-nueva-mirada-a-laactividad-empresarial-del-estado/>.
- Quiñones Alayza, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos. *REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 1 (12), 65-73

- Rodriguez Larraín, A. A. (1995). Libre competencia, privatización y desmonopolización. *THEMIS*, (31), 91-97
- Ruiz-Eldredge, A. (1980). *La Constitución Comentada*. Lima Atlántida
- Salazar Carolina, A. & Escobar Omar, A. (2011) No todo tiempo pasado fue mejor – Algunos alcances sobre el principio de subsidiariedad y la Resolución N° 3114-2010/SC1-INDECOPI. *Actualidad Jurídica* N° 206
- Salazar Chávez, R. (1995). Fundamentos del control administrativo de las prácticas anticompetitivas. *Derecho & Sociedad*, (10), 7-14
- Salazar Chávez, R. (2007). El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (29), 55-62
- Sanz Rubiales, I. (2017). Marco General de las relaciones interadministrativas. *En Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público* (pp. 2849-2889). Tirant To Blanch
- Tafur Sánchez, S., & Miranda Miranda, R. (2007). Contratación Estatal: Algunas reflexiones generales. *Derecho & Sociedad*, (29), 140-152
- Vilalta-Reixach, M. (2016). Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (15), 83-114