

La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado en el ordenamiento jurídico peruano

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Economía y Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona.
Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro fundador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo – GIDA.

ANNIE FETTA PIZZORNO

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo – GIDA.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 23 de febrero de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Bases constitucionales del principio de subsidiariedad.**
 1. **El régimen económico de la Constitución, subsidiariedad y solidaridad.**
 2. **Régimen de la Libre Competencia.**
 3. **Desarrollo del principio de subsidiariedad desde el Tribunal Constitucional.**
 4. **El principio de solidaridad.**
 5. **El “nuevo” rol del Estado.**
 6. **El principio de subsidiariedad: experiencia comparada.**
- III. **Subsidiariedad y Competencia.**
 1. **Relación entre subsidiariedad y competencia.**
 2. **INDECOPI y el “precedente” denominado “El Rancho”.**
 3. **¿Cómo, cuándo y dónde debe intervenir el Estado empresario?**
- IV. **Conclusiones.**

RESUMEN:

El presente artículo aborda el principio de subsidiariedad en el marco de la economía social de mercado. Esto está relacionado en cómo se ha venido interpretando y aplicando el principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a partir del cambio de los años 90 del rol del Estado de prestador a garante, y la incorporación del principio de subsidiariedad, se viene cuestionando sus alcances y límites. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —en adelante, “INDECOPI”— ha sido la entidad que viene resolviendo los casos que se presentan como posible vulneración al principio de subsidiariedad, y en ese contexto ha emitido un “precedente de observancia obligatoria”, el cual es sumamente importante analizar para poder dotar de contenido al artículo 60 de la Constitución.

Palabras clave: Régimen económico de la Constitución, economía social de mercado, principio de subsidiariedad, libre iniciativa privada, competencia.

ABSTRACT:

This article addresses the principle of subsidiarity in the context of a social market economy. This is related to how the principle of subsidiarity has been interpreted and applied in our legal system. Since the change in the 1990s in the role of the State from provider to guarantor, and the incorporation of the principle of subsidiarity, its scope and limits have been questioned. The Peruvian Consumer Protection Authority—INDECOPI, has been the one solving cases of possible violations of the principle of subsidiarity, and in this context has issued a "precedent of mandatory observance", which is extremely important to analyze so as to provide context to article 60 of the Peruvian Constitution.

Keywords: Constitutional economic regime, social market economy, subsidiarity principle, free private initiative, competition.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el primer momento de la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, esta ha sido cuestionada por diversos aspectos, han existido diversos anteproyectos y proyectos de reforma, se han modificado e incorporados algunos artículos que no han generado mayor revuelo; no obstante, el último año, a propósito del contexto que estamos viviendo por la pandemia generada por la Covid-19, se ha vuelto a plantear una reforma, un cambio o una sustitución de una parte central: el régimen económico y, en concreto, de la subsidiariedad de la actividad económica del Estado. En efecto, más allá de la inclusión, modificación o derogación de algunos artículos de la Carta Magna, la atención se centra en el artículo 60 y el rol que debe tener el Estado en la economía.

Este debate, que es constante en el tiempo, se ha reavivado no solo por la crisis producida por la Covid-19 sino porque estamos próximos a elegir a nuestros representantes a la presidencia y al parlamento. En ese contexto, la pregunta es si se debe o no cambiar el régimen económico de la Constitución y, específicamente,

la subsidiariedad de la actividad económica del Estado.

En este trabajo se analizan los alcances y límites de la subsidiariedad a partir de su aplicación desde la vigencia de la Constitución de 1993. En ese sentido, en un escenario en el que se apueste por la reforma constitucional, la pregunta es si se debería mantener el modelo de economía social de mercado consagrado tanto en la Constitución de 1979 como de 1993, de ser ese el caso —que consideramos sería lo más idóneo— la siguiente pregunta es qué pasaría con el principio de subsidiariedad. Nuestra propuesta es mantener la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, pues una lectura acertada del régimen establecido brinda los argumentos necesarios que justifican su permanencia.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

1. El régimen económico de la Constitución, subsidiariedad y solidaridad.

En las Constituciones no siempre se han incluido las reglas que deben regir el régimen económico, pues se entendían como instrumentos para

establecer las reglas del poder político y no del poder económico, situación que cambia a mediados del siglo XX cuando se incorporan reglas básicas para el funcionamiento del régimen económico, en el contexto de un Estado social.¹

En el caso peruano, se puede advertir que se aborda sistemáticamente el régimen económico a partir de la Constitución de 1979, dado que en las constituciones anteriores solo encontramos algunos artículos dispersos referentes a la economía en nuestro país. Es así que, en la actual Constitución encontramos en el Título III “Del Régimen Económico”, donde se han establecido los derechos, principios y deberes que se deben aplicar en las relaciones que se pueden dar entre Estado y mercado o, en buena cuenta, los valores y criterios que se van a aplicar en la vida económico-social del país.²

El Título III de la Constitución inicia con el artículo 58 que establece que el régimen económico del Perú se ejerce bajo una economía social de mercado, en la cual el Estado orienta el desarrollo del país. Diez Canseco refiere que una economía social de mercado se sustenta en la libertad de comercio e industria.³ Conforme a dicho régimen, el pilar de la economía se fundamenta en el ejercicio de las libertades económicas de los particulares, que concuerda con lo establecido en el artículo 59 de la Constitución que garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

En la misma línea, autores como Kresalja refieren que la economía social de mercado es el modelo económico ideal para el bienestar de todos los ciudadanos.⁴ En ese contexto, el Estado actúa principalmente en áreas de interés público como el sector empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Por ello, este modelo económico se sustenta no solo en las libertades económicas, sino también en asegurar el bienestar general.

A partir de ello, se establece que, bajo una economía social de mercado, el Estado debe garantizar, tanto el libre ejercicio de la iniciativa privada, así como garantizar la prestación de servicios públicos sociales o asistenciales — como salud y educación—, económicos —telecomunicaciones, electricidad, gas natural o agua potable y saneamiento—, así como actividades propias de la función pública —como la seguridad o administración de justicia—. Tal como se puede advertir de lo señalado no solo se busca garantizar que funcione el mercado — bajo el pilar básico de la iniciativa privada— sin dejar de tomar en cuenta el componente social —vinculado al principio de solidaridad—.

Además, en este contexto, en el régimen económico de la Constitución encontramos el artículo 60,⁵ el cual establece la subsidiariedad de la actividad económica pública, directa o indirecta. En dicho artículo se señala que el Estado solamente desarrollará actividad empresarial

1. Gaspar, Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2003), p. 171
Diego López Garrido, “Apuntes Para Un Estudio Sobre La Constitución Económica”, *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 15, (1993): p. 79–96.
2. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, p. 171.
3. Luis Diez Canseco Núñez, “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”, *Themis* N° 36, (1997), p. 39.
4. Baldo Kresalja, *¿Estado o Mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015), p. 183.
5. Sobre el principio de subsidiariedad existen varios autores que han abordado el tema de manera directa o indirecta, entre los cuales se pueden citar a los siguientes: Orlando Vignolo Cueva, “*El principio de subsidiariedad social sus principales consecuencias en el derecho peruano*”, (Tesis Universidad de Zaragoza, 2017). César Landa Arroyo, “El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica Del Perú”, *Forseti* N° 1, (2016), p.

