



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA EN EL PERÚ

Paul Montjoy-Forti

Lima, octubre de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Montjoy, 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.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO



El principio de subsidiariedad económica en el Perú

Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho

Paul Antonio Montjoy Forti

Lima, octubre 2018

A mi familia, mis profesores y los libros.

APROBACIÓN

La tesis titulada “La subsidiariedad económica en el Perú”, presentada por Paul Antonio Montjoy Forti en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Víctor Baca Oneto.

.....
Director de Tesis

RESUMEN ANALÍTICO- INFORMATIVO

El principio de subsidiariedad económica en el Perú.

Paul Antonio Montjoy Forti.

Asesor: Víctor Baca Oneto.

Tesis de Título

Licenciado en Derecho.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Lima, octubre 2018

Palabras Clave: Derecho Público / principios del derecho / Constitución / subsidiariedad / Perú / Tesis / Investigación.

Descripción: Tesis de licenciatura en Derecho, perteneciente a la línea de investigación de Derecho Público.

El autor presenta el resultado de la investigación acerca del principio de subsidiariedad en el Perú y sus alcances.

Contenido:

El texto de tesis está dividido en tres capítulos: El primer capítulo refiere acerca del concepto de la subsidiariedad. El segundo capítulo se refiere acerca de la regulación y los alcances del principio de subsidiariedad en el Perú. Mientras el tercer capítulo hace referencia a las instituciones vulneradas cuando no se respeta el principio de subsidiariedad, así como analiza las posibilidades de interponer garantías constitucionales para su defensa.

Metodología: Método histórico, enfoque interpretativo, y analítico.

Conclusiones: El principio de subsidiariedad no se agota en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, sino que dota de un orden de acción a la actividad económica del Estado, tanto empresarial como no empresarial.

Fuentes: Derecho peruano, derecho comparado y filosofía económica- política.

Fecha de elaboración resumen: 22 de septiembre de 2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: NACIMIENTO, ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y CLASIFICACIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA	3
1.1. Nacimiento y evolución de la noción de subsidiariedad económica.....	3
1.1.1. El surgimiento espontáneo de la subsidiariedad económica	3
1.1.2. La subsidiariedad económica en la doctrina cristiana.	6
1.1.3. Subsidiariedad económica y liberalismo.	10
1.2. Delimitación conceptual de la subsidiariedad económica	16
1.2.1. Los sectores Público y Privado no son opuestos. La cooperación como punto de partida para buscar el interés general. Cooperación directa e indirecta.	16
1.2.2. El principio de subsidiariedad económica como desarrollador de la actividad económica estatal. Niveles de intervención de la subsidiariedad. El Estado Eficiente.....	21
1.2.3. A modo de primera conclusión: El concepto propuesto de subsidiariedad económica.....	24
1.3. Clases de subsidiariedad económica	25
1.3.1. Primera clasificación: Subsidiariedad económica negativa y Subsidiariedad económica positiva.....	25
1.3.1.1. Sobre la naturaleza bifronte de la subsidiariedad.....	26
1.3.1.2. La intervención del Estado.....	27
1.3.2. Segunda clasificación: Subsidiariedad económica empresarial y Subsidiariedad económica no empresarial.....	29
1.3.2.1. Subsidiariedad económica empresarial.	30
1.3.2.2. Subsidiariedad económica no empresarial.	31
1.3.2.2.1. Actividad de control regulatorio.	32
1.3.2.2.2. Actividad de fomento y actividad asistencial.....	34
1.3.2.2.3. Actividad económica contractual o de cooperación.....	35
CAPITULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL PERÚ	39
2.1 Marco normativo	39
2.1.1 Elementos de la subsidiariedad económica empresarial en el ámbito peruano...42	

2.1.2	Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado.....	49
2.1.3	Subsidiariedad y Ley de Represión de Competencia Desleal.	51
2.1.3.1	Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Código de Protección y Defensa del Consumidor y Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.	53
2.1.3.2	Resolución de observancia obligatoria del Indecopi: Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”.....	54
2.1.4	Regulación de la subsidiariedad en la actividad contractual.	56
2.1.5	Regulación subsidiaria de la administración pública	58
CAPÍTULO TERCERO:		61
LOS ÁMBITOS EN QUE SE PUEDEN VER AFECTADOS LOS SUJETOS DE DERECHO SI EN CASO NO SE RESPETE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD		61
3.1	Libertad de empresa	62
3.2	Libre competencia	63
3.3	Ineficiencia y repercusión social	65
3.4	Afectación en la actividad contractual o de cooperación	65
3.5	¿Son viables las garantías constitucionales para salvaguardar la subsidiariedad?	66
CONCLUSIONES		71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		73

INTRODUCCIÓN

Antes de todo, es necesario indicar que la subsidiariedad, así reconocido por doctrinarios y el Tribunal Constitucional, tiene dos vertientes: vertical y horizontal. La primera trata de la relación entre los distintos órganos del Estado y la segunda sobre la relación Estado-ciudadano. En este trabajo solo trataremos la subsidiariedad horizontal, también conocida como subsidiariedad económica.

El debate acerca del principio de subsidiariedad económica en el Perú no ha sido pacífico. Muchas veces se le ha definido de forma conflictivista, o para utilizar los términos del Tribunal Constitucional “de forma opositiva” en la relación Estado-ciudadano. Se le ha visto como un límite al poder, un límite a la acción estatal, una prohibición a que el Estado actúe; lo cual no es cierto. Por ello, este trabajo comienza por dar un acercamiento conceptual al principio, analizando las doctrinas cristiana y liberal, y propone una visión que nazca de la cooperación de los sectores público y privado para la garantizar de mejor manera derechos fundamentales.

Después de dar el acercamiento conceptual, ahondaremos en dos clasificaciones de la subsidiariedad económica: positiva y negativa; empresarial y no empresarial. Otra de las propuestas de este trabajo es comprender que la actividad económica del Estado va más allá de su actividad empresarial, siendo esta parte de la primera, y en ese sentido, analizamos cómo el principio de subsidiariedad económica influye en ella.

La segunda parte de este trabajo es sobre el marco normativo de la subsidiariedad económica en el Perú, revisando la escalera normativa, desde el marco constitucional hasta el marco reglamentario, así como la definición dada por el Tribunal

Constitucional y la concepción del INDECOPI sobre este principio, estableciendo en el camino críticas y observaciones a dichas normas.

Finalmente, en el capítulo tercero, es necesario ver en qué ámbitos se pueden ver afectados los sujetos de derecho si no se respeta el principio de subsidiariedad. Analizaremos la libertad de empresa, la libre competencia, la ineficiencia y su repercusión, la seguridad jurídica, la afectación contractual así como si es que son viables las garantías constitucionales para salvaguardar la subsidiariedad.

La finalidad de este trabajo es poder dar una visión renovada del principio de subsidiariedad ayude en el debate nacional a dar luz sobre el mismo, bajo un concepto que no oponga los sectores público y privado y que no genere conflictos en la relación Estado-ciudadano.

CAPÍTULO PRIMERO:

**NACIMIENTO, ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y CLASIFICACIÓN DE LA
SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA**

1.1. Nacimiento y evolución de la noción de subsidiariedad económica.

1.1.1. El surgimiento espontáneo de la subsidiariedad económica

Como muchas de las nociones jurídicas que se utilizan hoy en día, el principio de subsidiariedad económica actual es producto de una evolución histórica que comienza cuando el hombre abandona las primeras sociedades colectivas, tribales, y pasa a convivir en sociedades en las cuales se empiezan a crear y profundizar tejidos sociales a través de órganos, cuerpos intermedios e instituciones. Así por ejemplo podemos citar el cambio del sistema del trueque por el dinero, el paso de las sociedades primitivas a sociedades mercantiles y la creación de un mercado con divisa en su etapa inicial¹. Estos órganos intermedios fueron acaparando funciones específicas que antes le pertenecían a la colectividad y con el tiempo se fueron especializando. Ya para el tiempo de Aristóteles, el filósofo registra una serie de órganos intermedios (familias, aldeas, villas) a través de los cuales se teje la sociedad y mediante los cuales el hombre puede llegar a desenvolverse plenamente. También explicaría que lo mejor para la *polis*, la máxima organización social, era la diversidad, oponiéndose al ideal platónico de una sociedad homogénea².

¹ VARGAS LLOSA, M (2018) *La llamada de la tribu*. Lima. Alfaguara. P 53.

² ORTÚZAR MADRID, P (2015). *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate*. Santiago de Chile. Instituto de estudios de la sociedad (IES). P 5.

Estos órganos intermedios, que van apareciendo de manera espontánea según las necesidades de la sociedad³, y muchos de estos cuerpos comenzaron a realizar actividad económica generando vínculos entre ellos y la autoridad. Existen vestigios en la antigua Roma de que el gobernante cedía a privados autorizaciones para realizar algunas actividades de titularidad pública por un periodo de tiempo y a cambio de una retribución económica. Existió la figura del *ius vectigalis*, la cual era utilizada, en su mayoría, para el mejoramiento de las villas y construcción de pequeña infraestructura (como ocurre en las concesiones actuales). Al parecer, luego dicha figura evolucionó a la *societas publicanorum*, por la cual se concedía a privados la autorización para supervisar la ejecución de las obras públicas⁴. El ayllu incaico, que era la forma de organización social andina, también servía para que las familias organizadas puedan realizar labores de titularidad pública como el mantenimiento de los caminos, suministro de alimentos, educación de los descendientes. Los ayllus eran cuerpos sociales intermedios que gozaban de cierta independencia (económica, religiosa, social) al respecto de otros cuerpos similares y tenían competencias en las cuales el inca no se entrometía⁵. En estas tres instituciones hay un factor en común que está relacionado con la subsidiariedad económica: que el cuerpo mayor, en un marco de cooperación, permite que el cuerpo intermedio realice cierta actividad económica que él mismo podría realizar pero no lo hace porque es más eficiente que lo haga dicho cuerpo intermedio.

³ “Esto significa que las reglas generales del derecho en que basa un orden espontáneo tienden a un orden abstracto cuyo contenido particular o concreto no es conocido o previsto por nadie”

HAYEK, F (2006). *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid. Unión Editorial. P 58.

⁴ URUETA, J (2010). *El contrato de Concesión de obras públicas (Project, finance y partenariat público-privado)*. Segunda Edición. P 246.

⁵ ROSTWOROWSKI, M. (2017) *La historia del Tahuantinsuyu*. Tercera Edición. P 382.

Para Tomás de Aquino, existían órdenes graduales dentro de las comunidades humanas, estos órganos de distinta escala operan de manera independiente pero al mismo tiempo conforman un todo. Es decir, estos cuerpos intermedios, ordenados jerárquicamente, tienen distintos grados de autosuficiencia⁶. Según QUINTANA, en la Edad Media se podía observar esta convivencia de cuerpos intermedios en las conformaciones de gremios, los cuales eran necesarios para desempeñar determinados oficios, y que en el caso de Francia fueron suprimidos por la Ley Chapelier en la Revolución Francesa, la misma que prohibía la existencia de cuerpos intermedios y de gremios sindicales en dicho país⁷.

Así, como afirma VIGNOLO “el principio de subsidiariedad tiene fuentes diversas y antiguas, que pueden rastrearse en las diversas etapas de la historia del pensamiento sobre la sociedad apareciendo ciertas cuestiones desde las antiguas concepciones filosóficas propugnadas por Aristóteles y Tomás de Aquino hasta llegar a la formulación de varios conceptos básicos durante la irrupción del liberalismo anglosajón representado principalmente por Locke y Stuart Mill”⁸.

En ese sentido, si bien vamos a exponer la noción de la subsidiariedad en distintas posturas filosóficas, como el liberalismo o la socialdemocracia, no es objetivo de este trabajo hacer un repaso histórico detallado del principio de subsidiariedad. Pero sí será imperativo reconocer que la subsidiariedad no es un principio exclusivo de alguna de

⁶ ORTÚZAR MADRID, P (2015) *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate...* op cit. P 5.

⁷ QUINTANA BENAVIDES, A. (2014) *El principio de subsidiariedad*. Santiago de Chile. Revista de Derecho Público- Universidad de Chile. P 126.

⁸ VIGNOLO, O. (2017) *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria* (Tesis doctoral). Zaragoza. Universidad de Zaragoza. P 33.

dichos pensamientos sino que es una institución más antigua, que surgió espontáneamente de manera natural, y ha ido evolucionando a lo largo de tiempo en conjunto con el hombre y su manera de vivir y realizar sus actividades económicas⁹.

Después de comprender que la subsidiariedad nació espontáneamente conforme las sociedades fueron organizándose. Es necesario conocer los conceptos que distintas tendencias de pensamiento tienen sobre este principio, sin ánimos de hacer un análisis filosófico profundo, pero sí tratando de entender las particularidades de los mismos para así proponer un concepto propio que nos sea útil para continuar con lo que propone este estudio.

1.1.2. La subsidiariedad económica en la doctrina cristiana.

En el siglo XVI, el filósofo y teólogo calvinista Johannes Althusius, defendió la existencia de distintas esferas de soberanías que eran necesarias para satisfacer las necesidades de los individuos y que eran necesarias para dotar de autoridad al cuerpo mayor del tejido social¹⁰. Althusius formula en su discurso económico la teoría de los bienes, que constituye una base para la construcción económica del liberalismo. En su discurso se hace una defensa de la propiedad privada: “Este tema constituye el punto nuclear de la teoría económica althusiana, pues se trata de concebir una sociedad de propietarios, ya que ésta al desarrollarse y consolidarse es la única forma de asociación humana capaz de garantizar adecuadamente una vida comunitaria en armonía”¹¹. En su

⁹ DOXRUD, J. (2016) *La filosofía política de Friedrich Hayek (2): Orden espontáneo, Derecho y Ley*. Liberty and Knowledge. Recuperado de: http://www.libertyk.com/blog-articulos/2016/12/13/la-filosofia-politica-de-friedrich-hayek-2-orden-espontaneo-derecho-y-ley-por-jan-doxrud#_ftn2.

¹⁰ ORTÚZAR MADRID, P (2015) *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate...* op cit. P 6.

¹¹ CARVAJAL ARAVENA, P (2012). *La teoría de los bienes en la “política” de Johannes Althusius como base del pensamiento económico liberal*. EGOV- Proyecto Fondecyt. Recuperado de:

discurso encontramos un fuerte rechazo de la monopolización estatal del mercado, llegándola incluso a comparar con una tiranía¹².

Por su lado en la Doctrina Social de la Iglesia Católica encontramos en la encíclica *Libertas praestantissimum* en la que reconoce la existencia de cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo: “Es este el ámbito de la sociedad civil, entendida como el conjunto de relaciones entre individuos y entre sociedades intermedias, que se realizan en forma originaria gracias a la ‘subjetividad creativa del ciudadano’”¹³. Posteriormente aparece la encíclica *Rerum Novarum* referencias a los límites que debe tener el Estado y la convivencia del mismo respecto a los cuerpos intermedios, estableciendo de que no es justo que el individuo y la familia sean absorbidos por el Estado y que cuando se ha producido un daño al bien común o a los intereses de una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá ser asumido por el poder público¹⁴. También en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia se establece que “todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (*‘subsidium’*) —por lo tanto de apoyo, promoción, desarrollo— respecto de las menores.”¹⁶ Lo que da a entender que entre los distintos cuerpos que conforman la sociedad, el ente mayor debe tener siempre una posición de “ayuda” con respecto a los

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-teor%C3%ADa-de-los-bienes-en-la-pol%C3%ADtica-de-johannes-althusius-como-base-del-pensamiento-econ>

¹² Idem.

¹³ LEON XIII. Carta enc. *Libertas praestantissimum*. 1889.

¹⁴ LEON XIII. Carta enc. *Rerum Novarum*. 1891.

