

A reconstrución da noción xurídica das empresas públicas peruanas

La reconstrucción de la noción jurídica de las empresas públicas peruanas

The reconstruction of the legal notion of Peruvian public companies

54
Regap

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España)

Abogado por la Universidad de Piura (Perú)

Profesor de la Universidad de Piura (Perú)

Director de la Revista Anuario de la Función Pública

Abogado del Estudio Echeopar (Perú)

orlandovignolo@yahoo.com

Recibido: 01/12/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: As empresas públicas deben ser definidas expresamente no dereito administrativo peruano, máis alá de toda discusión multidisciplinaria sobre a súa existencia efectiva e valor na actual realidade do país. Isto último é unha necesidade urxente para delimitalas no seu contido xurídico e asegurar que esta técnica teña equilibrados alcances, partindo sempre desde a súa xustificación constitucional e obrigatoria práctica ao servizo do interese público. Ademais, esta tarefa resulta necesaria debido á pouca precisión dogmática que mantén o noso lexislador no conciso e algo desordenado réxime de actividade empresarial do Estado, o cal acaba sendo só un máis nun conxunto de normas sectoriais que regulan varios destes suxeitos económicos de titularidade pública.

Palabras clave: Empresas públicas, principio de subsidiariedade, control público, influencia dominante, persoa xurídica, administracións públicas.

Resumen: Las empresas públicas deben ser definidas expresamente en el derecho administrativo peruano, más allá de toda discusión multidisciplinaria sobre su existencia efectiva y valor en la actual realidad del país. Esto último es una necesidad urgente para delimitarlas en su contenido jurídico y asegurar que esta técnica tenga equilibrados alcances, partiendo siempre desde su justificación constitucional y obligatoria práctica al servicio del interés público. Además, esta tarea resulta necesaria debido a la poca precisión dogmática que mantiene nuestro legislador en el escueto y algo desordenado régimen de actividad empresarial del Estado, el cual termina siendo solo uno más en un conjunto de normas sectoriales que regulan a varios de estos sujetos económicos de titularidad pública.

Palabras clave: Empresas públicas, principio de subsidiariedad, control público, influencia dominante, persona jurídica, administraciones públicas.

Abstract: Public enterprises shall be explicitly defined in Peruvian administrative law, beyond any multidisciplinary discussion on their actual existence and value in the current situation of the country. The latter is an urgent need to delimit them within their legal content and ensure that this technique has balanced approaches, always starting from

its constitutional justification and obligatory practice in the service of the public interest. In addition, this task is necessary due to the little dogmatic precision that our legislator maintains in the brief and somewhat disordered regime of the State's business activity, which ends up being additional to a set of sectoral norms that regulate several of these economic subjects of public ownership.

Keywords: Public enterprises, principle of subsidiarity, public control, dominant influence, legal entity, public administrations.

Las empresas públicas han estado y continúan ligadas a la vida social y económica del Perú. Su actual presencia, menos robusta y bajo cobertura de ciertas cuestiones jurídicas promovidas por algún sector pequeño de la doctrina nacional¹, todavía aparece marcada por frecuentes polémicas sobre su valor y, cómo no, las propias posibilidades de aplicación de esta técnica de intervención administrativa². Hay que decir que en un país como el Perú, en el que las empresas públicas fueron utilizadas por distintos políticos y actores de manera disfuncional (marcando así de forma negativa a dos generaciones de peruanos), no puede exonerarse la posibilidad de discutir siempre su presencia y sus posibilidades.

A pesar de esta última atingencia histórica y la siempre peruana costumbre de marcar distancia o enfrentarse al contrario desde la practicidad (muchas veces sin fundamento o prueba teórica de respaldo), va siendo tiempo de desideologizar la revisión de este instituto, sin apasionamientos, siempre en la búsqueda de crear y justificar bases conceptuales serias y medianamente reconocibles, ya que finalmente las empresas públicas siempre existirán y lo importante es que se utilicen dentro de los márgenes jurídicos previstos en nuestro derecho. Además, solo este último presupuesto puede asegurar un nivel de eficacia y servicio efectivo de estas organizaciones al interés público, puesto que, como bien indicaba MARTÍN MATEO, lo importante de estos sujetos no es el ánimo de lucro (aunque jamás deben ser deficitarias), sino que lo verdaderamente fundamental es *“la maximización de sus resultados, disponiendo con criterios de economicidad de sus medios para la obtención de los fines propuestos”*³.