(Continúa en siguiente página)

cuando esté autorizado por ley expresa y sea una actividad subsidiaria que se encuentre revertida de interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad ha sido recogido de manera expresa y se debe interpretar conforme a una economía social de mercado. Cabe señalar que, la subsidiariedad fue incorporada a partir de la actual Constitución, dado que la Constitución de 1979 solo refería a la economía social de mercado. Ello, nos permite comprender la transformación del rol del Estado de prestador a garante.

Sin embargo, tal como lo hemos señalado, debemos también abordar sobre el principio de solidaridad. Este último principio no ha sido recogido expresamente en la Constitución; no obstante, ello no implica que no se aplique en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el principio de solidaridad debe ser entendido como el deber del Estado de orientar ciertos fines sociales y asegurar la prestación de servicios públicos.

Por lo que, cuando nos referimos a una economía social de mercado corresponde entender que el principio de solidaridad se encuentra inmerso en ella, así no se haya establecido expresamente dicho principio. De esa manera, la Constitución posee un componente social en su régimen económico, lo cual implica que el Estado deberá asegurar la prestación de los ser-

vicios públicos —sociales y económicos— para la población.

Conforme a lo señalado por Ariño, el principio de subsidiariedad inspira y protege la libertad individual. No obstante, como el mismo autor refiere, no debe olvidarse del principio de solidaridad y su lectura en conjunto de estos dos principios.⁶ Por ello, el Estado deberá garantizar las libertades económicas de los privados —bajo el pilar de la libre iniciativa privada—, como también la igualdad de oportunidades y condiciones de los mismos —bajo la aplicación del principio de solidaridad—.

Por todo lo expuesto, se debe establecer que el régimen económico establecido en la Constitución se sustenta a partir del principio de subsidiariedad y del principio de solidaridad. Estos dos principios se deben leer en conjunto para entender el equilibrio entre la libre iniciativa privada, el Estado y la sociedad. Así, el Estado respetará la libre iniciativa privada, no dejando de asegurar el bienestar de toda la sociedad a través de la garantía de determinados servicios que resultan esenciales para la población, como lo son los servicios públicos, tanto los económicos como los sociales.

2. Régimen de la Libre Competencia.⁷

La libre competencia es uno de los pilares que busca proteger y garantizar una economía social de mercado. Por ello, en el artículo 58 de la

146–157. Raúl Chanamé Orbe, “Constitución Económica”, *Revista Derecho y Sociedad* N° 40, (2013), p. 43–63. César Ochoa Cardich, “El servicio público en la Constitución Peruana de 1993”, *Pensamiento Constitucional* N° 18, (2013), p. 105–119. Alberto Cairampoma Arroyo, “Reinterpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”, *Aportes para un Estado eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra Editores*, (2012), p. 315–329. Ramón Huapaya Tapia, “Notas sobre el concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal”, *Revista Derecho y Sociedad* N° 36, (2011), p. 93–102. Víctor Sebastián Baca Oneto, Servicio Público, “Servicio Esencial y Servicio Universal En El Derecho Peruano”, *Revista Teoría de los servicios públicos*, (2009), p. 355–388. Jorge Danós Ordóñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”, *Themis* N° 55, (2008). Diego Zegarra Valdivia, *El Servicio Público*, (Lima: Editorial Palestra, 2005). Baldo Kresalja, “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, *Themis* N° 39, (1999).

6. Gaspar Ariño Ortiz, “Modelo de Estado y Sector Público Empresarial”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, (2007), p.18.

7. Sobre la libre competencia existen varios autores que han abordado el tema, entre los cuales se pueden citar a

(Continúa en siguiente página)

Constitución se señala que la iniciativa privada es libre. También en el artículo 61 se establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Así, el Estado tendrá la obligación de fomentar y supervisar que las actividades económicas se desarrollen en libre competencia.

Al respecto, Suárez Llanos señala que el derecho a la competencia se sustenta en trasladar los derechos fundamentales a la población, en particular el derecho a la igualdad.⁸ Por lo tanto, no debemos pensar que asegurar la libre iniciativa privada solo generará efectos positivos en la economía, sino que su impacto será en diferentes ámbitos de la sociedad civil, incluyendo por supuesto a los consumidores y usuarios que interactúan en el mercado.

Por otro lado, muchas veces se ha confundido el promover la libre competencia con la denominada frase “el mercado se autorregula” o que el mercado funciona solo. Así, para muchos, la libre competencia ha significado que el Estado no tenga ningún tipo de injerencia en cómo se desarrolla el mercado, siendo que este último pone sus propias reglas y límites. Debemos ser enfáticos en señalar que de ninguna manera el proteger la libre competencia es sinónimo de autorregulación del mercado.

Es así que el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del 17 de enero de 2005 recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC mencionó lo siguiente:

“No se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone estén siendo realmente cumplidas”.

Así también, tal como lo señalan Kresalja y Ochoa, si el mercado se cuidara a sí mismo acabaría en un caos de conductas anárquicas o que solo busquen privilegios.⁹ Por ello, es importante establecer que el Estado promueve la libre competencia, pero que también se establecen límites a la actuación de los privados en el mercado, justificando de manera adecuada la imposición de la regulación que establezca esos límites. La libre iniciativa de los privados debe siempre ir acorde al interés general, siendo este su principal límite, para ello requiere que el Estado, a través de sus organismos y órganos competentes cumplan las funciones públicas que se les atribuye por norma constitucional o legal pertinente.

Finalmente, se debe hacer énfasis en la importancia de promover y garantizar la libre competencia, dado que es uno de los ejes más importante para una economía social de mercado. Es así que, no podemos señalar que estamos frente a una economía social de mercado sin que se garanticen las libertades económicas de la sociedad civil.

los siguientes: Hebert Tassano Velaochaga, “Competencia y regulación”, *Revista Derecho PUCP* N° 76, (2016). Andrea Alarcón Peña, “La libre competencia económica en el derecho colombiano”, *Revista Prolegómenos: Derecho y valores*, (2016), p. 109-124. José Ignacio Cubero Marcos, “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, *Revista de Administración Pública* N° 184, (2011), p. 121-156. Eduardo Quintana, *Libre Competencia*, (Lima: INDECOPI, 2013). María Pilar Bello Martín- Crespo y Francisco Hernández Rodríguez —coordinadores, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, (España: Civitas, 2009), p. 113-139. Pierino Stucchi López Raygada, “La integración en la comunidad andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 2, (2006). Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla, “Economía de la competencia» en Tratado de Derecho de la Competencia, direc. Juan Benyto Pérez España: Bosch, 2005. Alejandro Rodríguez Larraín, «Libre competencia, privatización y desmonopolización», *Themis* N° 31, 1995, p. 91-97.