¹⁵ CASTRO TORRES, J (2012). *El concepto de subsidiariedad del Estado en el Siglo XX chileno: Algunas fuentes documentales para su estudio*. Congreso Social “La persona en el Corazón del Desarrollo”. Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. P 3.

¹⁶ Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia a Juan Pablo II. 186.

cuerpos inferiores, lo que nos da una noción más cercana de lo que entendemos actualmente por subsidiariedad.

En la encíclica *Quadragesimo Anno* se establece “un modelo de organización corporativista de la sociedad, en la cual, el hombre puede hacer ejercicio de la libertad en cuanto es miembro de agrupaciones intermedias, espacio indispensable para la materialización de la libertad. La crítica realizada al liberalismo en esta Encíclica es clara, por ser causante del ‘vicio del individualismo’ que provocó la práctica desaparición de la vida social de las agrupaciones humanas, lo que implicaría que, al encontrarse solos los individuos frente al Estado, tenga que soportar éste las cargas antes soportadas por las corporaciones”¹⁷. Lo que a nuestro entender no es exacto porque existen doctrinarios liberales que defienden las agrupaciones humanas, como veremos más adelante. Pero también establece un acercamiento bastante claro en cuanto a la subsidiariedad: “Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función ‘subsidiaria’, el orden jerárquico

¹⁷ CASTRO TORRES, J (2012). *El concepto de subsidiariedad del Estado en el Siglo XX chileno: Algunas fuentes documentales para su estudio...op cit.* P 3.

entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”^{18 19}.

En la encíclica *Caritas in veritate* establece lo siguiente: “Sin duda, el principio de subsidiaridad, expresión de la inalienable libertad, es una manifestación particular de la caridad y criterio guía para la colaboración fraterna de creyentes y no creyentes. La subsidiaridad es ante todo una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios. Dicha ayuda se ofrece cuando la persona y los sujetos sociales no son capaces de valerse por sí mismos, implicando siempre una finalidad emancipadora, porque favorece la libertad y la participación a la hora de asumir responsabilidades. La subsidiaridad respeta la dignidad de la persona, en la que ve un sujeto siempre capaz de dar algo a los otros. La subsidiaridad, al reconocer que la reciprocidad forma parte de la constitución íntima del ser humano, es el antídoto más eficaz contra cualquier forma de asistencialismo paternalista. Ella puede dar razón tanto de la múltiple articulación de los niveles y, por ello, de la pluralidad de los sujetos, como de su coordinación. Por tanto, es un principio particularmente adecuado para gobernar la globalización y orientarla hacia un verdadero desarrollo humano”^{20 21}.

La subsidiariedad manifestada en las diferentes encíclicas publicadas alrededor del siglo XX está necesariamente ligada a dos conceptos (y esto es lo que la diferencia de las nociones de subsidiariedad posteriores): a la idea de la existencia de un Derecho

¹⁸ CASTRO TORRES, J (2012). *El concepto de subsidiariedad del Estado en el Siglo XX chileno: Algunas fuentes documentales para su estudio...op cit.* Pp 4-5.

¹⁹ PIO XI. Carta enc. *Quadragesimo Anno*. 1931.

²⁰ BENEDICTO XVI. Carta enc. *Caritas in veritate*. 2009.

²¹ VIGNOLO, O. (2017) *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria* (Tesis doctoral)...op cit. Pp. 37-42.

Natural; es decir, un Derecho preexistiría al Derecho Positivo donde, por ejemplo, radicaría la dignidad del hombre y al principio de solidaridad, enlazado a la idea de distribución adecuada de la riqueza, lo que dota al principio de un contenido social muy fuerte²².

1.1.3. Subsidiariedad económica y liberalismo.

En cambio, el liberalismo no es uniforme respecto al tema de la subsidiariedad, algunos, como el filósofo Ludwig Von Mises no existen argumentos válidos para la intervención del Estado en la economía²³. Sin embargo, para los liberales que toman en cuenta el principio de subsidiariedad, este es un concepto no se sustenta en la preexistencia de un Derecho Natural, sino que está sustentado por los conceptos de propiedad, individualismo y libertad²⁴. Para Smith el progreso se hallaba en la libertad del hombre para que este pueda realizar sus propios anhelos egoístas, y que con estas acciones económicas se contribuía al bienestar general, esto en un marco de libre mercado y propiedad privada²⁵.

Para Hayek el gran adversario del progreso era el constructivismo o la ingeniería social. Para este pensador, nadie inventó la civilización sino que más bien fue naciendo de manera espontánea: “nuestra civilización es en gran medida un resultado imprevisto y no pretendido de nuestro sometimiento a las reglas morales y legales que no fueron nunca inventadas con un resultado prefijado, sino que crecieron porque las

²² ORTÚZAR MADRID, P (2015) *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate...* op cit. Pp 5-9.

²³ DE LEON BARBERO, J. *Liberalismo y subsidiariedad*. Eleutheria-UFM. Universidad Francisco Marroquín. Recuperado de: http://www.eleutheria.ufm.edu/Articulos/100321_articulo_de_fondo_3.htm#_ftn16

²⁴ VARGAS LLOSA, M (2018). *La llamada de la tribu...* op cit. Pp 99-140.

²⁵ *Ibidem*. Pp P 9.

sociedades poco a poco las fueron desarrollando”²⁶. Como afirma VAN SEUMEREN: “los órdenes espontáneos generan sistemas complejos principalmente a través de un proceso evolutivo de buscar soluciones para los problemas expuestos por el ambiente. Estas soluciones tienden a ser cada vez más sofisticadas y logran niveles de complejidad cada vez más altos mientras se desarrollan. A su vez, los mecanismos de la coordinación espontánea permiten estas soluciones sofisticadas. La espontaneidad entonces es el camino y la solución para la complejidad”²⁷. En ese sentido, la subsidiariedad, como lo señalamos en un inicio, es un principio que se desarrolló a lo largo del tiempo. Para HAYEK “esto significa que las reglas generales del derecho en que basa un orden espontáneo tienden a un orden abstracto cuyo contenido particular o concreto no es conocido o previsto por nadie”²⁸.

Este pensador entiende a “el subsidio como la intervención del Gobierno en momentos y lugares en los que la iniciativa privada sea incapaz de prestar algún servicio por estrictas razones de conveniencia”²⁹. Para Hayek se justifica la intervención estatal en la economía para prestar servicios cuando de otro modo la población no podría obtenerlos siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos: (i) Que el Estado no recurra al uso de la violencia o coacción para prestar servicios que el mercado no presta, (ii) que se evite a toda costa el centralismo, (iii) que tales servicios se presten apoyándose en la iniciativa privada, (iv) que gran parte de los impuestos se queden en el lugar donde se genera, (v)

²⁶ Hayek, F. A. von, Homenaje a Leonard Read (1989), en el vol. IV de las Obras Completas (Las vicisitudes del liberalismo: ensayos sobre economía austriaca y el ideal de libertad. Unión Editorial. 1996. Madrid. P 285. Citado en VARGAS LLOSA. (2018) *La llamada de la tribu...* P 116.

²⁷ VAN SEUMEREN, J (2011). *El Orden Espontáneo y la Teoría de la Evolución Cultural en Hayek. Laissez-Fraire*:15. Univeridad Francisco Marroquín. Pp 61-77.

²⁸ HAYEK, F. A. (2006). *Derecho, Legislación y Libertad...* op cit. P 58.

²⁹ DE LEON BARBERO, J. *Liberalismo y subsidiariedad*. Eleutheria-UFM. Universidad Francisco Marroquín. Recuperado de: http://www.eleutheria.ufm.edu/Articulos/100321_articulo_de_fondo_3.htm#_ftn16

que en ningún momento se genere un monopolio estatal, (vi) no pensar que serán otros quienes soporten el costo de los servicios (esto en contraposición de la idea de los socialdemócratas, doctrina social de la iglesia y demócratas cristianos que entienden que el costo del rol subsidiario del Estado sea soportado por quienes más tienen)³⁰. En este sentido se procura maximizar la libertad de la persona y minimizar el poder coercitivo del Estado. Como afirma ORTÚZAR: “Este cuadro de una lectura libertaria de la subsidiariedad, centrada en su aspecto negativo, se completaría con el trabajo de Friederich Hayek respecto al orden espontáneo, que maximiza la utilización de la información socialmente disponible gracias a la libre coordinación de los agentes en base al sistema de precios”³¹. Para HAYEK, se debe dejar al individuo la máxima libertad posible para realizar procesos productivos, mientras el Estado tiene un rol preponderantemente regulador, aunque reconoce que la excesiva regulación termina encareciendo el precio de los productos y reducen la productividad total³². Otra frase de HAYEK relacionada directamente con el principio de subsidiariedad es la siguiente: “La fuerza del Estado debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares”³³. Podríamos decir, por ejemplo, que el Estado está en la obligación de garantizar el derecho a la alimentación, pero no en producir conservas de pescado para exportar.

Siguiendo la línea de pensamiento liberal es necesario mencionar a Karl Popper cuyas investigaciones denotan un constante rechazo al autoritarismo que, según él,

³⁰ Idem.

³¹ ORTÚZAR MADRID, P (2015) *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate...* op cit. P 9.

³² HAYEK, F (1998). *Los fundamentos de la libertad (The constitution of liberty)*. Madrid. Unión Editorial. 6ta edición. Pp 307-308.

³³ *Ibídem*. P 309.

proviene de una línea de pensamiento que empieza con Platón, se enriquece con Hegel y alcanza su mayor punto con Marx³⁴. Su rechazo con el historicismo, entendido como leyes inexorables al comportamiento humano y social, hacen que su postura sea radicalmente distinta a los postulados cristianos mencionados anteriormente³⁵. Entiende que el historicismo, donde incluye a la filosofía cristiana, empobrece al ser humano en el sentido de que niega a la razón humana el poder de realizar un mundo más razonable³⁶. Estos comportamientos humanos, que se basan en el escepticismo de la hipótesis, el ensayo y error y en el perfeccionamiento gradual, no están movidos por un determinismo moral ni histórico³⁷.

POPPER (2015) establece que parte de los historicistas defienden la planificación social que pretende controlar y reconstruir nuestra sociedad como un todo (marxismo, fascismo), lo que representa una intuición totalitaria porque el término sociedad abarca no solo las relaciones económicas (control de los medios productivos), sino también las sociales (control de cuerpos intermedios) y personales (control de ideales)³⁸. Lo importante para este autor no es preguntarse qué es el Estado sino preguntar ¿qué es lo que exigimos del Estado?, solo respondiendo esta pregunta sabremos si una institución realiza lo que realmente exigimos de ella. Según el autor, lo que se le exige al Estado es protección. POPPER piensa que el liberalismo y la intervención estatal no se excluyen mutuamente, porque se requiere de la intervención del estado para garantizar los

³⁴ VARGAS LLOSA, M (2018). *La llamada de la tribu...*op cit. P 146.

³⁵ Ídem.

³⁶ POPPER, K (2015): *La miseria del historicismo*. Epublibre. P 40.

³⁷ ZANOTTI, G (2001). *Popper y el Cristianismo*. Universidad Francisco Marroquín. Laissez-Fraire 15. Pp 55- 60.

³⁸ POPPER, K (2015): *La miseria del historicismo...*op cit. Pp 52- 53.

mínimos necesarios de libertad. Así como por ejemplo en resguardar la educación, sin llegar a tener un control excesivo en ello³⁹ ⁴⁰. En ese sentido, se trata de darle la mayor libertad posible al individuo para que pueda desarrollarse y realizar intervención estatal solamente en lo que sea estrictamente necesario (subsidiariedad).

Para RUSSELL en toda democracia existe una necesidad de defender a los individuos y a las minorías; por ello la importancia de que el Estado busque la defensa de los derechos humanos. Pero la defensa de los derechos humanos, no solo debe provenir del Estado sino también de asociaciones o cuerpos intermedios. El autor hace hincapié en las defensas de las minorías que se encuentran en situación de desigualdad o exclusión (así por ejemplo, la defensa de los trabajadores con respecto de los empleadores). Este autor plantea domar el poder a través de la extensión del autogobierno de grupos relevantes en asuntos específicos, incluyendo allí consumidores, sindicatos, gremios, entre otros⁴¹. En su libro *Autoridad e individuo*, hace alusión a la formación espontánea de lo que hoy conocemos como ‘gobierno’⁴², establece que la iniciativa individual está limitada por el Estado o por poderosas corporaciones y que esto puede llevar, si es que no se controla, a una especie de “fatalismo desastroso para la vida vigorosa”⁴³. Entendiendo que mientras más grande sea el Estado, menor será la libertad que tiene el individuo para

³⁹ SUÁREZ-IÑIGUEZ, E (1991). *La filosofía política de Karl Popper*. Ciudad de México. Estudios Políticos 5- UNAM. Pp 7-24.

⁴⁰ De igual opinión fue Stuart Mill. Para profundizar este tema: STUART MILL, J (2013). *Sobre la libertad*. Aguilar. Pp 88-105.

⁴¹ CARVAJAL VILLAPLANA, Á. *Democracia, poder y minorías en Bertrand Russell*. Revista Humanidades Vol 3. San José. Universidad de Costa Rica. Pp 1-11.

⁴² RUSSELL, B (1949). *Autoridad e individuo*. México. Fondo de Cultura Económica. P11.

⁴³ *Ibidem*. P16.

realizar sus actividades⁴⁴. Contraste a ello, a lo largo de su filosofía liberalismo social⁴⁵ se hace una defensa a los cuerpos intermedios, gremios, y derechos de las minorías, que deben ser garantizados y defendidos por una intervención mínima y regulatoria del Estado; alejándose así de la crítica formulada por la Doctrina Social de la Iglesia respecto al individualismo. Para este autor es necesaria la intervención regulatoria del Estado y que interactúe con la iniciativa individual, para la consecución de sus fines primordiales (de los gobiernos) que son tres: la seguridad, la justicia⁴⁶ y la conservación. A entender GROSER, el principio una concepción subsidiaria es necesaria para la teoría liberal, en la cual Estado solo puede restringir la libertad de los ciudadanos en lo estrictamente necesario⁴⁷.

Haciendo una síntesis utilitaria para el concepto que queremos dar de subsidiariedad económica es necesario rescatar que el liberalismo aporta nociones fundamentales: Como la noción de un Estado Eficiente, en el sentido de tener un Estado concentrado en sus fines; la importancia de dotar la mayor libertad posible al individuo para que realice sus actividades económicas; la necesidad de que el Estado regule la actividad privada; el hecho de que Estado intervenga en la economía en ciertas

⁴⁴ *Ibidem*. P18.

⁴⁵ Russell en su libro *Ensayos impopulares* sostiene que el liberalismo empirista, al que no veía incompatible con el socialismo democrático (motivo por el cual perteneció el partido laboralista) era la única filosofía que podía ser adoptada por el hombre que desee la felicidad humana por encima de cualquier partido o credo.

⁴⁶ “Hay justicia donde todos son igualmente pobres, como también la hay donde todos son igualmente ricos, pero es inútil hacer más pobres a los ricos si esto no hace más ricos a los pobres. Los argumentos en contra de la justicia son aún más contundentes si, por buscar la igualdad, hace a los pobres aún más pobres de lo que eran.”

RUSSELL, B (1949). *Autoridad e individuo...* P 47.

⁴⁷ GROSER, M (2014) *Los principios de solidaridad y subsidiariedad. Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política. Volumen I: Fundamentos, teoría e ideas políticas*. Ciudad de México Editor: Sánchez de la Barquera y Arroyo. Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pp 176.

circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos; y la necesidad de que el Estado proteja los cuerpos intermedios así como las minorías.

1.2. Delimitación conceptual de la subsidiariedad económica.

1.2.1. Los sectores Público y Privado no son opuestos. La cooperación como punto de partida para buscar el interés general. Cooperación directa e indirecta.

Ahora bien, tanto de la filosofía cristiana como de la concepción liberal se podría dar a entender que el sector público y el sector privado son opuestos; así tenemos el rechazo cristiano al individualismo excesivo y el rechazo liberal al Estado. Para poder acercarnos el concepto de subsidiariedad que queremos, debemos entender que ambos sectores no se oponen, sobre todo en estos tiempos, sino que más bien buscan la cooperación.

Primero debemos conocer cuáles son las naturalezas de ambos sectores. Para RABOTNIKOF existen tres sentidos tradicionales para distinguir el sector público del sector privado: i) Que lo público está destinado a lo colectivo, al interés general, mientras lo privado concierne a la dimensión individual. ii) Que el sector público refiere a la noción de publicidad; es decir, que es manifiesto, mientras el sector privado es secreto u oculto (aunque afirma que en la práctica no siempre lo privado está oculto). iii) Que lo público es accesible a todos, a diferencia de lo privado⁴⁸. Aunque también reconoce que estos criterios, según ella ‘tradicionales’, se le han ido agregando iv) Que lo público hace referencia a la administración y gobierno y el sector privado hace referencia al

⁴⁸ RABOTNIKOF, N. *Lo público, lo privado*. Universidad Nacional de La Plata. Opinión Pública. P. 4-6. Recuperado de:

<http://www.perio.unlp.edu.ar/sitios/opinionpublica2pd/wp-content/uploads/sites/14/2015/09/T1.2-Rabotnikof-.P%C3%BAblico-y-privado.desbloqueado.pdf>

mercado⁴⁹. Este último criterio podríamos entenderlo de manera conflictivista; es decir, que ambos sectores se oponen y marcan fronteras intransitables (lo que sería poco conveniente e irreal) o podríamos entenderlo de una forma más integral, que ambos sectores se complementan y cooperan porque buscan dos cosas completamente distintas y, por lo tanto, no son opuestos.

Para ello es necesario mencionar que los sectores público y privado tienen orígenes y fines distintos; y la interacción actual, real y existente, de ambos sectores. Sobre los orígenes de ambos, no vamos a ahondar en el detalle porque dicho ejercicio es lejano a la finalidad de este trabajo que no pretende hacer un recuento histórico de la noción de Estado. Pero sí nos vamos a detener en la finalidad del mismo en base a lo regulado en las Constituciones actuales: Para la Constitución chilena, la finalidad del Estado es promover el bien común (Artículo 1)⁵⁰; en la Constitución ecuatoriana se establece que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar el goce de los derechos constitucionales (Artículo 3)⁵¹; para la Constitución mexicana, lo primordial es garantizar los derechos humanos (Artículo 1)⁵²; según el preámbulo de la Constitución estadounidense, esta se formó para promover el bienestar general⁵³; la constitución alemana establece que la obligación de poder público es respetar y proteger la dignidad humana (Artículo 1)⁵⁴; para la Constitución colombiana, los fines esenciales del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar los derechos

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Constitución Política de la República de Chile. 2005.

⁵¹ Constitución Política de la República del Ecuador. 2008.

⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

⁵³ Constitución de los Estados Unidos de América. 1787.

⁵⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. 1949.

constitucionales (Artículo 2)⁵⁵; mientras para la Constitución peruana señala que la defensa de la persona humana, y su dignidad son el fin supremos de la sociedad y del Estado (Artículo 1)⁵⁶. Por lo que se puede ver factores en común: que dichas sociedades, incluyendo la nuestra, consideran que la finalidad del Estado son (i) garantizar los Derechos Fundamentales de la persona y (ii) buscar el interés general.

En cambio, el sector privado se ha caracterizado por ser un espacio de libertad donde los individuos interactúan y realizan sus actividades económicas, normalmente buscando el lucro. Siguiendo las diferencias hechas por la profesora RABOTNIKOF, el sector privado se caracterizaría por lo siguiente: que está referido a la dimensión individual de los seres humanos, que es secreto u oculto, en todo caso, no existe una obligación de publicidad, (iii) que no es accesible a todos y que está referido al mercado⁵⁷.

En cuanto a la interacción del sector público y el sector privado, en lo concerniente en materia económica, es necesario mencionar que hemos pasado por dos etapas históricas marcadas: de la estatización y expansión de las empresas públicas (que en el caso peruano se dio en el velascato⁵⁸), de la privatización y liberalización en la última etapa del siglo pasado⁵⁹ (que en el caso peruano se dio en el fujimorato⁶⁰). Pero a

⁵⁵ Constitución Política de Colombia. 1991.

⁵⁶ Constitución Política del Perú. 1993.

⁵⁷ RABOTNIKOF, N. *Lo público, lo privado*. Universidad Nacional de La Plata. Opinión Pública. P. 4-6. Recuperado de:

<http://www.perio.unlp.edu.ar/sitios/opinionpublica2pd/wp-content/uploads/sites/14/2015/09/T1.2-Rabotnikof-P%C3%BAblico-y-privado.desbloqueado.pdf>

⁵⁸ KRESALJA ROSSELLÓ, B. OCHOA, C (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima. Fondo Editorial PUCP, pp 361- 362.

⁵⁹ THE WORLD BANK (2009). *Module 1: Overview of PPP experience*. Historical context. P 35.

⁶⁰ RUIZ CARO, A (2002). *El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002*. Santiago de Chile. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES. Pp 9-12.

esas dos etapas es necesario agregar nuestro momento actual: de cooperación entre los sectores público y privado. Esto en base a que el sector privado, con el paso del tiempo y en un contexto de libre mercado, se vuelve más competitivo y especializado, y de esta forma empieza a tener un rol más activo en el desarrollo⁶¹. Así, mientras el Estado busca, por ejemplo, reducir la pobreza; el sector privado es un generador de riqueza desde su rol de empleador, inversor, capacitador⁶². En ese sentido, ambos cooperan en el mismo objetivo (reducir la pobreza) solo que el Estado lo hace garantizando derechos (regulando condiciones laborales dignas, por ejemplo), mientras el sector privado lo hace enfocado en la competitividad y en el lucro (y muchas veces lo hace de forma inconsciente, sin saber que con su propia actividad, colabora). A este tipo de cooperación podríamos denominarle cooperación indirecta.

Esta cooperación indirecta se puede observar por ejemplo en el sistema de salud, en el que conviven clínicas privadas (reguladas por SUSALUD) y hospitales públicos, ambos buscando garantizar el derecho a la salud desde sus sendos enfoques. En esta cooperación se hace necesaria la actuación de la subsidiariedad, en el caso peruano, mientras las personas que tienen mayor capacidad adquisitiva suele atenderse en clínicas privadas; los hospitales públicos, de forma subsidiaria, sirven para garantizar la salud a quienes tienen menor capacidad adquisitiva. Pero también ocurre que, por temas de especialidad, existen hospitales públicos que cuentan con mejor equipamiento que las clínicas privadas, lo que hace que en ciertos casos de emergencia personas que se atienden

⁶¹ Petkoski, D., Jarvis, M. y Garza, G. de la. (2006). *El sector privado como un verdadero aliado en el desarrollo-final* Recuperado de http://siteresources.worldbank.org/CGCSRLP/Resources/El_sector_privado_como_un_verdadero_aliado_en_el_desarrollo_v.final.pdf

⁶² Ídem.

en clínicas privadas se trasladen a hospitales públicos para ser atendidos. Otros de los casos claros de cooperación indirecta lo encontramos en el sistema previsional, en el que conviven las AFP (reguladas por la SBS) del sector privado y la ONP63. Así como en la educación superior, la convivencia de las universidades privadas (reguladas por la SUNEDU) y las universidades públicas. La subsidiariedad en la cooperación indirecta está ligada a dos ideas: (i) la necesidad de que el Estado tenga un rol regulador y (ii) que esté ligada a valores adicionales como un llamado a la responsabilidad y solidaridad⁶⁴.

Por el otro lado, nos encontramos con la cooperación directa, que es aquella en la cual entre los sectores público y privado existe un acuerdo para conseguir un determinado fin. Como es el caso de las Asociaciones Público Privadas (APP)⁶⁵, donde mediante un contrato, el Estado aprovecha la experiencia técnica, financiamiento, creatividad empresarial privada y lo dota de seguridades y garantías (a veces también financiamiento) para así brindar servicios públicos de calidad o realizar obras de infraestructura⁶⁶. En estos casos, ambos sectores cumplen sus fines: el Estado garantizando la entrega de servicios públicos (muchos relacionados con derechos fundamentales) y el sector privado ve satisfecho su fin de lucro. Este tipo de cooperación directa surge de una visión más subsidiaria del Estado porque representa una alternativa al

⁶³ Para más información: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2004). *Los Sistemas de Pensiones en Perú*.

⁶⁴ ORTÚZAR MADRID, P (2015). *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate...* op cit. Pp 15-15.

⁶⁵ En el Perú se han realizado más de cien contratos de APP: <http://www.proyectosapp.pe>

⁶⁶ HUAPAYA TAPIA, R (2013). *Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal*. Círculo de Derecho Administrativo. P 17.

viejo contrato de obra⁶⁷, donde el Estado ponía todos los medios de su realización, otorgándole al privado la oportunidad de hacerlo en aras de eficiencia.

1.2.2. El principio de subsidiariedad económica como desarrollador de la actividad económica estatal. Niveles de intervención de la subsidiariedad. El Estado Eficiente.

Entender el principio de subsidiariedad de forma conflictivista nos llevaría a entender que el mismo representa un límite al poder estatal, como si la actividad privada y la actividad pública fueran contrarias. Esta es la posición de BULLARD, quien entiende que la actividad empresarial del Estado genera dos efectos negativos: dejar de financiar otras actividades más relevantes y se genera una situación de competencia desleal Estado-privado⁶⁸. Esta parece ser la noción de subsidiariedad de KRESALJA, quien entiende que con los cambios en materia económica (específicamente el carácter subsidiario del Estado) de la Constitución peruana de 1993, el rol de Estado quedó disminuido⁶⁹. También es la posición de QUIÑONES, quien afirma que el artículo 60 de la Constitución es uno de las normas más restrictivas del mundo en esa materia, y que la subsidiariedad supone un candado para la actividad económica del Estado⁷⁰. Este argumento se repite en quienes atacan la subsidiariedad teniendo una ideología de izquierda, como es el caso del analista político C. BEDOYA y un documento de su autoría publicado por el Congreso de

⁶⁷ INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA (2013). *¿Obra pública tradicional o Asociación Público Privada?, Viabilidad del comparador público privado en el Perú*. Lima. P 22 -27.

⁶⁸ BULLARD, GONZALEZ, A (2011). *El Otro Pollo. La Competencia del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad*. Lima. Círculo de Derecho Administrativo N° 10. Revistas PUCP-. P 200.

⁶⁹ KRESALJA ROSSELLÓ, B (2007). *Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. Revistas PUCP- Pensamiento Constitucional Año XII N°12.

⁷⁰ QUIÑONES ALAYZA, M (2012). *Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos*. Círculo de Derecho Administrativo Num 12. Revistas PUCP. Lima. Pp 65-66.

la República, donde se afirma cuestiones falsas como que la subsidiariedad propone la no intervención del Estado en la economía⁷¹. Para RODRIGUEZ la subsidiariedad compone principalmente un límite al poder estatal, ya que la autoridad pública no puede participar libremente de la economía⁷². El debate de sobre la subsidiariedad no ha sido pacífico, incluso el 05 de abril de 2018, la Congresista Marisa Glave presentó el proyecto de Ley 26488/2017 que pretendía eliminar la subsidiariedad de la Constitución, estableciendo en su exposición de motivos que el Estado solo puede actuar en la economía ‘subordinado por los privados’⁷³. Definir como un límite a la subsidiariedad es, en realidad, no definir porque todo el sistema jurídico podría ser catalogado como un límite al poder.

En cambio, si entendemos la subsidiariedad bajo una visión integradora del principio, aquella que toma la cooperación de los sectores públicos y privados como punto de partida, entenderemos al principio de subsidiariedad como un desarrollador de la actividad económica estatal. Así para LANDA el rol del Estado en la economía y el rol del Estado en la actividad empresarial no son sinónimos⁷⁴. Así, se entiende que el Estado sigue siendo uno de los agentes más importantes en la actividad económica y no ha visto mellada su influencia por el principio de subsidiariedad⁷⁵. El jurista también hace

⁷¹ BEDOYA, C (2011). *Red del Tercer Mundo, El rol subsidiario del Estado*. Lima. Congreso de la República. Recuperado de:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/42E3178EE33F7655052578F40056DE2F/\\$FILE/EI_rol_subsidario_del_Estado.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/42E3178EE33F7655052578F40056DE2F/$FILE/EI_rol_subsidario_del_Estado.pdf)

⁷² RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú*. Lima. Quipikamayoc. UNMSM. P 121.

⁷³ Montjoy Forti, P. (2018). Sobre el proyecto de ley que pretende eliminar la subsidiariedad de la Constitución. [Mensaje de un blog]. Recuperado de <http://www.garciasayan.com/blog-legal/2018/07/13/sobre-el-proyecto-de-ley-que-pretende-eliminar-la-subsidiariedad-de-la-constitucion/>

⁷⁴ LANDA, C (2016). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. Lima. DERUP Editores. Pp 146- 157.

⁷⁵ Ídem.

hincapié en que la Constitución prevé la existencia de la propiedad estatal y la propiedad pública, como la existencia de empresas privadas y públicas, dándole a estas últimas un trato igualitario ante el Derecho. Así también hace un análisis de tres niveles de intervención de la subsidiariedad: leve, por el cual el Estado cumple un rol activo para brindarlo (servicios públicos, recursos naturales, infraestructura); intermedio, por el cual la titularidad de la actividad no recae necesariamente en el Estado (banca, caja municipales); e intensa, en actividades cuya titularidad sea privada y no sea necesaria la intervención del Estado⁷⁶.

Concordamos también con VIGNOLO, quien afirma que la subsidiariedad es un principio que ordena, guía, ordena, las diferentes formas de relaciones jurídicas cuyos actores principales son las personas, pero que esto no excluye en absoluto a los poderes públicos, sino que busca la mayor libertad posible bajo un marco de cooperación en aras de satisfacer el interés general⁷⁷. Para MARTÍNEZ la subsidiariedad ofrece unas exigencias básicas para el ordenamiento de la actividad económica y la organización de los poderes públicos⁷⁸. A la misma conclusión parece llegar ORTÚZAR, al afirmar que la subsidiariedad es un principio estructurante dentro del pluralismo y diversidad, y es también un principio procedimental porque establece un orden de acción⁷⁹. Así también QUINTANA, al hacer referencia sobre la subsidiariedad establece que tampoco se trata de

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ VIGNOLO, O (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria...* op cit. P 76.

⁷⁸ MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, J (2010). *El principio de subsidiariedad*. En: SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid. La Ley. P 1276.

⁷⁹ ORTÚZAR MADRID, P (2015). *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate...* op cit. P 13.

hacer una prohibición al Estado⁸⁰. O CHANG, que afirma que la subsidiariedad es una actividad de constante promoción y control⁸¹. En este sentido, el principio de subsidiariedad da un orden para que el Estado pueda desarrollar su actividad económica, dándole siempre a la persona⁸² la mayor libertad para que realice sus actividades privadas.

En este punto es necesario darle una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Por qué es necesario ordenar la actividad económica del Estado?, lo que nos lleva a preguntarnos sobre la necesidad del principio de subsidiariedad. Esto tiene una sola respuesta: Eficiencia. Si es que el Estado, como hemos visto, tiene como finalidad garantizar derechos fundamentales y satisfacer el interés general, esto es más fácil de conseguir si es que el Estado es eficiente; es decir, maximiza sus recursos. Así RODRIGUEZ afirma que el rol subsidiario del Estado implica que: impide la sobredimensión del Estado y el gasto público y que se destinen los recursos (siempre escasos) a producir bienes que podrían ser producidos por el sector privado⁸³. Es decir, la subsidiariedad permite que el Estado no se distraiga de sus fines ontológicos.