8. Luis Suarez- Llanos Gómez, *Derecho, Economía y Empresa*, (Madrid: Civitas, 1989), p. 37.

9. Baldo Kresalja y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico*, (Lima: Fondo Editorial PUCP), p. 80.

3. Desarrollo del principio de subsidiariedad desde el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia del 14 de marzo de 2011 recaída en el Expediente N° 00008-2003-PI/TC señaló lo siguiente: “Se consagra así, el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común”. Así, la referida sentencia realiza una lectura del artículo 60 de la Constitución, señalando que el Estado no puede coartar la libre iniciativa privada.

Cabe señalar que, en el fundamento 20 de dicha sentencia el Tribunal Constitucional refiere que el término subsidiariedad cuenta con tres usos pragmáticos en el ámbito constitucional:

- a) El sentido horizontal del principio, el cual refiere a la relación entre la sociedad y el Estado, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.
- b) Se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar de forma exclusiva y autónoma. Este está relacionado a la teoría de fuentes del derecho.
- c) Se trata de la subsidiariedad en su sentido vertical, relacionada a la descentralización administrativa como técnica de organización del Estado, donde se establecen relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor.

Por consiguiente, el término de subsidiariedad cuenta con tres connotaciones. En la doctrina¹⁰ se aborda principalmente la subsidiariedad desde dos conceptos: el sentido vertical y el

sentido horizontal. Como también lo desarrolló el Tribunal Constitucional, el sentido vertical refiere a la descentralización y estructura del ordenamiento, mientras que el sentido horizontal establece el nivel de intervención del Estado en las libertades económicas.

Por lo tanto, en el presente trabajo, cuando nos referimos al principio de subsidiariedad será desde el sentido horizontal del concepto. Es decir, abordaremos la relación entre la sociedad y el Estado, y el grado de intervención de este último en las actividades económicas de los particulares.

Es necesario recalcar que, la definición del principio de subsidiariedad que establece el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00008-2003-PI/TC se realizó en términos negativos a partir de la función supletoria del Estado en la actividad económica pública. Esta función supletoria del Estado se señaló de forma genérica sin mencionar gradualidades ni detallando bajo qué supuestos el Estado sí puede desarrollar actividad empresarial.¹¹

Sin embargo, de acuerdo al artículo 44 de la Constitución, uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar el bienestar general de la población. Por ello el Estado deberá asegurar la prestación de ciertas actividades, siendo que en algunos supuestos deberá promoverla y, en otras, podrá prestar directamente dichas actividades.

Es así que, se debe recalcar que no estamos frente a un Estado relegado. Conforme hemos señalado, en una economía social de mercado, el Estado tiene un rol promotor y garantiza actividades básicas para la comunidad. Por lo cual, no puede entenderse que el Estado no partici-

10. Al respecto se pueden revisar los siguientes autores: Tommaso Edoardo Frosini, “Subsidiariedad y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* N° 115, (2002). José M. De Areilza Carvajal, “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 45, (1995). Antonio Carro Martínez, “La Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, *Revista de Administración Pública* N° 126, (1991).

11. César Landa, “El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú”, *Forseti* N° 1, 2016: p. 148.

pa bajo ningún supuesto en el mercado y queda excluido del mismo.

En el mismo sentido, Landa señala que el principio de subsidiariedad no debe significar que el Estado se privatice o no exista una regulación de la economía, ya que subsidiariedad no denota un mercado sin límites.¹² En ese sentido, consideramos que, el Estado debe respetar la libre iniciativa privada sin quedar relegado del mercado e intervenir de manera justificada cuando resulte necesario.

Por ende, se debe interpretar a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que conforme al artículo 60 de la Constitución, la actividad empresarial del Estado cuenta con límites. Y son estas limitaciones las que permiten establecer una lectura acorde entre la libre iniciativa privada y el interés general que debe asegurar el Estado, entre la libre iniciativa privada y la solidaridad, tal como lo justificaremos en el siguiente punto.

4. El principio de solidaridad.¹³

El principio de solidaridad o equidad no ha sido recogido expresamente en la Constitución; sin embargo, como hemos mencionado al establecer que nuestro régimen económico es una economía social de mercado, implícitamente se encuentra establecido el principio de soli-

daridad en el mismo y su desarrollo ha estado relacionado con el principio de equidad o de preferente interés social utilizado en la regulación de algunas actividades, como es el caso de la telecomunicaciones al establecer el régimen de servicio universal.¹⁴

Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del 14 de marzo del 2011 recaída en el Expediente N° 00004-2010-PI/TC señaló lo siguiente:

“El principio de solidaridad puede presentarse no sólo como una exigencia ética, sino como un criterio en el ámbito jurídico-político. Este principio se concretaría, entre otras cosas, en la presencia en los ordenamientos jurídicos de deberes positivos y entre ellos el deber mismo de solidaridad; y en la existencia de normas y/o sanciones de contenido positivo que premian e incentivan determinadas conductas”.

Por lo tanto, cuando nos referimos al principio de solidaridad no solo debemos quedarnos en la esfera de la ética, sino que es un principio que cobra valor en nuestro ordenamiento jurídico y establece deberes al Estado. Así, referirnos al principio de solidaridad implica que el Estado debe orientar sus esfuerzos para lograr un fin común, el cual es garantizar el bienestar de toda la población.

12. *Ibid.*

13. Sobre el principio de subsidiariedad existen varios autores que han desarrollado el tema de manera directa o indirecta, entre los cuales se pueden citar los siguientes: Ernesto Jinesta, “El aporte de Duguit en la construcción del valor-principio constitucional de la solidaridad”, *Estudios de Derecho Público* N° 1, (2017). Mariana Bernal-Fandiño, “El principio de subsidiariedad como límite a la autonomía privada”, *Revista jurídicas* N° 13, (2016), p. 60-70. Eduardo Sanz- Arcega, “Los rostros constitucionales de la redistribución: la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad”, *Revista de Derecho Político* N° 93, (2015), p. 285-317. César García Novoa, “La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Revista Vox Juris* N° 19, (2010). Gabriel Real Ferrer, “La solidaridad en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* N° 161, (2003), p. 123-179.

14. Al respecto, véase Alberto Cairampoma, “El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”, *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 12, (2012), p. 175-188. Guelly Solar y Alberto Cairampoma, “Aspectos relevantes para la regulación del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones” *Modernizando el Estado para un país mejor*, (2010), p. 347-367. Carlón Matilde, “El servicio universal de telecomunicaciones: balances y perspectivas”, *Cuadernos de derecho local* N° 23, (2010), p. 106- 124.