1.2.3. A modo de primera conclusión: El concepto propuesto de subsidiariedad económica.

Ante todo, es un principio general del Derecho que apareció conforme el hombre ha evolucionado y que ha ido tomando forma a través de las doctrinas que lo han

⁸⁰ QUINTANA BENAVIDES, A (2014). *El principio de subsidiariedad*. Santiago de Chile. Revista de Derecho Público- Universidad de Chile. P 133.

⁸¹ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI*. II Convención Estudiantil de Derecho Público. Lima. Palestra Editores. P 138.

⁸² Que es, como hemos observado, uno de los fines del Estado.

⁸³ RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú*. op cit. P 117.

ido reconociendo, como la DSI, el liberalismo, entre otros. Es decir, ha tenido cierta maduración dogmática en el tiempo, hasta el punto que su contenido es considerado socialmente aceptado⁸⁴. Es un principio que establece un orden de interacción de las que actividades económicas entre los cuerpos que componen la sociedad, tratando siempre de dotar al individuo la mayor libertad posible en aras de satisfacer el interés general. Así, establece un orden de acción: “la actividad de un ente superior solamente ante la deficiente o nula actividad de uno inferior, procurando poner los medios para que el inferior pueda realizarla sin su intervención⁸⁵” directa o, en todo caso pueda realizarla con su mínima intervención. De esta manera, es un principio que busca dotar de eficiencia las actividades económicas entre los cuerpos que componen la sociedad en la relación individuo (ente inferior)- Estado (ente superior) y demás cuerpos intermedios, en un espacio de cooperación.

1.3. Clases de subsidiariedad económica

Se vuelve imperativo, entonces, hacer una clasificación de la subsidiariedad. Las hay muchas, pero creemos conveniente hacer análisis a dos clasificaciones: (i) La subsidiariedad positiva y la subsidiariedad negativa, y (ii) la subsidiariedad económica empresarial y la subsidiariedad económica no empresarial:

1.3.1. Primera clasificación: Subsidiariedad económica negativa y Subsidiariedad económica positiva.

⁸⁴ VIGNOLO, O (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria...* op cit. P 74 -75.

⁸⁵ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. P 138.

1.3.1.1. Sobre la naturaleza bifronte de la subsidiariedad

Volviendo a nuestra definición, podemos observar que el principio de subsidiariedad así como establece que al individuo y sus órganos intermedios (sector privado) se les sea otorgado el máximo espacio de libertad posible para realizar sus actividades económicas; también establece la necesidad de que el órgano superior (sector público) ponga todos los medios para que los primeros puedan desempeñarse de manera suficiente y correcta, siendo necesaria su intervención si así no lo fuese. Así, tenemos a la subsidiariedad negativa, que hace referencia a la abstención del órgano mayor para dotar de libertad de acción del órgano menor y la subsidiariedad positiva, cuando la acción del órgano mayor se vuelve obligatoria cuando la actividad realizada por el inferior sea insuficiente o nula⁸⁶. Es decir, que la primera hace referencia a la no intervención del Estado porque no es necesaria; y la segunda, a la intervención necesaria del mismo. Así para MARTÍNEZ la subsidiariedad exige la abstención, por un lado, del Estado, pero por el otro también exige su presencia⁸⁷. Para KRESALJA el contenido positivo de la subsidiariedad vincula al Estado y lo obliga a intervenir en el caso de poca iniciativa privada, cuando esta es necesaria. En ese sentido, el aspecto positivo de la subsidiariedad reivindica la intervención del Estado para salvaguardar el interés general⁸⁸. Así RODRIGUEZ-ARANA menciona que por un lado está el respeto por la iniciativa privada y las colectividades intermedias por parte del Estado pero también está la obligación de

⁸⁶ *Ibíd.* P 139.

⁸⁷ MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑOZ, J (2010). *El principio de subsidiariedad...* op cit. P 1280.

⁸⁸ KRESALJA ROSSELLÓ, B (2015). *¿Estado o mercado?* Lima. Fondo Editorial PUCP. 2015 P 29.

actuar, intervenir, del mismo para garantizar la consecución del bien común⁸⁹. Se puede observar, como afirma VIGNOLO, que la subsidiariedad tiene una naturaleza bifronte cuya finalidad no es excluir o exterminar cualquier forma de intervención empresarial estatal⁹⁰.

Así, como establece MARTÍNEZ la subsidiariedad enlaza dos conceptos: la libertad de iniciativa privada y la potestad de iniciativa pública en la economía, siendo la primera un derecho fundamental y la segunda una potestad del Estado, y como tal debe realizarse respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos⁹¹. He allí la justificación de la subsidiariedad.

1.3.1.2. La intervención del Estado.

Como ha quedado claro, la subsidiariedad positiva exige que el Estado intervenga directamente en la economía cuando la actividad del privado es insuficiente o nula, en aras de salvaguardar el interés general. POPPER afirma que dotar al individuo de ese espacio de libertad, no excluye la intervención del Estado, pues se requiere de la intervención una intervención, aunque sea mínima, para que la sociedad funcione⁹². El Estado siempre interviene en la economía, lo hace directa o indirectamente. Sin embargo, la intervención directa requiere de ciertos requisitos y de ciertas circunstancias para que esta no vulnere derechos fundamentales. Si la intervención directa se requiere para solucionar un problema, esa intervención no debería generar en sí problemas. Es necesario

⁸⁹ RODRÍGUEZ-ARANA citado en VIGNOLO, ORLANDO (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria...* op cit. P 85.

⁹⁰ *Ibíd.* P 87.

⁹¹ MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ. J (2010) *El principio de subsidiariedad...* op cit. P 1302

⁹² SUÁREZ-IÑIGUEZ (1991). *La filosofía política de Karl Popper*. Ciudad de México. Estudios Políticos 5-UNAM. Pp 7-24.

volver a traer a colación algunos requisitos de HAYEK para la intervención estatal directa: (i) que la población no podría el servicio si no fuera por la intervención, (ii) que no se utilice la violencia, (iii) que se evite el centralismo, (iv) que la intervención se realice con apoyo de la iniciativa privada, (v) que no se genere un monopolio estatal⁹³. Así como para RUSSELL es necesaria la intervención indirecta del Estado para defender las minorías que, si no fuera por esa intervención (posiblemente a través de regulaciones), desaparecerían por las ansias de poder de las mayorías⁹⁴.

También es necesario volver a traer a colación los niveles de interacción de la subsidiariedad descritos por LANDA⁹⁵ y darle un desarrollo propio: Nivel de interacción leve, el Estado es protagonista y cumple un rol activo para brindar los servicios públicos; ahí su intervención siempre es fuerte: interviene directamente (como emisión de moneda, actividad asistencial, seguridad nacional) o promueve cooperación directa con los privados (concesiones). Nivel de interacción intermedio, por el cual la titularidad de la actividad puede ser privada o pública, pero el Estado solo interviene directamente con ciertos requisitos (actividad empresarial del estado, educación, salud), pero también interviene indirectamente a través de su actividad regulatoria y actividad de fomento. Nivel de interacción intenso, donde solo se requiere de la intervención indirecta del estado para su protección porque son actividades estrictamente privadas (como en la actividad de los gremios, sindicatos, actividades partidarias, minorías); la intervención directa representaría una vulneración de derechos fundamentales.

⁹³ DE LEON BARBERO, J. *Liberalismo y subsidiariedad*. Eleutheria-UFM. Universidad Francisco Marroquín. Recuperado de: http://www.eleutheria.ufm.edu/Articulos/100321_articulo_de_fondo_3.htm#_ftn16

⁹⁴ CARVAJAL VILLAPLANA, Á (2013). *Democracia, poder y minorías en Bertrand Russell...* op cit.. Pp 1-11.

⁹⁵ LANDA, C. (2016) *El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú...* op cit. Pp 146- 157.

Así, la intervención del Estado tiene ciertos alcances, no es lo mismo que el Estado intervenga directamente para brindar un servicio público (que le es natural), que intervenga directamente haciendo actividad empresarial (cumpliendo requisitos) a que intervenga directamente en dirigir la actividad de un sindicato (que le está prohibido).

1.3.2. Segunda clasificación: Subsidiariedad económica empresarial y Subsidiariedad económica no empresarial.

No podemos concordar con LANDA en el sentido de que él acorta el concepto de subsidiariedad al artículo 60 de la constitución; es decir, a la actividad empresarial estatal, y no a toda la actividad económica del Estado⁹⁶. Bajo nuestro entender, la subsidiariedad es un principio mucho más amplio y no solo abarca la actividad empresarial estatal. Necesitamos observar que, ante todo, la subsidiariedad es un principio general del derecho. GARCÍA TOMA establece que los principios constitucionales imprimen una orientación de la relación gobernantes – gobernados, así como la estructuración y funcionamiento del cuerpo político. Para este autor estos tienen las siguientes características: (ii) Amplitud Conceptual y axiológica; es decir, que exponen valores, fines y conceptos integradores de otras disciplinas; (iii) esencialidad constructiva del sistema jurídico; es decir, que exponen lo básico para la formulación de la cadena de normatividad; y (iii) tienen naturaleza preceptiva; es decir, que complementa la normativa y la orienta⁹⁷. Para MARTÍNEZ, en referencia al contexto español donde no está positivizado en su constitución, establece que la subsidiariedad es un principio

⁹⁶ LANDA, C (2016). *El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú...* Op cit. Pp 146- 157.

⁹⁷ GARCÍA TOMA, V (2003). *Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional*. Derecho & Sociedad Vol 21. Lima. Revistas PUCP. Pp 192- 193.

constitucional así no esté proclamando explícitamente⁹⁸, por lo que no podemos limitar el principio a lo establecido en el artículo 60.

En ese sentido, no podría limitarse la subsidiariedad solamente a la actividad empresarial. KRESALJA entiende que el Estado no puede abandonar toda la actividad económica porque constitucionalmente está obligado a orientar el desarrollo del país y darle prioridad a sectores como el empleo, la salud, educación, servicios públicos, infraestructura, entre otros^{99 100}. En un sentido mucho más amplio, como afirma CRUCES, la subsidiariedad no solo abarca la actividad económica sino que también hay que tener en cuenta su sentido vertical¹⁰¹, que no es objeto de este trabajo pero que se trae a colación para dar a entender que la subsidiariedad es mucho más amplia, incluso, que su sentido económico y limitarla sería no observar cómo funciona la relación Estado – ciudadano en las otras actividades económicas. La actividad económica del Estado se divide en dos: Actividad económica empresarial y actividad económica no empresarial. Veamos cómo la subsidiariedad actúa en cada una de ellas:

1.3.2.1. Subsidiariedad económica empresarial.

La subsidiariedad económica está estrechamente ligada a la actividad empresarial del Estado. Esta subsidiariedad económica empresarial regula la actividad empresarial de Estado; es decir, la capacidad de este para crear y gestionar empresas públicas que repercutan en el mercado. La subsidiariedad está estrechamente vinculada

⁹⁸ MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, J (2010). *El principio de subsidiariedad...* op cit. P 1306

⁹⁹ KRESALJA ROSSELLÓ, B. OCHOA, C (2009). *Derecho Constitucional Económico...* op cit. P 365.

¹⁰⁰ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993.

¹⁰¹ CRUCES BURGA, A. *Principios de la Constitución Económica: Aproximación inicial y fuentes*. Revista Ius. Publicaciones USAT. P 8. Recuperado de:

<http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/viewFile/303/298>

con el derecho de libertad de empresa, el mismo que no es absoluto y requiere cierta intervención estatal, regulatoria o supletoria según sea el caso¹⁰². En ese sentido, para KRESALJA la economía social de mercado, que está regulada por el principio de subsidiariedad es un sistema de iniciativa privada, donde el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades cuando el mercado falla¹⁰³. La subsidiariedad económica empresarial es la que actúa en el nivel de interacción intermedio de propuesto por LANDA, aquel por el cual la titularidad de la actividad puede tenerla el privado o el Estado directamente, siempre que cumpla con unos requisitos¹⁰⁴. Este tipo de subsidiariedad está estrechamente relacionada a la eficiencia del Estado, pues busca que este destine sus recursos, que siempre son escasos, a sus fines ontológicos, mientras impulsa al privado a satisfacer al mercado; teniendo siempre la obligación de intervenir en casos de fallos de mercado.

Tener ciertos requisitos para intervenir directamente no significa, como postula KRESALJA, que el principio de subsidiariedad económica empresarial postule que el estado debe tener un puesto de reserva en materia económica¹⁰⁵, porque, como habíamos dicho anteriormente, el Estado sigue siendo uno de los principales agentes de la economía y, como veremos más adelante, tiene otras formas de intervención.

1.3.2.2. Subsidiariedad económica no empresarial.

¹⁰² KRESALJA ROSSELLÓ, B. OCHOA, C (2009). *Derecho Constitucional Económico...* op cit. Pp 359.

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ LANDA, C (2016) *El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú...* op cit. Pp 146- 157.

¹⁰⁵ KRESALJA ROSSELLÓ, B (2015). *¿Estado o mercado? ..opcit.* P 34.

Nadie puede negar, ni siquiera los más radicales liberales, que el Estado tiene una gran influencia en su economía y se comporta, mediante sus acciones, como un agente de la misma. Sin embargo, la actividad empresarial estatal no es la única forma que tiene el Estado para intervenir en la economía, también lo hace indirectamente a través de sus actividades de control regulatorio, de fomento, de actividad asistencial, contractuales o de cooperación y en todas ellas existe un componente de subsidiariedad a tomarse en cuenta. Así, mientras para HAYEK el estado puede intervenir cumpliendo ciertos requisitos¹⁰⁶, para POPPER se necesita de la intervención del Estado para garantizar los mínimos de libertad necesarios para la sociedad¹⁰⁷, para RUSSELL el Estado está obligado a intervenir para garantizar los derechos de los cuerpos intermedios, sobre todo de las minorías¹⁰⁸, todas estas son formas subsidiarias de intervención estatal en la relación Estado-ciudadano y cuerpos intermedios entre ambos.

1.3.2.2.1. Actividad de control regulatorio.

Si no existiese un componente de subsidiariedad del Estado en las actividades económicas privadas podría ocurrir que el Estado acapare todos los sistemas productivos generando así monopolios estatales que restrinjan la libertad de los privados¹⁰⁹, o que se genere una situación de anarquía, que sin un orden, se generen monopolios privados que restrinjan la libertad e iniciativa de las minorías¹¹⁰; lo que haría que se vulneren derechos fundamentales. Sabemos, por lo que hemos desarrollado, que el Estado puede intervenir

¹⁰⁶ DE LEON BARBERO, J. *Liberalismo y subsidiariedad*. Eleutheria-UFM. Universidad Francisco Marroquín. Recuperado de: http://www.eleutheria.ufm.edu/Articulos/100321_articulo_de_fondo_3.htm#_ftn16

¹⁰⁷ SUÁREZ-IÑIGUEZ, E (1991). *La filosofía política de Karl Popper*. ...op cit. Pp 7-24

¹⁰⁸ RUSSELL, B (1949). *Autoridad e individuo*... op cit. P 47.

¹⁰⁹De ahí el temor de Hayek de que el Estado genere monopolios que impidan la libre iniciativa privada.

¹¹⁰ Por ello es que Russell entendía, en su libro *Autoridad e individuo*, que una de las obligaciones del Estado es intervenir para proteger los cuerpos intermedios.

directamente en la economía cuando la actividad económica de los cuerpos intermedios es nula o insuficiente¹¹¹. Sin embargo, es el Estado quien sienta las bases regulatorias para que las actividades económicas privadas interactúen en un mercado competitivo y cooperen indirectamente con el interés general. Es decir; interviene indirectamente en la economía para procurar que los cuerpos intermedios de la misma funcionen correctamente. Para VIGNOLO la regulación del Estado permite no solo corregir ineficiencias y desventajas sino también permite la inclusión de nuevos operadores y agentes económicos¹¹².

Esta regulación, que es necesaria, debe realizarse respetando el principio de subsidiariedad; es decir, debe estar pensada siempre para dotar al individuo la mayor libertad posible a los individuos y sus cuerpos intermedios. Así, CHANG citando a MILLÁN menciona que la regulación es la principal actividad subsidiaria, porque la iniciativa privada solo es posible dentro de un marco de regulación¹¹³. El exceso de regulación repercute negativamente en los mercados y puede vulnerar el principio de subsidiariedad al restringir innecesariamente la libertad de los privados y, además generar un sobre costo a las actividades económicas. En el caso peruano se ha creado una ley de eliminación de barreras burocráticas que busca atacar la sobrerregulación^{114 115}.

¹¹¹ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. II...* op cit. P 139.

¹¹² VIGNOLO, O (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria...* op cit. P 296.

¹¹³ MILLÁN PUELLES citado en CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. P 140.

¹¹⁴ Decreto Legislativo N° 1256 - Aprobación de Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

1.3.2.2.2. Actividad de fomento y actividad asistencial.

Para CHANG, la subsidiariedad está estrechamente relacionada con la actividad de promoción del Estado¹¹⁶. Parte de esta actividad promotora, se encuentra la actividad de fomento. Para JORDANA DE POZAS el concepto de fomento está encaminado a promover actividades, o desaconsejar actividades de los privados, con relaciones a los fines públicos, tratándose así de una actividad persuasiva; es decir, se convence al privado para que haga u omite algo¹¹⁷. Para ISIDRO la subsidiariedad, a través del fomento, ayuda a establecer condiciones favorables para que el privado pueda realizar sus actividades¹¹⁸. Así, por ejemplo, tenemos a la administración pública que establece exoneraciones tributarias a un determinado sector económico para estimularlo o la imposición del impuesto selectivo al consumo a ciertas actividades privadas no deseadas por el Estado, como el consumo de cigarrillos. Sin embargo, en aras de obtener eficiencia, la actividad de fomento debe hacerse respetando el principio de subsidiariedad, no valdría la pena sobre estimular un mercado que por la misma actividad privada esté ya estimulado o desestimular una conducta que los privados, por su propia cuenta, no realizan.

Por el otro lado, está la actividad asistencial del Estado, que es aquella que realiza el Estado en aras de garantizar los derechos fundamentales de un sector de la población vulnerable, que no está en condiciones económicas para poder satisfacerlos por

¹¹⁵ Según una nota periodística del diario Gestión, dicha ley ha permitido ahorrar solamente en el 2017 más de 470 millones de soles. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/eliminacion-barreras-burocraticas-genero-ahorros-430-millones-2017-234803>

¹¹⁶ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SCI-INDECOPI...* op cit. P 138.

¹¹⁷ JORDANA DE POZAS citado en BAENA DE ALCÁZAR, M (1967). *Sobre el concepto de fomento*. Universidad de La Rioja. P 46. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116837.pdf>

¹¹⁸ ISIDRO ALTAMIRA, J. *La actividad de fomento*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Pp 4-5. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-actividad-de-fomento>

su mera actividad privada. Aquí encontramos los programas sociales que en los últimos años se han vuelto una herramienta eficaz para reducir las brechas sociales¹¹⁹. Esto está relacionado con la carga social que conlleva la subsidiariedad (sentido positivo de la subsidiariedad), por la cual los órganos superiores deben ponerse en posición de ayuda con respecto de los órganos inferiores.¹²⁰ En este punto, es necesario hacer algunas observaciones con respecto de los programas sociales para que estos respeten el principio de subsidiariedad: (i) debe realizarse con el objeto de insertar nuevos sectores de población al mercado, (ii) debe ser temporal hasta que cumpla su objeto, (iii) debe realizarse tratando de dar la máxima libertad posible a los individuos beneficiarios, (iv) debe tratar, en la medida de lo posible, en ser económicamente rentable.

1.3.2.2.3. Actividad económica contractual o de cooperación.

Como habíamos señalado anteriormente el también Estado busca cooperar directamente con el sector privado para alcanzar sus fines. Esta cooperación directa se realiza muchas veces a través de contratos, como es el caso del tradicional contrato de obra o el caso de las Asociaciones Público Privadas (APP). Un contrato de APP es una modalidad de participación de la inversión privada, en la que se incorpora experiencia y tecnología privada; donde se distribuyen los riesgos y recursos entre los sectores público y privado, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura Pública o proveer servicios públicos¹²¹. Según HUAPAYA, las APP, si es que se realizan

¹¹⁹ El Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social ha hecho la cuenta de cerca de 61 programas sociales, donde se destaca por ejemplo: Crédito Mi Vivienda que busca promover el mercado inmobiliario en personas de bajo recurso, Pensión 65 que busca incrementar el bienestar económico de personas mayores de sesenta y cinco años, entre otros.

¹²⁰ Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia a Juan Pablo II. 186.

¹²¹ NALVARTE SALVATIERRA, P (2017). *Evolución del Marco Legal de las Concesiones y las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*. Lima. Derecho & Sociedad N° 49. P 368.

de la manera adecuada, con estudios técnicos y planificación, pueden ser una excelente herramienta para proveer infraestructura y servicios a la población¹²². En Latinoamérica se han utilizado las APP para promover la inversión privada¹²³. Es necesario considerar que una APP puede tener distintas modalidades contractuales como la concesión, asociación en participación, contratos de riesgo compartido, contrato de especialización, joint ventures, entre otros¹²⁴. Así podemos poner el ejemplo de que el Estado, después de hacer un concurso público, licita a un privado la construcción de una carretera para que este la construya con sus recursos, y le otorga un tiempo de concesión para que recupere la inversión a través de los peajes, obligándose a mantener un determinado estándar de calidad del servicio. Incluso, esto implica la creación de personas jurídicas que influyen en el mercado, como las *Special Purpose Vehicle* - SPV, que son personas jurídicas con objeto específico.

La subsidiariedad se enlaza con las APP en el sentido de que el Estado prefiere, normalmente, que sea el privado quien realice la inversión; se distribuyen los riesgos entre el sector público y el sector privado, a quien esté en mejor capacidad para asumirlos, asumiendo el Estado un rol subsidiario. Según URUETA los riesgos se pueden presentar durante las fases de estructuración, construcción y operación del proyecto¹²⁵. Según el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, los riesgos pueden ser: políticos (cambios en políticas públicas, por ejemplo), en la implementación (problemas

¹²² HUAPAYA TAPIA, R (2013). *Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal...*op cit. P 17.

¹²³ ¹²³ THE WORLD BANK (2009). *Module 1: Overview of PPP experience*. Historical context. P 36.

¹²⁴ HUAPAYA TAPIA, R (2013). *Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal...*op cit. P 20.

¹²⁵ URUETA ROJAS, J (2010). *El contrato de concesión de obras públicas...*op cit. P 38.

relacionados con terrenos, por ejemplo), en la construcción (cambios de costos, por ejemplo), riesgos operativos (que no se recupere la inversión, por ejemplo), financiero (no acreditar el cierre financiero, por ejemplo) y de fuerza mayor (desastres naturales, por ejemplo)¹²⁶. Incluso, existen proyectos de APP que se realizan por iniciativa privada. Otro modelo de cooperación directo, aunque bastante reciente es la figura de obras por impuesto, que puede ser definida como la extinción del pago de una obligación tributaria del Impuesto a la Renta con el pago de la ejecución y financiamiento de una obra pública¹²⁷. Así, como establece GALVÁN, a través de las obras por impuesto, se previó la participación del sector privado junto con gobiernos locales y regionales en la inversión para la ejecución de obras públicas¹²⁸.

¹²⁶ Naciones Unidas para el Desarrollo. APP para el ambiente urbano. Módulo 3. Recuperado de: http://pppue.undp.2margraf.com/es/03_3.htm

¹²⁷ MÉNDEZ.VÁSQUEZ, D (2016). *Naturaleza y régimen Jurídico de las Obras por Impuesto*. (Tesis de grado). Piura. Piurua- Universidad de Piura. P 16. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2476/DER_055.pdf?sequence=1

¹²⁸ GALVÁN PAREJA, G (2016). *La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario*. Pensamiento Crítico Vol 21, N°2. UNMSM. P. 100.

CAPITULO SEGUNDO:

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL PERÚ

2.1 Marco normativo:

Es necesario aterrizar lo trabajado al contexto peruano para poder comprender sus alcances. La subsidiariedad económica, al ser un principio, es transversal. Debemos estudiar el marco normativo a nivel constitucional, jurisprudencial, legal y reglamentario.

Artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993 ¿Se agota la subsidiariedad en ese artículo?

Cuando se habla de subsidiariedad en el ámbito peruano, normalmente suele hablarse del artículo 60 de la Constitución, el mismo que dice lo siguiente:

“Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”¹²⁹

Lo que reconoce este artículo es que existe el pluralismo económico en cuando coexisten diversas formas de propiedad y empresa; que el Estado solo por ley expresa puede realizar subsidiariamente actividad empresarial por razón de interés público o

¹²⁹ Artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993.

manifiesta conveniencia nacional (subsidiariedad negativa); y que las empresas públicas y privadas reciben el mismo tratamiento legal. Esto hace referencia al nivel de interacción intermedio propuesto por LANDA¹³⁰; es decir, a la actividad económica empresarial del Estado que, como hemos visto, es una de las partes del principio de subsidiariedad. Que se cree por ley de expresa y que existe alta conveniencia nacional son los requisitos establecidos para que el Estado peruano pueda intervenir directamente en la economía a través de su actividad empresarial.

A entender de RODRÍGUEZ, este principio se encuentra dentro del régimen de Economía Social de Mercado y está enlazado con el derecho de libertad de empresa, libertad de comercio, entre otras¹³¹. Es decir, que la subsidiariedad no se agota en el artículo 60 de la Constitución, sino que abarca también la actividad económica no empresarial. De la misma idea el GALVÁN para quien el artículo no solamente se ciñe a la actividad empresarial del Estado¹³². El artículo 58 de la Carta Magna dice lo siguiente:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”¹³³

El artículo citado hace una defensa directa a la iniciativa privada; lo que quiere decir que el Estado debe respetarla. También establece un deber al Estado (subsidiariedad

¹³⁰ LANDA, C (2016). *El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú*. ... op cit. Pp 146- 157.

¹³¹ RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú...* op cit. P 117.

¹³² GALVÁN PAREJA, G (2016). *La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario...*op cit. P. 85.

¹³³ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993.

positiva) de orientar el desarrollo del país (regulación) promoviendo ciertos sectores. El artículo siguiente de la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”¹³⁴

Del que es necesario rescatar dos cosas: Primero, que el Estado estimula la creación de riqueza y que el Estado apoya subsidiariamente; es decir, brinda oportunidades (actividades de fomento, etc), a sectores que sufren cualquier desigualdad, sobre todo las pequeñas empresas. El artículo 61 de la Constitución establece la obligación del Estado de combatir conductas anticompetitivas, vigilar la libre competencia, así como le prohíbe autorizar ni establecer monopolios (regulación)¹³⁵. Por su lado el artículo 65, con el que acaban los principios del Régimen Económico, establece que el Estado se encuentra en el deber de defender el interés de los consumidores garantizando el derecho a la información, pero también (aunque no lo diga) estableciendo reglas claras para que se desarrolle un mercado competitivo¹³⁶ (regulación).

En ese sentido, por lo visto en los anteriores artículos de la Constitución, el Estado en su actividad subsidiaria cumple funciones vinculadas al fomento, estimulación,

¹³⁴ Artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993.

¹³⁵ Artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993.

¹³⁶ Artículo 65 de la Constitución Política del Perú de 1993.

cooperación, complementación, así como sustitución (cumpliendo los requisitos) de la libre iniciativa privada.¹³⁷ En ese sentido, como establece CHANG, el principio no pone en discusión el papel del Estado y su necesidad sino que se le da prioridad a su actividad regulatoria¹³⁸, por temas de eficiencia.

2.1.1 Elementos de la subsidiariedad económica empresarial en el ámbito peruano.

Se puede interpretar, como dice CHANG CHUYES, que la subsidiariedad económica empresarial tiene cuatro elementos: formal, relacionado a requisito de creación; material, al alcance en sí mismo; teleológico, a los fines; y eficiente, a los sujetos de la misma. Los cuales veremos con detenimiento a continuación:

(i) Elemento formal: creación por ley expresa.

El elemento formal hace referencia a la forma de creación. El mismo artículo 60 dice que para crear empresa pública se requiere de una ley expresa; es decir, una ley otorgada por el Congreso de la República. Así lo manifiesta RODRIGUEZ, estableciéndolo como uno de los requisitos para hacer efectivo el principio de subsidiariedad económica empresarial¹³⁹. Sin embargo, esto no es tan pacífico como aparenta si, como ya se dijo anteriormente, se toma en cuenta que el Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado¹⁴⁰, establece que hay tres tipos de empresas estatales.

¹³⁷ RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú...* op cit P 119.

¹³⁸ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...*op cit. Pp 141- 142.

¹³⁹ RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú...* op cit P 120.

¹⁴⁰ Decreto Legislativo 1031

La complicación aparece cuando dicha norma destina el requisito de ley expresa solamente para las Empresas de derecho público; eximiendo del mismo a las empresas de Estado de derecho privado por ser ambas de derecho privado¹⁴¹; lo que da oportunidad al Poder Ejecutivo de crear empresas a través de Decretos Legislativos. Habría que preguntarnos si es que lo establecido por la ley es inconstitucional al contradecir lo dicho en el artículo 60, en los casos específicos de las empresas que son sujetos de derecho privado; sabiendo que, como hemos dicho, el fin de estos sujetos sigue siendo el interés general. La redacción de la ley no ayuda.

Otra línea de interpretación (aunque artificiosa bajo nuestra perspectiva) es entender que el mandato constitucional hacía referencia solamente a aquellas empresas estatales de derecho público; sin embargo, el término ‘actividad empresarial’ es bastante amplio y de por sí hace referencia a la actividad de hacer empresa, directa o indirectamente; es decir, así se regule a través de derecho público o de derecho privado. En todo caso, se podría argumentar que los Decretos Legislativos para crear empresas públicas de derecho privado deben ser ratificados, observados o modificados por el Congreso y sus comisiones.

Fuere cual fuere la línea de interpretación por la que se opte, este artículo debe interpretarse sistemáticamente con las siguientes normas: Ley de Represión de Competencia Desleal¹⁴², Ley de Bases de la Descentralización¹⁴³, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales¹⁴⁴ y la Ley Orgánica de las Municipalidades¹⁴⁵; que extienden la

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² Decreto Legislativo N° 1044.

¹⁴³ Ley N° 27783.

¹⁴⁴ Ley N° 27867.

capacidad de crear empresa estatal a los gobiernos regionales y locales. El artículo 10.1 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece que estos tienen la competencia para “promover la formación de empresas y unidades económicas” y, en su artículo 15, otorga la potestad de aprobar la creación, venta y disolución de empresas públicas. Así mismo, la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que “las empresas públicas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal”^{146 147}, bajo esta modalidad se han podido crear las Cajas Municipales. Por lo tanto, ¿A qué hace referencia el término ‘ley expresa’ establecido en la Constitución?

Se entiende, en un sentido originario, que el término ‘ley expresa’ hace referencia en sentido estricto a una ley expedida por el Congreso; esta es la posición de Indecopi¹⁴⁸, no aceptando incluso interpretaciones extensivas o análogas de habilitación. Sin embargo, esta posición es poco realista: Como hemos visto, la subsidiariedad ha tenido un desarrollo importante a través de las leyes mencionadas anteriormente. Debe entenderse el artículo 60 del mandato constitucional sistemáticamente con las normas que lo desarrollan. Entender el término en sentido estricto haría desconocer lo que está ocurriendo en la realidad: que las empresas públicas no solo se crean por ley emitida por el Congreso, sino también a través de órganos competentes Regionales y Locales (competencia según ley); por lo que ‘ley expresa’ haría alusión a normas otorgadas por el congreso directamente, competencias otorgadas por normas expedidas por este, y normas producto de delegación legislativa al Poder Ejecutivo.