Sobre ello, Fernández Segado señala que la solidaridad conjuntamente con la libertad, la igualdad y la justicia conforman la tetralogía axiológica del Estado social de nuestros tiempos.¹⁵ Es a partir de ello que se establece que no se puede estar frente a una economía social de mercado si no se refiere al principio de solidaridad.

En suma, así no se encuentre recogido expresamente, el principio de solidaridad forma parte de nuestro sistema jurídico, lo que permite establecer el fin social del Estado y ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, es sumamente importante la materialización de dicho principio a partir de asegurar que se cumplan los deberes encomendados en la Carta Magna.

Este reconocimiento del principio de solidaridad resulta importante porque le brinda contenido al régimen económico establecido en la Constitución, en la medida que habilita al Estado a intervenir en algunas actividades bajo regímenes especiales, tales como los servicios públicos sociales —educación o salud— o económicos —telecomunicaciones, electricidad, gas natural o agua potable y saneamiento—.

En la correcta aplicación de este principio se encuentra la piedra de toque porque permite actuar al Estado, no solo de manera reactiva, sino desde una perspectiva proactiva, pues en el caso de los servicios públicos, sociales y económicos, el Estado debe garantizar que estos servicios se presten de manera continua, en igualdad, adaptándose al contexto y garantizando su universalidad. En estos casos, el legislador puede optar por un esquema donde se promueva la participación del privado o donde estén presentes los privados y el Estado, a través de empresas públicas. Esto se va a definir en función a las características de cada actividad.

En la línea de lo señalado, por ejemplo, tene-

mos esquemas donde los servicios públicos son prestados por empresas privadas y por el Estado, no necesariamente a través de empresas públicas —educación y salud—, en otras actividades sí existen empresas públicas —electricidad— y en otras actividades, a pesar de ser calificadas como servicios públicos, solo están presentes empresas privadas —telecomunicaciones y gas natural—. Finalmente, tenemos el caso del agua potable y saneamiento donde, en el ámbito urbano, solo hay empresas públicas, pero en el ámbito rural, la prestación se lleva a cabo por las propias municipalidades, por privados sin fines de lucro —Juntas Administradoras de Servicios de Saneamiento – JASS— y otros operadores privados.

5. El “nuevo” rol del Estado.

A finales de la década del siglo pasado —por eso ya no resulta tan “nuevo” en la media que han pasado tres décadas— se desarrolló un proceso de liberalización en varios países, no estando el Perú exento a ello. Este proceso generó que se produjeran cambios en las instituciones y normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, se replanteó la relación entre la sociedad civil y el Estado, y el rol de este último.

Antes de los años 90, bajo la Constitución de 1979, el rol del Estado era el de prestador de servicios e interventor en las actividades económicas. En su artículo 113 se establecía que el Estado desarrollaba la actividad empresarial con el fin de promover la economía, así como prestaba los servicios públicos y lo hacía como gestor monopólico.

No obstante, este rol enfocado de manera preeminente en la prestación quedó relegado con la Constitución de 1993 y la incorporación de la subsidiariedad. Es este principio el que limita y delimita la actuación del Estado como agente económico. A partir de ello, el Estado cuenta con la función de orientar el desarrollo del país,

15. Francisco Fernández Segado, “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* N° 30, (2012), p. 140.

con lo cual cambia a un rol promotor y garantizador.

En ese sentido, el Estado garante se da a consecuencia de que el Estado ya no tendrá como deber la prestación de ciertas actividades, sino que será responsable de garantizar y promover que el sector privado brinde adecuadamente las prestaciones encomendadas, las cuales deben ir siempre acorde al interés general.¹⁶

A partir del rol garante del Estado, en Perú se dio la creación de los organismos reguladores de los servicios públicos. Tal como señala Tassano, el objetivo de la creación de los organismos reguladores fue que se supervise a las actividades económicas que son calificadas como servicio público o de actividades que se desarrollen en monopolio natural u oligopolio para garantizar su tratamiento técnico de la regulación y que requieren ser regulados como servicios públicos —agua potable y saneamiento, infraestructura de transporte, electricidad o gas natural, telecomunicaciones o actividades de hidrocarburos líquidos—.¹⁷

Cabe señalar que, la regulación de los servicios públicos no implica coartar la libre iniciativa privada, sino promoverla, así como la libre competencia, mediante mecanismos que permitan la participación de operadores privados, mixtos o públicos. El objetivo más importante de la regulación de los servicios públicos es garantizar que las actividades que resultan esenciales para la sociedad puedan brindarse cumpliendo los principios de igualdad, mutabilidad, continuidad y universalidad, ya sea que éstas sean gestionadas en monopolio, en oligopolio o competencia. Mientras que se asegura la libre competencia en actividades que están bajo las reglas del mercado donde existe la suficiente oferta y demanda.

Por lo tanto, el nuevo rol garante del Estado ha generado cambios institucionales y normativos, siendo uno de los más importantes la creación de los organismos reguladores, el establecimiento de regímenes jurídicos especiales y, en general, un nuevo diseño institucional donde existe la presencia del Estado, a través de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Locales; operadores privados, mixtos y públicos, organismos promotores de la inversión privada como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN; y, por supuesto, los usuarios. En ese contexto, el Estado ya no asume un rol prestador preponderante, debido a que garantizará que los privados cuenten con libertades económicas; sin embargo, en ciertas actividades, como los servicios públicos, deberá asegurar su prestación, ya sea mediante operadores privados, mixtos o públicos; esto involucra que el Estado puede activar su rol como operador, a través de empresas públicas, para garantizar la prestación de estos servicios y, por tanto, actuar bajo el principio de subsidiariedad.

6. El principio de subsidiariedad: experiencia comparada.

Ahora bien, la invocación del desarrollo del principio de subsidiariedad en la experiencia comparada resulta oportuno, dado que en nuestro ordenamiento jurídico se incorporó dicho principio a partir de la Constitución de 1993 en el contexto del proceso de liberalización y, como resulta conocido, este proceso fue también desarrollado en muchos países donde se fortaleció la protección de las libertades económicas y, por lo tanto, de manera directa o indirecta se aplicó el principio de subsidiariedad.

Sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Unión Europea, debemos comenzar por señalar que en el Tratado de Roma no

16. José Esteve Pardo, “La administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública* N° 191, (2015), p. 39.

17. Hebert Tassano Velaochaga, “Competencia y Regulación”, *Revista de Derecho PUCP* N° 76, (2016), p. 111.

se hace referencia a reglas en particular para la empresa pública, generando que se plante que las reglas son las mismas que para la empresa privada. Con lo que se establece que no hay una prohibición para la creación de las empresas públicas ni su participación en el mercado.