¹⁴⁵ Ley N° 27972.

¹⁴⁶ Artículo 35 de la Ley Orgánica de las Municipalidades.

¹⁴⁷ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. Pp 147 - 152.

¹⁴⁸ Resolución N°3134/2010/SC1-INDECOPI

En ese sentido, el Estado puede realizar ‘actividad empresarial’ autorizado por ley expresa otorgada por el Congreso, en el caso de Empresas Estatales de Derecho Público; decretos legislativos ratificados por el Congreso, en el caso de Empresas Públicas de Derecho Privado; Ordenanzas Regionales; en el caso de Empresas Estatales Regionales; y Ordenanzas Municipales, en el caso de Empresas Estatales Municipales¹⁴⁹.

(ii) Elemento material.

CHANG establece que para que el principio de subsidiariedad depende materialmente de la existencia o no de iniciativa privada en el mercado. En el caso de que no existan oferentes en el mercado, el Estado podría tener la obligación de participar como un oferente del mercado¹⁵⁰. Cuando los oferentes existan y el mercado se pueda satisfacer mediante la iniciativa privada, no será necesaria la intervención del Estado. Para el autor, el Estado no está obligado a satisfacer cualquier demanda sino solo aquellas que estén relacionadas a sus fines¹⁵¹.

RODRIGUEZ habla de la subsidiariedad como el acto de perfeccionamiento en materia económica, justificado por la inacción o imperfección de la iniciativa privada, que las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, integración, entre otros, de la actividad privada¹⁵². Creemos que el Estado no debe tratar de satisfacer cualquier demanda del mercado sino solamente aquellas que sean básicas para garantizar el interés general.

¹⁴⁹ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. Pp 147 - 152.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú...* op cit. 120.

- (iii) Elemento teleológico: Alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

El artículo 60 de la constitución establece que el Estado puede realizar actividad económica empresarial por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, ambos conceptos jurídicos indeterminados. El Tribunal Constitucional ha establecido que el “interés público” se asimila al interés general¹⁵³. Para KRESALJA la actividad del Estado debe estar orientada hacia lo que podría calificarse como sector estratégico¹⁵⁴.

Como se mencionó anteriormente, mientras la finalidad de una empresa privada es generar lucro; las empresas públicas, debido a su origen (ley y dinero de todos los ciudadanos), tienen como finalidad satisfacer el interés general desarrollando una actividad que es conveniente para ello. Desasociar a la empresa pública del interés general es un error; pues, la naturaleza del Estado es garantizar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, muchos de ellos de naturaleza progresiva.

Ahora, si bien es cierto que la actividad económica empresarial del Estado no busca el lucro sino el interés general, así también es de la opinión GALVÁN¹⁵⁵, esto no quiere decir que no se deba buscar la autosuficiencia económica de las empresas públicas.

- (iv) Elemento eficiente: Sujetos creadores de empresa pública.

El elemento eficiente hace referencia a los órganos del Estado que pueden crear empresa pública. En ese sentido, concordando con lo ya mencionado, una empresa pública puede ser creada por el Congreso de la República, a través de una ley expresa; por

¹⁵³ STC N° 0090-2004-AA/TC.

¹⁵⁴ KRESALJA ROSSELLÓ, B. OCHOA, C (2009). *Derecho Constitucional Económico...* op cit. P 361.

¹⁵⁵ GALVÁN PAREJA, G (2016). *La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario...* op cit P. 89.

el Consejo de Ministros bajo el marco de funciones delegadas explícitamente por el Congreso, a través solamente de Decretos Legislativos; Por los Consejos Regionales a través de Ordenanzas Regionales; y los Consejos Municipales a través de Ordenanzas Municipales¹⁵⁶.

La noción de subsidiariedad del Tribunal Constitucional en llamada sentencia de constitución económica. Lo erróneo en la definición de subsidiariedad dada por el Tribunal Constitucional.

En la STC 0008-2003-AI/TC, también conocida como ‘Constitución económica’, el Tribunal Constitucional hace una explicación del principio de subsidiariedad. Establece a la subsidiariedad horizontal como la relación Estado-ciudadanía, en la que se respeta la libre determinación de los individuos¹⁵⁷. También establece que la subsidiariedad hace referencia a las relaciones sociedad- Estado, libertad y autoridad y poder impositivo del Estado e iniciativa privada¹⁵⁸. Establece que en un modelo de subsidiariedad el Estado se erige como garante del interés general, porque su intervención se da cuando los cuerpos intermedios de la colectividad no están en condiciones de intervenir¹⁵⁹. Establece además, que la subsidiariedad más que un mecanismo de defensa contra el Estado, es un instrumento de conciliación de los conflictos¹⁶⁰, lo que está acorde a lo que hemos propuesto: que el punto de partida para la subsidiariedad es la cooperación. RODRIGUEZ considera que en esta sentencia se toma a

¹⁵⁶ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. Pp 150 - 152.

¹⁵⁷ Punto 19 de la STC 0008-2003-AI/TC

¹⁵⁸ Punto 20 de la STC 0008-2003-AI/TC

¹⁵⁹ Punto 21 de la STC 0008-2003-AI/TC

¹⁶⁰ Punto 22 de la STC 0008-2003-AI/TC

la subsidiariedad como un mecanismo útil para la pacificación social mediante el respeto de las libertades individuales, porque busca el equilibrio entre lo público y lo privado¹⁶¹.

Sin embargo, en la misma sentencia se establece lo siguiente: “Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.”^{162 163}, cayendo no solo en una definición “opositiva” que el mismo Tribunal, leyendo lo dicho anteriormente, quería evitar; sino también una definición que no define ya que todo el sistema jurídico es un límite al poder estatal. Es posible que a raíz de este punto, se haya generado cierta confusión en la doctrina nacional¹⁶⁴. Otra crítica que se puede traer a colación con respecto a esta noción del Tribunal es que en ningún momento se ha hecho el enlace que tiene la subsidiariedad con la eficiencia o la búsqueda de un Estado eficiente.

¹⁶¹ RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú...* op cit. P 116.

¹⁶² Punto 35 de la STC 0008-2003-AI/TC

¹⁶³ Las negritas son nuestras.

¹⁶⁴ RODRIGUEZ, V (2013). *Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú...* op cit. P 121.

CHANG ha mencionado que del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional¹⁶⁵ con respecto al principio de subsidiariedad se pueden sacar las siguientes conclusiones: que el principio no estaba expresamente regulando en la Constitución de 1979; que aprecia la función reguladora del Estado; se reconoce la existencia de una función supletoria del Estado ante imperfecciones del mercado en aras del bien común; el Estado como agente económico está vinculado al fomento, estimulación, complementación, coordinación, sustitución, entre otros, de la iniciativa privada¹⁶⁶.

2.1.2 Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado¹⁶⁷

El decreto Legislativo 1031 sustituyó la antigua Ley de actividad empresarial del Estado, donde se establecían sectores estratégicos para la inversión estatal¹⁶⁸. Esta ley tiene por objeto promover la eficiencia de la actividad empresarial del Estado¹⁶⁹. Esta norma representa un desarrollo normativo del artículo 60 de la Constitución¹⁷⁰. Establece que la actividad empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes tres formas:

¹⁶⁵ STC 034-2004-AI/TC; STC 7320-2006-AA/TC; STC 1535-2006-AA/TC; STC 1963-2006-AA/TC; 7339-2006-AA/TC.

¹⁶⁶ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. Pp 142 - 143.

¹⁶⁷ Decreto Legislativo 1031.

¹⁶⁸ Ley 24948 del año 1988.

¹⁶⁹ Artículo 1 del Legislativo 1031.

¹⁷⁰ Artículo 3 del Legislativo 1031.

“4.1 Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.”¹⁷¹

Además, hace la aclaración de que el accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye actividad empresarial del estado y se sujeta a la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a las empresas privadas. Para GALVÁN, esta norma tiene como intención facilitar la participación de inversionistas privados en las empresas públicas¹⁷². Sin embargo, y esto a modo de crítica, las Empresas del Estado de accionariado único y las Empresas del Estado con accionariado privado, como dicen claramente en la misma norma, son establecidas bajo la forma de sociedades anónimas, por lo tanto son personas jurídicas de derecho privado y se rigen por la Ley General de Sociedades; a diferencia de las Empresas del Estado con potestades públicas. Así mismo, según su artículo 3, se requiere de ley expresa del Congreso de la República para que el Estado pueda realizar actividad empresarial, lo que no es cierto en

¹⁷¹ Artículo 4 del Legislativo 1031.

¹⁷² GALVÁN PAREJA, G (2016). *La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario...* op cit. P. 88.

la práctica, pues se puede realizar actividad empresarial mediante Ordenanzas Municipales y Ordenanzas Regionales¹⁷³. No vendría mal hacer una revisión legislativa a esta norma a fin de aclararla.

2.1.3 Subsidiariedad y Ley de Represión de Competencia Desleal¹⁷⁴.

Como se ha venido exponiendo, por subsidiariedad, el Estado interviene en la actividad privada para orientarla y regularla con el fin de generar un mercado competitivo que beneficie a la sociedad. Así como afirma CHANG, la subsidiariedad le ha dado importancia al ejercicio regulatorio¹⁷⁵. Dentro de esta regulación básica necesaria para establecer reglas de juego claras en el mercado está el Decreto legislativo 1044- Ley de Represión de Competencia Desleal. En ese sentido, el objeto de esta norma es reprimir todo acto que impida el adecuado funcionamiento del proceso competitivo¹⁷⁶. Se establece que los alcances de la ley tocan a entidades públicas y privadas, con o sin fines de lucro, que realicen actividad económica¹⁷⁷. Establece que un acto desleal es aquel que vulnere la buena fe empresarial que debe regir en el mercado¹⁷⁸. A entender de GUZMÁN, la buena fe empresarial se encuentra relacionada a la noción de eficiencia¹⁷⁹. También establece en su artículo 14 lo siguiente:

¹⁷³ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. Pp Pp 150 - 152.

¹⁷⁴ Decreto Legislativo 1044.

¹⁷⁵ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. Pp 142 - 143.

¹⁷⁶ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1044.

¹⁷⁷ Artículo 3 del Decreto Legislativo 1044.

¹⁷⁸ Artículo 6 del Decreto Legislativo 1044.

¹⁷⁹ GUZMÁN ALARCÓN, A (2016). *El principio de subsidiariedad del Estado ¿Supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas?* (Grado de segunda especialidad). Lima. PUCP- Programa de Segunda especialidad en Derecho de Protección al Consumidor. P 6. Recuperado de:

“La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.”¹⁸⁰

Para esta norma, cuando el Estado incumple el artículo 60 de la Constitución, referido a la subsidiariedad económica empresarial, se configura un acto de competencia desleal, sin que sea necesario acreditar que exista una ventaja significativa por parte del mismo. Para GUZMÁN se refiere que el incumplimiento de una norma imperativa supone necesariamente la afectación del proceso competitivo y representa una obtención de una ventaja competitiva¹⁸¹. En ese sentido, el Estado al no cumplir con el artículo 60 de la Constitución, no estaría compitiendo con el privado en igualdad de condiciones. BULLARD establece que el Estado genera una situación de competencia desleal porque utiliza dinero proveniente del erario público, que es pagado por el impuesto de todos, incluyendo los competidores privados¹⁸². KRESALJA establece que, al no requerirse comprobar la ventaja comparativa a las empresas estatales, lo que pretende este decreto es desaparecer la actividad empresarial del Estado y lo denuncia de haber sido constituido bajo un tenor neoliberal¹⁸³. Por su lado, para GALVÁN, se la normativa no se estaría

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8603/GUZMAN_ALISSON_principio%20subsidiariedad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁸⁰ Artículo 14 del Decreto Legislativo 1044.

¹⁸¹ GUZMÁN ALARCÓN, ALISSON. GUZMÁN ALARCÓN, A (2016). *El principio de subsidiariedad del Estado ¿Supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas?...* op cit. P 10.

¹⁸² BULLARD, GONZALEZ, A (2011). *El Otro Pollo. La Competencia del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad...* op cit. P 200.

¹⁸³ KRESALJA ROSSELLÓ, B. OCHOA, C (2009). *Derecho Constitucional Económico....* op cit. P 363.

basando de hechos objetivos que permitan inferir si existe o no una ventaja comparativa del Estado sino que se basa en un fundamento subjetivo, puesto que solamente el Estado podría realizar esta conducta¹⁸⁴.

2.1.3.1 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁸⁵, Código de Protección y Defensa del Consumidor¹⁸⁶ y Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas¹⁸⁷.

El decreto legislativo 1034 tiene por objeto sancionar conductas competitivas para promover la eficiencia económica del mercado¹⁸⁸. Establece que su ámbito de aplicación, al igual que la norma anterior, se aplica a personas naturales y jurídicas, estatales o privadas¹⁸⁹. Esta regulación del Estado permite sancionar abusos de posición de dominio¹⁹⁰, así como prácticas colusorias horizontales y verticales¹⁹¹. Está relacionada a la obligación del Estado de evitar que se formen monopolios.

Mientras que la Ley 29571 tiene por objeto proteger el consumidor de productos y servicios idóneos, entendiendo como consumidor personas naturales o jurídicas¹⁹² y entendiendo como proveedores personas naturales o jurídicas de derecho

¹⁸⁴ GALVÁN PAREJA, G (2016). *La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario...* op cit. P 94.

¹⁸⁵ Decreto Legislativo 1034.

¹⁸⁶ Ley 29571.

¹⁸⁷ Decreto Legislativo 1256.

¹⁸⁸ Artículo 1 del Decreto Legislativo 1034.

¹⁸⁹ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1034.

¹⁹⁰ Artículo 10 del Decreto Legislativo 1034.

¹⁹¹ Artículo 11 del Decreto Legislativo 1034.

¹⁹² Artículo IV de la Ley 29571.

público o privado, incluyendo las empresas estatales¹⁹³; entendiendo que el estado orienta sus acciones para defender los intereses de los consumidores ante prácticas que afectan el mercado, procurando que sean ellos quienes tengan un rol activo en el desarrollo del mercado¹⁹⁴. A entender de DURAND, el Código busca proteger al consumidor que se encuentra expuesto de forma directa o indirecta en una relación de consumo o en una etapa previa a ella¹⁹⁵.

El Decreto Legislativo 1256 tiene por objeto supervisar el marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa¹⁹⁶, entendiendo como barrera burocrática como requisito, exigencia, limitación, que imponga cualquier entidad con la finalidad de restringir u entorpecer el acceso o permanencia de agentes económicos en el mercado¹⁹⁷.

Podemos observar que el Estado no solo ha regulado la subsidiariedad negativa (intervención directa) en el artículo 60 de la Constitución, sino que en uso de la subsidiariedad positiva, el Estado interviene indirectamente para regular la actividad del privado a fin de garantizar la no vulneración de derechos fundamentales de los individuos y promueve la competitividad del mercado.

2.1.3.2 Resolución de observancia obligatoria del Indecopi: Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”.

¹⁹³ Artículo IV de la Ley 29571.

¹⁹⁴ Artículo VI de la Ley 29571.

¹⁹⁵ DURAND CARRIÓN, J (2016). El Código de Protección y Defensa del Consumidor, retos y desafíos para la promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú. Lima. Revista de Actualidad Mercantil-EDM N°4. Pp 103.

¹⁹⁶ Artículo 1 del Decreto Legislativo 1256.

¹⁹⁷ Artículo 3 del Decreto Legislativo 1256.

En el año 2010, el INDECOPI emite un precedente de observancia obligatoria por el caso de Pollería El Rancho II E.I.R.L que denunció a la Universidad Nacional del Altiplano- Puno-, por competencia desleal, por administrar un local dentro de su centro de estudios dedicado a la venta de pollos a la brasa, estableciendo que dicha actuación vulneraba el principio de subsidiariedad porque no existía una ley expresa habilitante para realizar dicha actividad empresarial. La resolución de observancia obligatoria, como dice CHANG tiene un sesgo negativo sobre la función del Estado en la economía¹⁹⁸, mientras que BULLARD aplaudió el tenor de la resolución en la conclusión de un artículo¹⁹⁹. Indecopi define al principio de subsidiariedad como un límite a la acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos a hacer empresa²⁰⁰. Estableció que esa limitación se aplica a toda la actuación estatal referida a producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos ánimo lucrativo o sin él excluyéndose servicios asistenciales y potestades del *ius imperium*²⁰¹. Reafirma la idea de que para que el Estado actúe empresarialmente se debe autorizar por ley expresa emitida por el Congreso de la República²⁰², lo que como ya hemos repetido en varias ocasiones, no observa la realidad: las Municipalidades y Gobiernos Regionales crean empresas. El Indecopi tiene una noción negativa con respecto al Estado porque presume que, en aquellos casos en los que solamente exista una empresa estatal, existen barreras de entrada²⁰³.

¹⁹⁸ CHANG CHUYES, G (2015). *La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI...* op cit. 146.

¹⁹⁹ BULLARD, GONZALEZ, A (2011). *El Otro Pollo. La Competencia del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad...* op cit. P 209.

²⁰⁰ INDECOPI: Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Ídem.

²⁰³ Ídem.

La concepción del principio de subsidiariedad que emana de la resolución del Indecopi va en contra de la misma definición dada por el Tribunal Constitucional respecto de este principio por la cual establece que la subsidiariedad más que un mecanismo de defensa contra el Estado, es un instrumento de conciliación de los conflictos²⁰⁴. En ese sentido, el Indecopi se sobre limita de sus competencias al tratar de realizar control difuso del principio de subsidiariedad cuando este le compete al Tribunal Constitucional.

2.1.4 Regulación de la subsidiariedad en la actividad contractual.

El Decreto Legislativo 1017 establece la Ley de Contrataciones del Estado (que derogó la antigua Ley 26850) cuyo objeto es dotar de eficiencia las contrataciones que realice el sector público²⁰⁵. Esta norma enumera una serie de principios que le rigen entre los que están el Principio de Libre Competencia, Razonabilidad, Eficiencia, Economía (por el que se evitan exigencias innecesarias), Vigencia Tecnológica, entre otros²⁰⁶. A través de esta norma, el Estado busca que el privado coopere directamente con él para el desarrollo de una obra, a través de un proceso de selección. Lo que le permite que ambos cumplan sus fines, el Estado logra garantizar el interés general mediante una obra y el privado consigue alcanzar su fin de lucro. Los Estados pueden estimular la economía a través de este mecanismo. Por su lado el Estado está obligado a dar las garantías y seguridad necesarias para que esa obra se lleve a cabo una vez firmado el contrato²⁰⁷. No solo eso la Entidad Reguladora supervisa que el proceso de de ejecución de la obra se realice conforme el contrato, incluso pidiéndole al contratista que corrija cualquier

²⁰⁴ Punto 22 de la STC 0008-2003-AI/TC

²⁰⁵ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1017.

²⁰⁶ Artículo 4 del Decreto Legislativo 1017.

²⁰⁷ Artículo 39 del Decreto Legislativo 1017.

desajuste²⁰⁸. Así el Estado no solo busca a un contratista privado para la ejecución de la obra, sino también pone todos los medios a su alcance para que este pueda desarrollarla de la mejor manera. La cooperación directa del privado es tan importante para el Estado que anualmente se elabora y aprueba un Plan Anual de Contrataciones, como establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²⁰⁹.

El Decreto Legislativo 1224, con sus modificaciones y su reglamento, el Decreto Supremo 410-2015-EF establecen la regulación básica para la realización de proyectos mediante la figura de Asociaciones Público Privadas, que a diferencia del contrato de obra, exige una mayor y estrecha cooperación entre el Estado y el privado. En ese sentido HUAPAYA establece que la idea de una APP es potente porque supone la unión de la experiencia privada y el aporte estatal para prestar mejores servicios públicos, realizar proyectos más grandes de infraestructura, dentro de una lógica de compartir riesgos y beneficio²¹⁰. Bajo esta figura, se da un paso más en la subsidiariedad que en el contrato de obra tradicional, ya no solo el Estado contrata a un privado para que realice una obra con financiamiento estatal, sino que hace que sea el mismo privado (APP autofinanciadas, que son aquellas que no demandan recursos del Estado²¹¹) sea quien invierta el dinero para ejecutar la obra a cambio de un tiempo de concesión de la misma; lo que supone dotar aún más al privado de libertad para realizar su actividad económica; mientras que en casos más complejos, el Estado es quien puede financiar parcial o totalmente la obra (APP cofinanciada, las mismas que deben tener mayor evaluación y

²⁰⁸ Artículo 47 del Decreto Legislativo 1017.

²⁰⁹ Artículos 6 y 7 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

²¹⁰ HUAPAYA TAPIA (2013), Ramón. *Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal...* op cit. P 19.

²¹¹ *Ibíd.* P 21.

requisitos de procedimiento²¹²). Incluso, esta figura se puede dar, mediante iniciativa Estatal o iniciativa privada, cuando el sector privado propone un proyecto de APP, lo que supone un rol más protagónico del privado en proyectos de titularidad pública que en la obra tradicional. En este tipo de proyectos, el privado no ha renunciado a su fin de lucro, busca obtener una ganancia razonable²¹³, mientras el Estado busca conseguir sus fines ontológicos. Otro de los puntos clave de las APP es la distribución de los riesgos, los mismos que son asumidos por quien esté en mejor competencia para hacerlo, por ejemplo: El Estado es el encargado de eliminar las interferencias con respecto al terreno. Sea cual sea el caso, el Estado mantiene su rol de garante para llevar a cabo dichos proyectos estableciendo garantías.

2.1.5 Regulación subsidiaria de la administración pública

Para VIGNOLO, la historia de los organismos reguladores se puede resumir en tres etapas: (1991-1998) periodo donde aparece primitivamente normativa, (2000-2005), periodo de consolidación de las entidades administrativas y (2007-2009) periodo en el que se fijaron mecanismos y condiciones para que se creen nuevos reguladores²¹⁴. Estas entidades administrativas tienen la capacidad de emitir regulación de carácter reglamentario con la finalidad, muchas veces, de regular la actividad económica de los privados (intervención indirecta). Así tenemos, por ejemplo SUNASS, INDECOPI, OSITRAN, SUNAT, ente otros. Según KRESALJA la regulación dentro de una economía de mercado debe realizarse conforme a este. Según él, esta regulación debe tener carácter

²¹² Ídem.

²¹³ NALVARTE, P (2017). *Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-privadas*. Derecho & Sociedad Vol 49. Lima. Revistas PUCP. Pp 321-337.

²¹⁴ VIGNOLO, ORLANDO. *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria...* op cit. P 299.

general y objetivo²¹⁵. La emisión de esta regulación, al igual que todos los actos administrativos, se deben realizar respetando La Ley del Procedimiento Administrativo General²¹⁶ y sus principios generales, entre los que están: el de Legalidad, Razonabilidad, Celeridad, Eficacia; todos relacionados con dotar al Estado de eficiencia²¹⁷.

²¹⁵ KRESALJA ROSSELLÓ, B. OCHOA, C (2009). *Derecho Constitucional Económico...* op cit. P 368.

²¹⁶ Ley 27444.

²¹⁷ Artículo IV de la Ley 27444.

CAPÍTULO TERCERO:

LOS ÁMBITOS EN QUE SE PUEDEN VER AFECTADOS LOS SUJETOS DE DERECHO SI EN CASO NO SE RESPETE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Se ha dicho que la subsidiariedad funciona como un principio intermedio en un sistema donde los sectores público y privado cooperan. Una buena cooperación, realizada a partir de marcos legales claros, dotar al Estado de eficiencia. La eficiencia estatal, a su vez, permite garantizar mejor los derechos fundamentales, muchos de ellos de naturaleza programática; permite, entre otras cosas, mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos a través del mejoramiento de los estándares de calidad de los servicios públicos.

Hagamos, ahora, un ejercicio a la inversa. El análisis realizado hasta este momento podría resumirse en la siguiente frase: la subsidiariedad genera eficiencia estatal. Por lo tanto, el incumplimiento del principio de subsidiariedad genera ineficiencia. Pero no solo ineficiencia, cuando se vulnera un principio constitucional, se vulnera toda la cadena normativa que se construye a partir de este. Este apartado tiene por finalidad estudiar los efectos negativos de la ruptura del principio de subsidiariedad.

Se dijo, líneas arriba, que los artículos de la constitución deben interpretarse sistemáticamente con las normas que lo desarrollan ¿De qué forma se vulneran estos derechos cuando se rompe con la subsidiariedad? Así como es primario analizar los derechos fundamentales que afectan directamente al ciudadano cuando este principio no

se cumple. Así, como las posibilidades de interponer garantías constitucionales en aquellos casos donde se vulnere el principio de subsidiariedad por parte del Estado.

3.1 Libertad de empresa.

A entender de LANDA, la Libertad de Empresa es el derecho fundamental por el cual el ciudadano participa en la actividad económica del país²¹⁸. Así, el mismo autor sustenta que el contenido esencial de este derecho se encuentra en la autonomía para crear actividad económica, acceder a sectores económicos y productivos, elegir su modelo empresarial, así como las condiciones de término de la actividad empresarial²¹⁹. Esto está relacionado con el espacio de libertad que el principio de subsidiariedad le exige otorgar al Estado a favor de los individuos. Sin embargo, por la misma subsidiariedad, se requiere de cierta intervención estatal que permita que los privados interactúen económicamente en un mercado competitivo e idóneo. Es por esto que la Libertad de Empresa requiere que exista un rol garante de la Administración pública que permita el libre acceso al mercado, promueva eficiencia, sancione monopolios, entre otros, en aras de mantener la igualdad jurídica²²⁰.

Este derecho está expresamente regulado por el artículo 58 de la Constitución, por el cual se establece que la iniciativa privada es libre²²¹; y es complementado por el artículo 59 que establece que el Estado tiene la obligación de estimular la creación de la

²¹⁸ LANDA, C. *Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993...* P 35.

²¹⁹ *Ibidem*. P 36

²²⁰ *Ídem*.

²²¹ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993.

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

riqueza y garantizar la libertad de empresa; brindando oportunidades de superación a los sectores desiguales y promoviendo las pequeñas empresas²²². En distinta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho no solo se limita a tener la libertad de crear empresa (libertad de acceso al mercado) sino también a establecer los objetivos de su empresa (libre actividad de empresario) y dirigir la organización creada en el día a día (libertad de dirección)²²³. En ese sentido, la libertad de empresa está enlazada con el derecho de libre competencia.

El Estado puede vulnerar la subsidiariedad económica si es que la exigencia de requisitos para constituir una empresa es tanta que impiden el ejercicio de la misma, configurándose así trabas administrativas que impiden la cooperación indirecta. He ahí la importancia de las leyes de simplificación administrativa, como la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas²²⁴. Así mismo, el Estado podría vulnerar la subsidiariedad si, a través de un dispositivo legal, prohíbe el ejercicio de la empresa privada a ciertos sectores donde su desarrollo ha existido. (Supongamos, una ley que prohíba la inversión privada en el sector bancario). Igualmente, si es que a través de algún dispositivo legal se empieza a limitar los objetos de las empresas, impidiéndolas realizar más servicios o productos de los que ya hacen.

3.2 Libre competencia.

²²² Artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993.

“Artículo 59: El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

²²³ STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC, 01405-2010-PA/TC, entre otras.

²²⁴ Decreto Legislativo 1256.

El derecho a la libre competencia está regulado en el Artículo 61 de la Constitución, por el cual establece la necesidad de la intervención indirecta del Estado para facilitar y vigilar la libre competencia. Así, el Estado no solamente respeta un espacio de libertad para que los individuos puedan realizar sus actividades económicas sino también vela para que las interacciones en ese espacio sean realizadas según Derecho. En ese sentido, el Estado está en la obligación de combatir el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, prohibiéndole autorizar o establecer monopolios²²⁵. ALFAGEME explica que la protección de la libertad económica tiene el mismo que la protección de la libertad en el ámbito político; así, la ley debe establecer y asegurar condiciones en las que los privados puedan desempeñarse libremente, respetando así siempre la autonomía privada para que el mercado se rija mediante competencia²²⁶. La defensa de este derecho viene desarrollada por el Decreto Legislativo Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia²²⁷, que tiene como rango de aplicación a todas las personas naturales y jurídicas de derecho privado o público (donde se encuentran las empresas estatales).

El Estado sanciona el abuso de posición de dominio²²⁸ y las prácticas colusorias que forman cárteles²²⁹. El Estado vulnera el derecho de libre competencia cuando, incumpliendo con el principio de subsidiariedad, impide la entrada de nuevos agentes al mercado, otorga monopolios a privados o se guarda para sí un monopolio.

²²⁵ Artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993.

²²⁶ ALFAGEME RODRÍGUEZ, A (1995). *Libre Competencia, Privatización y Desmonopolización*. THEMIS Núm. 31. Lima. Revistas PUCP. P 92.

²²⁷ Decreto Legislativo 701.

²²⁸ Artículo 3 del Decreto Legislativo 701.

²²⁹ Artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

3.3 Ineficiencia y repercusión social.

Como se ya se dijo: el incumplimiento del principio de subsidiariedad genera ineficiencia, y la ineficiencia en el manejo de los recursos puede repercute en los ciudadanos, que son los sujetos de derecho por los que el Estado debe velar, de forma negativa. Así, recursos que podrían ser empleados para desarrollar los fines sociales del Estado; terminan alimentando un aparato (sea empresarial o de otro tipo) innecesario, ya que es una actividad que podría ser cubierta por el sector privado a través de la oferta y la demanda. Si el mercado está debidamente cubierto por el sector privado, no sería eficiente la creación de un nuevo operador público, así como no sería eficiente realizar programas sociales en distritos de capacidad económica alta.

En todo caso, el Estado debe velar siempre por la buena utilización de sus recursos económicos. Pues, en una realidad como la nuestra, con muchas deficiencias sociales, se requiere maximizarlos. El problema es que la ineficiencia, incluso la económica, es campo fértil para la corrupción²³⁰.

3.4 Afectación en la actividad contractual o de cooperación

Se ha dicho que existen nociones de subsidiariedad en la actividad contractual o de cooperación del Estado en el sentido de que a través de estos contratos se prioriza que sea el privado quien ejecute la obra, incluso las financie si es el caso de alguna APP. Así como también se afirmó que existe una noción de subsidiariedad en la distribución de los riesgos de las APP. Así, se puede vulnerar el principio de subsidiariedad cuando en lugar de preferir hacer un concurso público, se le encarga a una empresa estatal que realice una

²³⁰ Para mayor detalle sobre este tema que pasa los límites de este estudio, está el artículo: “Las causas de la corrupción” de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-causas-de-la-corrupcion/23515-3>

obra pública; siempre y cuando existan privados que puedan realizarla mejor por temas de experiencia y mayor capacidad económica. Así como una mala distribución de los riesgos en una APP se convierte en un problema estructural del contrato y genera sobrecostos a una de las partes. Supongamos, por ejemplo, que en un contrato de APP todos los riesgos o la mayoría los asume el Estado; esto beneficiaría al privado y aumentaría los sobrecostos injustamente para el sector público. Finalmente, una mala distribución de los riesgos conlleva a que pueda existir un incumplimiento contractual y se tengan que ejecutar las garantías que como explica DE LOS HEROS pueden ser Financieras o No Financieras²³¹, y pueden conllevar a litigios arbitrales (propuestos en las cláusulas de resolución de conflictos) generando posibilidades de gran pérdida onerosa a una de las partes.