En ese sentido, Calvo y Carrascosa señalan que este tipo de medida de la Unión Europea responde a que el sector público ha tenido un peso importante en la economía de todos los Estados occidentales a lo largo del siglo XX. Por ello, los referidos autores mencionan que los comportamientos distorsionadores de la competencia son aplicables tanto a las empresas públicas como privadas.¹⁸

En consecuencia, existe una diferencia clave con nuestro ordenamiento jurídico que establece de manera expresa el principio de subsidiariedad y la excepcionalidad de la creación de empresas públicas. Sin embargo, si bien, en la Unión Europea se permite la creación y participación de la empresa pública, también se le obliga a que las mismas cumplan con el deber de transparencia, a fin de asegurar el principio de igualdad entre las empresas públicas y privadas.¹⁹

Por otro lado, también es importante abordar cómo se establece la regulación del Estado empresario en Chile, debido a que es de los países

en la región que tuvo mayor influencia de la ola de liberalización económica. Así, en Chile existe un debate a nivel doctrinario²⁰ si en su ordenamiento jurídico se ha recogido o no el principio de subsidiariedad.

Al respecto, en el ordenamiento jurídico chileno, la actividad empresarial del Estado se encuentra en el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución Política de Chile. En ese artículo se establece que el Estado solamente está habilitado a desarrollar actividad empresarial cuando una ley de quórum calificado lo autoriza. Entonces, existe una exigencia de quórum para habilitar al Estado empresario.

A partir de ello, nos cuestionamos si la exigencia del quórum calificado evidencia que se encuentra recogido el principio de subsidiariedad. Segovia Olave señala que se estableció un Estado subsidiario al disponer en la Constitución chilena como requisito una habilitación mediante mayoría calificada.²¹ Por lo tanto, conforme a este autor coincidente con parte de la doctrina chilena, el principio de subsidiariedad está establecido en su ordenamiento jurídico.

No obstante, otros autores como Loo Gutiérrez señalan que, en el ordenamiento jurídico chileno no se ha recogido toda la polifuncionalidad del principio de subsidiariedad, dado que solo se estableció en su variable negativa, es decir, como principio de limitación de la actuación pública y

18. Alfonso Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa Gonzáles, *Intervenciones del Estado y Libre Competencia en la Unión Europea*, (Madrid: Editorial Colex, 2001), p. 72.

19. Al respecto, véase, Alberto Cairampoma, "Reinterpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano", *Aportes para un Estado Eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (2012), p. 315-329.

20. Al respecto, se pueden revisar los siguientes autores: Elio Segovia Olave, "Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado", *Derecho Público Iberoamericano* N° 10, (2017). Eduardo Faúndez- Sánchez, "Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile", *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 15, (2016). Martín Loo Gutiérrez, "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 33, (2009).

21. Elio Segovia Olave, "Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado", *Derecho Público Iberoamericano* N° 10, (2017), p. 27.

no como principio modelador de la misma.²² Por consiguiente, no existe unanimidad en la doctrina chilena respecto a si efectivamente se estableció o no el principio de subsidiariedad.

En definitiva, en diversos ordenamientos jurídicos se llevó a cabo el proceso de liberalización y fue un factor común que se establezca la protección de las libertades económicas de los particulares. Sin embargo, la incorporación del principio de subsidiariedad se adoptó con matices en cada sistema jurídico, percibiendo que en algunos aún se discute si fue establecido dicho principio.

III. SUBSIDIARIEDAD Y COMPETENCIA

1. Relación entre subsidiariedad y competencia.

El derecho de la competencia, como lo conocemos en nuestros días, se originó en los Estados Unidos de América. Tal como lo señala Signes de Mesa, fue en los Estados Unidos de América donde están los orígenes del Derecho de la Competencia que surgió como un medio para que las autoridades públicas pudieran sancionar la concentración del poder económico, también denominados *trusts*.²³

Por otra parte, el derecho de la competencia también es conocido como el derecho ordenador de mercado. Según Diez Canseco, en el derecho ordenador del mercado se buscará regular los derechos y obligaciones de los intervinientes en la concurrencia en el mercado.²⁴ Así, se establece la necesidad de velar que el tráfico económico se realice respetando las reglas pro-

pias del mercado y no se vulneren los derechos de los que intervienen en el mismo.

Respecto al concepto de competencia, Kresalja señala que debe entenderse que dicha noción proviene de la teoría económica, pero el derecho tiene más que un carácter instrumental en el mismo. El mencionado autor refiere que existirá competencia cuando se produzcan una formación autónoma de precios, que exista libertad de elección por parte de los consumidores y que las decisiones de las empresas sean consecuencias de los factores del mercado.²⁵

Sin embargo, la noción que hemos referido de competencia es teórica, dado que no existe “competencia perfecta”. Encontramos sectores económicos donde no hay competencia, por ejemplo, cuando se presentan fallas de mercado como el caso de los monopolios naturales o cuando se reservan actividades para que las desarrolle el Estado. Inclusive en los sectores que se encuentran liberalizados, no encontramos una competencia perfecta por las fallas mismas del mercado.

Entonces, al no existir una competencia perfecta y al haber posibles vulneraciones a los derechos de los agentes económicos que concurren en el mercado, se establece la obligación del Estado de supervisar y proteger la competencia. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos que el artículo 61 de la Constitución refiere que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Así también, en el artículo 65 se señala que el Estado defiende el interés de los consumidores.

Justamente en la concretización de la protección de la competencia se enmarca el principio

22. Martín Loo Gutiérrez, “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 33, (2009), p. 34.

23. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro, *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Editorial Aranzadi, 2013), p. 32.

24. Luis Diez Canseco Núñez, “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”, *Themis* N° 36, (1997), p. 41.

25. Baldo Kresalja, “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* N° 22, (2001), 277.

de subsidiariedad, el cual busca garantizar las libertades económicas y la promoción de la competencia. Es a partir del principio de subsidiariedad que se asegura que el Estado no distorsione la competencia de los particulares. Así, el rol empresarial del Estado solo se habilitará para supuestos determinados y no a la discrecionalidad del mismo.

Como se ha señalado, el principio de subsidiariedad se aplica gradualmente a las diferentes actividades. Así, la subsidiariedad se aplica intensamente en las actividades que se encuentran bajo la libre iniciativa privada. Por lo que, será necesario delimitar y limitar el rol empresarial del Estado para que se pueda proteger y fomentar la competencia, garantizando de este modo el ejercicio de la libre iniciativa privada.

Al respecto, Tassano señala que con la liberalización se establece garantizar la libre competencia en las actividades que se desarrollan bajo el libre funcionamiento del mercado.²⁶ Se protegerá la libre iniciativa privada, sin que ello signifique que el Estado no interviene bajo ningún supuesto. Como también lo menciona el referido autor, el Estado puede intervenir como regulador o ante la presencia de fallas del mercado.²⁷

Por lo tanto, se debe buscar un equilibrio entre la protección de la libre iniciativa privada y la intervención del Estado en ciertas actividades —ya sea como regulador o prestador— para garantizar el bienestar general. Cuando el Estado intervenga en los supuestos que se encuentra habilitado por la Carta Magna no significa una vulneración al principio de subsidiariedad.