3.5 ¿Son viables las garantías constitucionales para salvaguardar la subsidiariedad?

Una vez vulnerados los artículos de la Constitución que regulan la subsidiariedad ¿Cabe aplicar alguna garantía constitucional?

El artículo 200° de las Constitución establece que el Hábeas Corpus, la Acción de Amparo; el Hábeas Data, la Acción de Inconstitucionalidad, las Acción Popular y la Acción de Cumplimiento son garantías constitucionales que sirven para garantizar Derechos Fundamentales²³².

²³¹ DE LOS HEROS ECHECOPAR, J (2009). *Asociaciones público privadas: una mirada de cara al futuro*. Círculo de Derecho Administrativo Núm. 7. Lima. Revistas PUCP. Pp 359-390.

²³² Artículo 200.- *Acciones de Garantía Constitucional*. Círculo de Derecho Administrativo Núm. 7. Revistas PUCP. Lima. 2009. Pp 389-390.

“Son garantías constitucionales:

La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

El habeas corpus, por su propia naturaleza, que está circunscrito con el derecho de libertad individual, no es aplicable para los temas relacionados a las subsidiariedad. La Acción de Amparo, al igual que la figura anterior, es una garantía que se interpone a título individual, cuando el Derecho Fundamental de un individuo concreto se ve vulnerado por alguna circunstancia determinada; por lo que no cabría ante el incumplimiento de la subsidiariedad por lo mismo que este no vulnera a individuos particulares sino a la sociedad en su conjunto y al sistema mismo. Bajo el mismo concepto, tampoco pueden proceder una Acción de Habeas data y una Acción de Cumplimiento (haciendo la salvedad de que algunos teóricos que no la consideran una garantía constitucional propiamente dicha).

Según HAKANSSON, dice sobre la Acción de Inconstitucionalidad, que estamos “ante un proceso de puro derecho, de naturaleza abstracta, donde la razón de ser del Tribunal Constitucional no se concentra en la expulsión de las leyes, y normas con rango de ley, del ordenamiento jurídico sino, principalmente, en la necesidad de

La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.”

armonizar dichas normas con la realidad constitucional²³³. Que la Acción de Inconstitucionalidad sea de naturaleza abstracta significa, la incompatibilidad de la norma con el sistema jurídico afecta el interés general. Las normas que se encuentran sujetas al proceso de inconstitucionalidad son aquellas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso, ordenanzas regionales y ordenanzas municipales²³⁴.

Así una ley expresa que cree una empresa pública²³⁵ que rompa con el principio de subsidiariedad, que es un principio constitucional, podría ser interpretada por el Tribunal Constitucional de tal forma que sea compatible con el sistema o, en última ratio, ser derogada por tratarse de una norma inconstitucional.

El artículo 203 de la Constitución y el artículo 98 del Código procesal Constitucional establecen qué sujetos tienen legitimidad para interponer una acción de inconstitucionalidad: El Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, El Defensor del Pueblo, 25% del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el JNE, los presidentes de Región con el Consejo de Coordinación Regional, los colegios profesionales en su materia de especialidad.

Sin embargo, cuando se trata de la creación de una empresa pública; difícilmente los mismos creadores de esta interpondrán una acción de inconstitucionalidad (Presidente de la República, el congreso, Presidentes Regionales). En el caso del

²³³ HAKANSSON NIETO, C (2014). *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial*. Lima. Palestra. Pp 24.

²³⁴ HAKANSSON NIETO, C (2014). *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial...* op cit. Pp 70-71.

²³⁵ Bajo la interpretación que hemos dado en este artículo, no podrían ser normas expedidas por el congreso sino también decretos legislativos, ordenanzas regionales y municipales.

congreso, podría haber una luz si se logra obtener el porcentaje de oposición necesario. Otro aspecto complicado: ante una población poco concientizada de los daños del incumplimiento de la subsidiariedad, difícilmente se podrán conseguir las cinco mil firmas requeridas; menos aún si esto son beneficiarios directos de dicha empresa pública. En el caso del Fiscal de nación, su campo de actuación se reduce al ámbito de la investigación de un delito; por lo que los asuntos de subsidiariedad escapan de su competencia. No existe colegio profesional competente en estos temas. Una luz de esperanza queda en el Defensor del Pueblo que, hasta el día de hoy, nunca ha intervenido en temas relacionados el principio de subsidiariedad.

Por otro lado, nos queda analizar en caso de la Acción Popular, que procede en casos de reglamentos, resoluciones administrativas que vulneren normativa constitucional. Este “debe realizarse no solo con relación a las normas constitucionales y legales sino también con las sentencias del Tribunal Constitucional que, desde luego, hayan estimado, o desestimado, la declaración de una ley como inconstitucional”²³⁶. Si bien, esta garantía no procedería para declarar la inconstitucionalidad de la actividad empresarial que vulnere la subsidiariedad, sí puede servir para proteger otros aspectos relacionados a la subsidiariedad económica de actividades no empresariales del Estado; como la actividad regulatoria. Nos permitiría impedir que la administración pública sobrepase su competencia, como en el caso de la N°3134/2010/SC1-INDECOPI. Esta garantía puede interponerla cualquier persona ante el Poder Judicial.

²³⁶HAKANSSON NIETO, C (2014). *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial...* op cit. Pp 29-30.

CONCLUSIONES

Primera: El sector público y el sector privado no son opuestos y cooperan directa e indirectamente en la consecución del interés general y garantía de los derechos fundamentales. La subsidiariedad no representa un límite al poder estatal, sino es un principio que otorga al Estado un orden de acción a la hora de realizar actividad económica. Así como el Estado, por eficiencia, debe abstenerse de intervenir directamente en la economía cuando las necesidades están satisfechas por el sector privado; está obligado a hacerlo cuando el sector privado es insuficiente o ineficiente para salvaguardar el interés general. Adicionalmente a esto, el Estado siempre interviene indirectamente en la economía.

Segunda: La subsidiariedad es un principio general del Derecho que ha ido evolucionando con la sociedad, de modo que ha tomado forma a través de las doctrinas que lo han reconocido, como la DSI, el liberalismo, entre otros. Es decir, ha tenido cierta maduración dogmática en el tiempo, hasta el punto que su contenido es considerado socialmente aceptado. Es un principio que establece un orden de interacción de las que actividades económicas entre los cuerpos que componen la sociedad, tratando siempre de dotar al individuo la mayor libertad posible en aras de satisfacer el interés general. Así, el Estado intervendrá solamente cuando el privado no pueda satisfacer adecuadamente la actividad y procurará dotar al privado de todas las herramientas necesarias de su competencia para que este pueda hacer su actividad sin intervención. De esta manera, es un principio que busca dotar de eficiencia las actividades económicas entre los cuerpos que componen la sociedad en la relación individuo (ente inferior)- Estado (ente superior) y demás cuerpos intermedios, en un espacio de cooperación.

Tercera: El principio de subsidiariedad económica es más amplio que el artículo 60 de la Constitución porque la subsidiariedad empieza a ser regulada desde el artículo 58 de la Constitución y comprende también a la actividad económica no empresarial y a la intervención indirecta del Estado en la economía mediante su actividad regulatoria.

Cuarta: La resolución de observancia obligatoria Res, N° 3134-2010/SC1-INDECOPI contiene un concepto erróneo de subsidiariedad ya que nace de una concepción ‘opositiva’ o conflictivista que el mismo Tribunal Constitucional ha negado. Y es realizada bajo un control difuso de la Constitución que excede la competencia del INDECOPI.

Quinta: Se puede interponer una Acción de Inconstitucionalidad para salvaguardar el principio de subsidiariedad económica empresarial y la Acción Popular podría servir para salvaguardar la subsidiariedad a nivel regulatorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfageme Rodríguez, A. (1995). Libre competencia, privatización y desmonopolización. *THEMIS-Revista de Derecho*, (31), 91–97. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/11512/12032>
- Altamira Gigena, J. (s.f.). *La actividad de Fomento*. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-actividad-de-fomento>
- Baena del Alcázar, M. (1967). Sobre el concepto de fomento. *Revista de administración pública*, (54), 43–86. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116837.pdf>
- Bedoya, C. (2011, 23 junio). El rol subsidiario del Estado. *Red del Tercer Mundo*. Recuperado de <http://agendaglobal.redtercermundo.org.uy/2011/06/23/el-rol-subidiario-del-estado/>
- Benedicto XVI. (2009). *Carta encíclica: Caritas in veritate*.
- Bullard Gonzalez, A. (2011). El Otro Pollo La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 199–209.
- Carvajal Aravena, P. (2005). La Teoría de los bienes en la "política" de Johannes Althusius como base del pensamiento económico liberal. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (XXVII), 309–327.
- Carvajal Villaplana, Á. (2013). Democracia, poder y minorías en Bertrand Russell. *Revista humanidades*, 3, 1–11.
- Castro Torres, J. (2012). *El concepto de subsidiariedad del Estado en el Siglo XX chileno: Algunas fuentes documentales para su estudio*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Congreso Social "La Persona en el Corazón del Desarrollo", Santiago de Chile.

Chang Chuyes, G. (2015). La subsidiariedad del Estado en materia económica. En L. Castillo Córdova y A. M. Becerra Gómez (Eds.), *II Convención Estudiantil de Derecho Público: Organizada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura* (1a ed., pp. 135–154). Lima: Palestra Editores.

Compendio de la doctrina social de la iglesia: Pontificio consejo “Justicia y paz”. (2004). Recuperado de http://mestreacasa.gva.es/c/document_library/get_file?folderId=500012587196&name=DLFE-682737.pdf

Cruces Burga, A. (2016). Principios de la constitución económica: aproximación inicial y fuentes. *IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho*, (11), 39–54.

De León Barbero, J. (2010). Liberalismo y subsidiariedad. *eleutheria*,

Doxrud, J. (2016). *La Filosofía política de Friedrich Hayek (2): Orden espontáneo, Derecho y ley*. [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://www.libertyk.com/blog-articulos/2016/12/13/la-filosofa-politica-de-friedrich-hayek-2-orden-espontneo-derecho-y-ley-por-jan-doxrud>

Durand Carrión, J. (2015). El código de protección y defensa del consumidor, retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú. *Revista de Actualidad Mercantil*, (4), 94–135.

Galván Pareja, G. (2016). La actividad empresarial del Estado: entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario. *Pensamiento Crítico*, 21(2), 83–103. <https://doi.org/10.15381/pc.v21i2.13261>

García Toma, V. (2003). Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (21), 190–209.

- Groser, M. (2014). Los principios de solidaridad y subsidiariedad. En H. Sánchez (Ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política: Fundamentos, teoría e ideas políticas* (1a ed., Vol. 1, pp. 167–182). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Guzmán Alarcón, A. L. (2016). *El principio de subsidiariedad del Estado ¿supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas?* (Trabajo académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho de Protección al Consumidor). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Hakansson Nieto, C. (2014). *El proceso de inconstitucionalidad: Una aproximación teórica y jurisprudencial*. Lima: Palestra.
- Hayek, F. A. von. (1998). *Los fundamentos de la libertad* (6a ed.). Madrid: Unión Editorial.
- Hayek, F. A. von. (2006). *Derecho, legislación y libertad: Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión Editorial.
- Heros Echeopar, J. C. de los. (2009). Asociaciones público privadas: una mirada de cara al futuro. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 388–396.
- Huapaya Tapia, R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. *Revista de Derecho Administrativo*, (13), 15–32.
- Instituto Peruano de Economía. (2013). *¿Obra pública tradicional o asociación público privada?: Viabilidad del comparador público privado en el Perú*. Recuperado de <http://www.ipe.org.pe/portal/obra-publica-tradicional-o-asociacion-publico-privada-viabilidad-del-comparador-publico-privado-en-el-peru/>
- Kresalja R., B. (2007). Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 17–117.

- Kresalja R., B. (2015). *¿Estado o mercado?: El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana* (1a ed.). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kresalja R., B. y Ochoa, C. (2009). *Derecho constitucional económico* (1a ed.). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa, C. (2016). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. *Forseti*, (1), 145–157.
- León XIII. (1888). *Carta encíclica: Libertas, praestantissimum*.
- León XIII. (1891). *Carta encíclica: Rerum novarum*.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2010). El principio de subsidiariedad. En J. A. Santamaría Pastor (Ed.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (1a ed., pp. 1275–1310). Madrid: La Ley.
- Méndez Vásquez, D. E. (2016). *Naturaleza y régimen jurídico de las obras por impuestos* (Tesis para optar el título de abogado). Universidad de Piura, Piura.
- Montjoy Forti, P. (2018). *Sobre el proyecto de ley que pretende eliminar la subsidiariedad de la Constitución*. [Mensaje de un blog]. Recuperado de <http://www.garciasayan.com/blog-legal/2018/07/13/sobre-el-proyecto-de-ley-que-pretende-eliminar-la-subsidiariedad-de-la-constitucion/>
- Nalvarte Salvatierra, P. (2017a). Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-privada. *Derecho & Sociedad*, (49), 321–337.
- Nalvarte Salvatierra, P. (2017b). Evolución del marco legal de las concesiones y las asociaciones público-privadas en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (49), 359–379.

Ortúzar Madrid, P. (2015). *El principio de subsidiariedad: 4 claves para el debate*.

Recuperado de <http://www.ieschile.cl/claves/subsi.pdf>

Petkoski, D., Jarvis, M. y Garza, G. de la. (2006). *El sector privado como un verdadero aliado*

en el desarrollo-final. Recuperado de

http://siteresources.worldbank.org/CGCSRLP/Resources/El_sector_privado_como_un_verdadero_aliado_en_el_desarrollo_v.final.pdf

Pío XI. (1931). *Carta encíclica: quadregesimo anno de su santidad*.

Pomar Shirota, J. M. de. (1992). Seguridad jurídica y régimen constitucional. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (23), 131–154.

Popper, K. (2010). *La miseria del historicismo* (1a ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Quintana Benavides, A. (2014). El principio de subsidiariedad. *Revista de Derecho Público*, 125–136. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2014.31682>

Quiñones Alayza, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (12), 65–73.

Rabotnikof, N. (2015). *Lo público, lo privado*. Recuperado de

<https://perio.unlp.edu.ar/sitios/opinionpublica2pd/wp-content/uploads/sites/14/2015/09/T1.2-Rabotnikof-.P%C3%BAblico-y-privado.desbloqueado.pdf>

Rodríguez Cairo, V. (2013). Principio de subsidiariedad económica del estado en la constitución política del Perú. *Quipukamayoc*, 21(40), 113–122. Recuperado de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/viewFile/6317/5536>

Rostworowski, M. (2017). *Historia del Tahuantinsuyu* (3a ed.). Lima: IEP Ediciones.

- Ruiz Caro, A. (2002). *El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2001*. Santiago de Chile: CEPAL; Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES.
- Russell, B. (1949). *Autoridad e individuo*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Seumeren, J. A. (2011). El Orden Espontáneo y la Teoría de la Evolución Cultural en Hayek. *Laissez-Faire*, (15), 61–77.
- Stuart Mill, J. (2013). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial Sa.
- Suárez-Iñiguez, E. (2015). La filosofía de la ciencia de Karl Popper. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 40(159), 9–32.
- The world bank. (2009). *Module 1: Overview and Diagnosis*. Recuperado de <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/1-21.pdf>
- Urueta Rojas, J. M. (2006). *El contrato de concesión de obras públicas* (1a ed.). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Urueta Rojas, J. M. (2010). *El contrato de concesión de obras públicas (Project finance y partenariado público-privado)* (2a ed.). Bogotá D.C.: Ibañez.
- Vargas Llosa, M. (2018). *La llamada de la tribu* (1a ed.). Barcelona: Alfaguara.
- Vignolo, O. *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria* (Tesis doctoral). Universidad de Zaragoza, Zaragoza.
- Zanotti, G. (2001). Popper y el cristianismo. *Laissez-Faire*, (15), 54–60.