En ese sentido, no se interpreta que el interés particular prima sobre el interés general, sino que deben ir acorde el uno al otro. El principio de subsidiariedad es un límite y una habilitación. Por consiguiente, será un límite cuando vulnere las libertades económicas de los priva-

dos y, una habilitación cuando requiera intervenir por interés general, tal como lo veremos más adelante.

En definitiva, el principio de subsidiariedad *per se* no tiene una connotación positiva o negativa, sino que se dota de significado a partir de su lectura bajo una economía social de mercado. Es a partir de ello que cobra sentido establecer que el principio de subsidiariedad buscará proteger las libertades económicas de los particulares al limitar la actividad empresarial del Estado, pero también su aplicación no es de manera absoluta, permitiendo que en ciertos supuestos por interés general y el bienestar de la población, el Estado deberá prestar o garantizar ciertas actividades.

2. INDECOPI y el “precedente” denominado “El Rancho”.

Para entender mejor la aplicación de la subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano consideramos que resulta importante analizar las decisiones que se vienen tomando por las autoridades competentes en el tema.

Como hemos señalado, en el artículo 60 de la Constitución se ha recogido de manera expresa el principio de subsidiariedad, el cual implica que el Estado solo podrá desarrollar actividad empresarial cuando se encuentre habilitado por una ley expresa y sea una actividad subsidiaria de interés general o manifiesta conveniencia nacional. Así, este principio se encuentra en concordancia con una economía social de mercado y la protección de las libertades económicas de los particulares.

A nivel legal, en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal —Decreto Legislativo 1044— se establece que constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, la concurrencia del

26. Hebert Tassano Velaochaga, “Competencia y Regulación”, *Revista de Derecho PUCP* 76, (2016), p. 111.

27. *Ibid.*

Estado como agente económico sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución. Por consiguiente, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, a través de un procedimiento administrativo sancionador, determinará en primera instancia si el Estado incurre en competencia desleal por vulnerar el artículo 60 de la Constitución, y lo propio la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en apelación y como segunda y última instancia.

Precisamente, la referida sala emitió un precedente de observancia obligatoria denominado “El Rancho” que recae en la Resolución 314-2010/SC1-INDECOPI.²⁸ En dicho precedente se desarrolló la metodología para analizar la vulneración del supuesto de la subsidiariedad establecido en el artículo 60 de la Constitución.

En la referida decisión, se determinó que el primer paso en el análisis de subsidiariedad es delimitar la naturaleza jurídica de la actividad económica a evaluar. Ello, debido a que la única actividad que será evaluada bajo dicho análisis es la actividad empresarial, siendo que en las actividades asistenciales o de *ius imperium*, el Estado tiene la obligación de garantizarlas pudiendo ser a través de la prestación de las mismas.²⁹

En ese sentido, cuando estemos frente a una actividad empresarial, la resolución establece que se deben comprobar, en cumplimiento del artículo 60 de la Constitución, en orden de prioridad, los siguientes requisitos:

- a) El primer requisito, de carácter formal, establece la necesidad de ley expresa para realizar actividad empresarial.
- b) El siguiente requisito, que involucra un tema de fondo, busca corroborar la subsidiariedad en estricto.
- c) El último requisito consiste en constatar que la actividad empresarial del Estado involucre un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

Respecto al primer requisito, en la resolución se refiere que la ley expresa debe ser emitida por el Congreso de la República. Si bien la Constitución no señala qué tipo de ley habilita a la actividad empresarial del Estado, se interpreta que existe una reserva absoluta para habilitar dicha actividad. Así, en la decisión se establecen las razones de dicha reserva absoluta, siendo que la actividad empresarial del Estado es excepcional, así como también la finalidad de reducir la discrecionalidad de los funcionarios del gobierno.

Además, en el precedente se cita lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 15 de febrero de 2005 bajo el Expediente N° 0034-2004-PI/TC, en la cual se señala que la habilitación del Estado empresario es excepcional, con lo que se requiere una reserva de ley absoluta. Por todas las razones expuestas, se concluye que el primer requisito para que el Estado pueda desarrollar actividad empresarial es que cuente con una ley emitida por el Congreso de la República, para el control de discrecionalidad y encontrarse acorde a la naturaleza excepcional del Estado empresario.³⁰

28. Cabe precisar que esta resolución no fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, tal como lo establece el numeral 1 del artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Aunque este punto genere controversias sobre la debida aplicación, vigencia o eficacia del precedente, debido a temas de espacio, el análisis del mismo no será abordado en el presente trabajo, aunque sí se puede señalar que a pesar de la falta de publicación el contenido de la resolución es frecuentemente citada y utilizada para casos que están vinculados con la metodología establecida por el INDECOPI.

29. Al respecto, véase el numeral 46: “Conforme a lo expuesto, la actividad prestacional de bienes o servicios que brinda el Estado, que incluye la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía, será empresarial en la medida que no corresponda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales” Numeral 46 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

30. Cabe precisar que antes de la Constitución de 1993 en nuestro ordenamiento jurídico diferentes empresas del

(Continúa en siguiente página)

Sobre el segundo requisito, la resolución estableció que la actividad empresarial del Estado debe ser subsidiaria. Este requisito de fondo analiza que la actividad empresarial del Estado se desarrolle por ausencia o falta de oferta privada. En el mismo sentido, Diez Canseco y Buleje señalan que, bajo el nuevo esquema económico, se faculta al Estado a realizar actividad empresarial solamente en calidad de colaboración, es decir en los casos que el sector privado lo requiera.³¹

A esta lectura de la resolución del INDECOPI, alejándonos de una lectura estricta que realizan la Comisión y la Sala, consideramos que se debe agregar los casos donde el Estado decide establecer un régimen jurídico especial, como es el caso de los servicios públicos económicos —telecomunicaciones, gas natural, electricidad o agua potable—, pues en estos casos no necesariamente estamos ante actividades sociales o asistenciales —o servicios públicos sociales como la salud o la educación— y el Estado podría decidir que la prestación sea por parte del Estado directamente —por ejemplo, tenemos el caso de los gobiernos locales que prestan los servicios públicos de agua potable y saneamiento—, o indirectamente cuando lo hacen a través de una empresa privada, mixta o pública.

Por lo tanto, tenemos como regla general que este segundo requisito va acorde de garantizar la libre iniciativa de los privados, siendo que el Estado no puede coartar sus libertades económicas. Así, sobre la subsidiariedad, Ariño menciona que se refiere a la relación entre individuos y Estado, el cual denota el nivel de intervención y relevancia del Estado en el régimen económico y social de un país, así como en el ámbito de la libre actuación de los privados.³²

No obstante, como hemos señalado, el principio de subsidiariedad no debe interpretarse de manera absoluta que signifique que bajo ningún supuesto puede intervenir el Estado como agente económico. Se debe entender que la subsidiariedad es gradual, y se analizará en qué supuestos puede o no intervenir el Estado. Así, por ejemplo, Ariño refiere que debe intervenir cuando se trate de corregir desigualdades u ordenar el correcto funcionamiento de los derechos individuales económicos³³, como sucede con el caso de los servicios públicos donde la prestación por parte del Estado puede ser directa o indirecta, según lo establezca el legislador.

Al respecto, la resolución establece que el requisito de subsidiariedad se evaluará en dos pasos: (i) delimitar el mercado relevante, y (ii) analizar la oferta privada, y si ella puede atender la demanda. Respecto al mercado relevante, este está compuesto por el mercado del producto o servicio, y el mercado geográfico. Por lo que, se analizarán todas estas variables para determinar si la actividad empresarial desarrollada por el Estado cumple con ser subsidiaria.

Si ello es así, consideramos que cuando se analiza el caso de los servicios públicos económicos, se debe tomar en cuenta que, en algunos casos, el legislador pueda optar, a través de una ley, que el Estado pueda prestar los servicios de manera directa o indirecta. En estos casos corresponderá a la Administración pública competente decidir si lo hace a través de gestión directa, donde incluso cabe la posibilidad que lo haga la propia Administración pública o gestión indirecta, donde se puede recurrir a la creación de una empresa pública, o recurrir a la gestión de una empresa privada o mixta.

Estado fueron creadas por Decretos Legislativos, como es el caso de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. – Editora Perú creada mediante el Decreto Legislativo 181, de junio de 1981 o Serpost mediante Decreto Legislativo 685 de noviembre de 1991, solo por poner algunos de los muchos ejemplos que existen.

31. Luis José Diez Canseco Núñez y Crosby Buleje Díaz, "Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 314-2010/SC1-INDECOPI", *Círculo de Derecho Administrativo* N°10, (2011), p. 225.

32. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, p 161.

33. *Ibid*, p. 164.

Los escenarios que se pueden prestar en el caso de los servicios públicos económicos son diversos, no obstante ello, debemos indicar que en el caso peruano, el legislador ha optado por establecer en los distintos regímenes el fomento de la libre competencia y la participación privada; en algunos casos lo ha conseguido —telecomunicaciones o gas natural—, en otros existe un régimen de participación mixta de operadores privados y públicos —electricidad e infraestructura de transporte— y en otros solo hay presencia de operadores públicos —agua potable y saneamiento—, en este último caso, aun cuando la normas permitan la participación de operadores privados. En ese sentido, respecto a este extremo, se debe hacer una precisión en la decisión adoptada por el INDECOPI.

El tercer y último requisito que establece la resolución es el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que debe revestir la actividad empresarial del Estado. Sin embargo, en la decisión se señala que estos conceptos no han sido desarrollados por la Constitución, siendo que el análisis de subsidiariedad solo se limitará a constatar que la ley habilitante se encuentre sustentada en el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En conclusión, según esta decisión del INDECOPI solamente cuando la actividad empresarial del Estado cumpla con los tres requisitos mencionados anteriormente podrá desarrollar actividad económica y concurrir en el mercado. Es así que, el precedente, que no llegó a ser publicado en el Diario Oficial El Peruano, pero que resulta muy conocido, estableció el análisis de cómo se desarrolla cada uno de los requisitos para analizar la posible vulneración al artículo 60 de la Constitución.

3. ¿Cómo, cuándo y dónde debe intervenir el Estado empresario?

La subsidiariedad limita que el Estado pueda desarrollar actividad empresarial si no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución —ley habilitante, subsidiariedad y alto interés público—. Así, estos tres requisitos significan “candados” para que el Estado desarrolle actividad empresarial.³⁴ Esto tiene como finalidad proteger la libre iniciativa de los privados en la concurrencia en el mercado.

En la decisión del INDECOPI se abordaron las razones por las cuales la actividad empresarial del Estado es excepcional. Entre estas razones encontramos que el Estado cuenta con escasos recursos que deben ser dirigidos a cubrir los bienes y servicios que no son provistos por los privados.³⁵ También se mencionó que la actividad empresarial del Estado puede ser utilizada para fines políticos, con lo cual no se priorizaría la rentabilidad, generando pérdidas que serían asumidas por los contribuyentes.³⁶

No obstante, como hemos señalado, el principio de subsidiariedad no se debe interpretar de manera irrestricta. Así, el Estado estará presente en ciertas actividades garantizándolas o prestandolas, cuando sea necesario para cumplir el fin encomendado de garantizar el bienestar de toda la población. Por lo tanto, debemos analizar en qué supuestos puede o no intervenir el Estado como garante o prestador.

Al respecto, para fines didácticos, planteamos cuatro grandes actividades a fin de analizar la intervención del Estado:

- a. Las actividades de naturaleza asistencial se encuentran previstas en el artículo 58 de la

34. María Quiñones Alayza, “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos”, *Círculo de Derecho Administrativo* N° 12, (2012), p. 66.

35. Al respecto, véase el numeral 22 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

36. Al respecto, véase el numeral 25 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

- Constitución que establece que el Estado actúa principalmente en la promoción del empleo, salud, educación, seguridad.
- b. Los servicios públicos económicos que conforme al artículo 58 de la Constitución el Estado actúa principalmente y los garantiza.
 - c. Las actividades que están revestidas de alto interés general o conveniencia nacional, donde podemos encontrar como casos emblemáticos la actividad financiera y de cajas municipales.
 - d. Las actividades que se encuentran bajo la libre competencia en la oferta y demanda del mercado.

De esa manera, el principio de subsidiariedad se aplica gradualmente respecto a cada una de las actividades detalladas. En la primera de las actividades enumeradas que son las asistenciales o servicios públicos sociales —educación y salud—, desde la Constitución se establece que el Estado actúa principalmente en ellas. El Estado deberá asegurar la prestación de las mismas. Al tener el Estado el rol de garantizarlas no debería aplicarse en estas actividades el principio de subsidiariedad, pues el deber es que permita garantizar el acceso o servicio universal.

En esa misma línea de interpretación, el precedente refirió que las actividades asistenciales son todas aquellas prestaciones de bienes o servicios con fines sociales, es decir, su finalidad es equilibrar los sectores más necesitados de la comunidad.³⁷ Por consiguiente, en estas actividades donde el Estado está llamado a garantizarlas para

asegurar el bienestar de la población, no se puede referir a una actividad empresarial, con lo cual no es aplicable el principio de subsidiariedad.

Por otro lado, en la segunda actividad enumerada que son los servicios públicos o también denominados servicios públicos económicos, conforme al artículo 58 de la Constitución, el Estado actúa principalmente y los garantiza. Sin embargo, a diferencia de otras actividades, en el precedente no se hizo referencia a la naturaleza jurídica de los servicios públicos, lo que nos lleva a plantear si se les aplica el principio de subsidiariedad.

Ante ello, algunos de los servicios públicos de nuestro ordenamiento jurídico como el servicio de saneamiento o electricidad se prestan o se pueden prestar directamente por el Estado, mientras que en otros servicios como telecomunicaciones o gas natural son los privados los que prestan el servicio, todos ellos mediante los títulos habilitantes que correspondan —por lo general es una concesión—. Por lo tanto, a partir de la naturaleza de cada servicio público se establece la gestión directa o indirecta de la actividad.³⁸

En ese sentido, en el servicio público de telecomunicaciones son los privados los que se encuentran prestando dicho servicio, con lo que el Estado cumple el rol de garantizar la adecuada prestación y se ha establecido un régimen especial de servicio universal para cubrir las zonas de preferente interés social, justamente atendiendo al principio de equidad o solidaridad.³⁹ En este caso,

37. Al respecto, véase el numeral 42 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

38. Sobre la gestión directa e indirecta del Estado existen varios autores que han abordado el tema, entre los cuales se pueden citar a los siguientes: Iñigo Del Guayo Castiella, "La gestión de servicios públicos locales", *Revista de Administración Pública* N° 165, (2004), p. 87-133; Ángel Menéndez Rexach, "La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad", *Revista de administración sanitaria siglo XXI* v.6. 2, (2008), p. 269-296. Leopoldo Font, *Modalidades de gestión de los servicios públicos locales y mecanismos de cohesión social y solidaridad interterritorial en España*, (Granada: Editorial Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2008).

39. Al respecto, véase Alberto Cairampoma, "El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea", *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 12, (2012), p. 175-188. Guelly Solar y Alberto Cairampoma, "Aspectos relevantes para la regulación del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones" *Modernizando el Estado para un país mejor*, (2010), p. 347-367. Carlón Matilde, "El servicio universal de telecomunicaciones: balances y perspectivas", *Cuadernos de derecho local* N° 23, (2010), p. 106- 124.

seguramente, aunque el Estado podría justificar su presencia como operador, esto no resultaría deseable por la dinámica que tiene el mercado.

Sin embargo, en otros servicios públicos como el de agua potable y saneamiento encontramos que son las empresas municipales las encargadas de su prestación. Así, conforme al artículo 13 del Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento —Decreto Legislativo 1280, se establece a las municipalidades como responsables de la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. En este caso se puede advertir que la habilitación para la prestación por parte del Estado, viene desde el legislador, aunque debamos anotar que no se dio a través de una ley del Congreso, sino más bien por delegación legislativa al Poder Ejecutivo. En ese sentido, se podría afirmar que el análisis de subsidiariedad se ha incorporado en el régimen jurídico especial establecido para la prestación de este servicio público.

A partir de ello, los servicios públicos son el claro ejemplo que el principio de subsidiariedad no se aplica de manera irrestricta y absoluta, sino que tendrá matices dependiendo frente al servicio público que nos encontremos, y si este se presta por gestión directa o indirecta del Estado. Ya hemos hecho referencia a todas las posibilidades que se pueden presentar respecto de los diversos servicios públicos, sociales —educación o salud— y económicos —telecomunicaciones, electricidad, gas natural y agua potable y saneamiento—. Por lo cual, consideramos que en el “precedente” se debió considerar el análisis de la naturaleza jurídica de los servicios públicos para la aplicación del principio de subsidiariedad.

Respecto a la tercera actividad enumerada que son las que revierten un alto interés general, como es el caso del sector banca, son fuerte-

mente reguladas por el Estado. Precisamente por la naturaleza de las mismas que se enmarcan en fines constitucionales, se requiere que el Estado vigile que se desarrollen adecuadamente. Y si bien, el Estado ha tenido un rol de vigilancia y no de prestación directa en el mercado, en la actualidad se viene cuestionando si por un interés general el Estado a través del Banco de la Nación debería entrar a competir con la banca privada.

El Banco de la Nación fue creado mediante la Ley 16000 el 28 de enero de 1966 con la finalidad de proporcionar todos los servicios bancarios a las entidades públicas. Así, percibimos que su creación respondió a una conveniencia nacional de atender al sector público. No obstante, actualmente se viene debatiendo si el Banco de la Nación por un interés público como inclusión financiera debería entrar a concurrir en los servicios que ofrece la banca privada. Desde nuestra perspectiva, más allá de un análisis de subsidiariedad, consideramos que el Banco de la Nación, en tanto operador del mercado, puede legítimamente competir en el mercado, debiendo respetar las reglas de la libre y leal competencia —esto involucra no tener ayudas públicas que distorsionen su participación en el mercado⁴⁰—. Se le debería considerar un operador más y, por tanto, debería respetar todas las reglas de mercado que se imponen para cualquier operador que realiza este tipo de actividades.

Por último, respecto a la cuarta actividad que son las que se desarrollan bajo la libre competencia, el principio de subsidiariedad se aplica con intensidad. Con el fin de proteger la libre iniciativa de los privados, se establece que el Estado no puede entrar a competir con los privados, debido a que dichas actividades deben desarrollarse sin ningún tipo de injerencia estatal. Por lo que, se justifican los requisitos del artículo 60 para restringir al Estado empresario

40. Al respecto, véase, Alberto Cairampoma, “Reinterpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”, *Aportes para un Estado Eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (2012), p. 315-329.

a situaciones excepcionales. Y en estos casos es donde el INDECOPI debe actuar con mayor frecuencia a través de la supervisión constante y la atención de las denuncias que se pueden presentar.

IV. CONCLUSIONES

Después de haber analizado el principio de subsidiariedad en concordancia y dentro de lo que implica una economía social de mercado, consideramos que se puede concluir que dicho principio no solo se aborda desde un sentido negativo del concepto que es la restricción de la actividad empresarial del Estado, sino que también permite establecer y redefinir bajo qué supuestos el Estado puede ser agente económico.

Además de ello, es importante interpretar en conjunto el principio de subsidiariedad y solidaridad. Ello nos hará comprender los alcances de nuestro régimen económico establecido en la Constitución, el cual no solo busca proteger las libertades económicas de los privados, sino que estas libertades sean acordes al interés general y el bienestar de la población en general.

En este contexto, queda claro que el Estado debe tener un rol proactivo cuando se trata de actividades donde tiene el deber de garantizar la prestación de los servicios, como es el caso de los servicios públicos, tanto los sociales o denominados asistenciales y los económicos, donde el Estado tiene el deber de prestar los servicios con continuidad, igualdad, adaptabilidad y universalidad. En ese sentido, en estos casos, el legislador puede optar por establecer que la prestación se lleve a cabo de manera directa y/o indirecta.

Asimismo, el concluir que el principio de subsidiariedad no es irrestricto ni absoluto, sino que su aplicación será gradual de acuerdo a las actividades económicas y supuestos. Por lo que, es importante determinar frente a qué actividades nos encontramos y con qué intensidad se aplica el principio de subsidiariedad.

Finalmente, hay que recalcar que el principio de subsidiariedad por sí mismo no cuenta con un contenido negativo o positivo, sino que recobra significado en su lectura acorde a la economía social de mercado en la medida que en el principio de subsidiariedad se sustenta en el equilibrio entre el interés particular y el interés general.