En esta última tarea (de raíz básicamente multidisciplinaria), el derecho administrativo tiene un papel esencial para presentar *equilibrio* en la respuesta concreta a partir de fundamentar conceptos claves tales como la propia definición jurídica de la técnica (y su empate dogmático con la subsidiariedad constitucional), algún nivel de identificación de lo que significa el mentado concepto legal de *“actividad empresarial del Estado”*, las posibilidades de establecer una noción que implique a sujetos olvidados y no estudiados dentro de esta última noción funcional, las razones finales para superar la tendencia de solo *particularizar* a ciertas empresas públicas alrededor del régimen de empresas del Estado preceptuado en el Decreto legislativo n. 1031 (siendo esta una ley con un ámbito objetivo que no deja de ser oscuro, pues su

1 La doctrina peruana sobre empresas públicas es muy escasa a pesar del número medianamente importante que subsisten en nuestro derecho. Para una rápida revisión, debe tomarse en cuenta a CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010; y el libro de parte general escrito por el profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.

2 Considero que las empresas públicas son una técnica de intervención de las administraciones públicas, si se quiere una actividad más de esta organización del poder público, cuestión que aparece claramente definida por el profesor LAGUNA DE PAZ en los siguientes términos: *“Sea como quiera, cualquier aproximación a la empresa pública debe empezar por resaltar que ésta es una actividad de la Administración. La empresa pública representa un instrumento de intervención directo, que permite a la Administración irrumpir activamente en la vida económica”*. Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., *“La empresa pública autónoma: aspectos jurídicos”*, revista *Presupuesto y Gasto Público*, n. 16, 1995, p. 250.

3 MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974, p. 61.

denominación no se condice con los pocos sujetos que finalmente regula), y cuál es el alcance del derecho administrativo y de las organizaciones administrativas en la fundación, estructura, control o influencia y actuaciones sobre estas clases de sujetos económicos. Entonces son varios los problemas que aparecen y necesitan de respuestas jurídico-administrativas. Algunos de ellos serán planteados y pretenden ser respondidos en este trabajo.

Ahora bien, esta problemática reseñada no solo se manifiesta en nuestra realidad. En muchos lados de Iberoamérica aparecen complicaciones de los más variados calados, en buena medida sostenidas en múltiples causas, tales como el antiguo proceso de huida del derecho administrativo, o por la intensidad de la corriente liberalizadora que se propugnó en momentos determinados en un país específico, el nivel de progresión de la iniciativa privada en los distintos sectores de la economía, o simplemente por los intentos de rehacer las intervenciones administrativas desde las decisiones políticas y configuradoras del legislador de turno.

En cualquier caso, a modo de comparación y tomando con pinzas los objetos contrastados, en el derecho español de los años noventa ya se indicaba que los problemas de ennegrecimiento de la técnica tenían reflejos, por ejemplo, en que su praxis no está lo *“suficientemente racionalizada, la carencia de una normativa específica que estructure la figura, su carácter de tema testigo, esencialmente polémico, sobre cuyos desarrollos se han proyectado concepciones e ideologías globales. Todos estos factores, como puede verse, no ayudan a su comprensión”*⁴.

Por tanto, a la vista de lo presentado y de la necesidad de sistematizar un régimen que aparece marcado por la primacía de las empresas estatales gobernadas desde el FONAFE⁵ mediante la aplicación del Decreto legislativo n. 1031 y su reglamento aprobado por el Decreto supremo n. 176-2010-EF, propongo un trabajo que intente responder las siguientes dos cuestiones esenciales:

- (i) El valor de la subsidiariedad horizontal o social respecto de las empresas públicas.
- (ii) La noción de empresa pública aplicable en el derecho administrativo peruano.

4 LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 250.

5 El citado Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), junto con el Banco de la Nación, es uno de los pocos ejemplos existentes en nuestro derecho de las denominadas “empresas del Estado de derecho público” o “empresas del Estado con potestades públicas”, según nomenclaturas recogidas por el numeral 1.1. de la Ley n. 27170 y el numeral 4.3 del Decreto legislativo n. 1031. Este sujeto debe ser entendido como una forma de *“ente público económico (...) con personalidad y estructura jurídica-pública”* (en este caso adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas). Específicamente, considero que el FONAFE es una organización del poder público que ejerce potestades administrativas, siendo correcto asumir su condición de *“entidad de la Administración pública (...) sujeta, por tanto, a normas de derecho público y también de derecho privado, especialmente en materia laboral”*. Vid. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

Por las competencias habilitadas por el legislador al FONAFE, todas ellas reconocidas en el artículo 3 de la Ley n. 27170 y otras desperdigadas a lo largo del señalado Decreto legislativo n. 1031 y su reglamento aprobado por el Decreto supremo n. 176-2010-EF (tales como la selección y aprobación de los directores que ingresan a dirigir estos sujetos, o el uso y distribución de sus recursos dinerarios), es evidente que este *holding público* cumpliría un papel de dirección y un rol jerárquico exclusivamente aplicado sobre el conjunto de las denominadas empresas estatales puestas bajo su ámbito de control. Es más, puede considerarse a esta organización administrativa como representante del o de los accionistas (los ministerios pertinentes del Poder Ejecutivo) ante estas compañías públicas, a través del ejercicio *“de la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas, creadas o por crearse, en las que participa el Estado”* (ver el literal c del artículo 3 de la Ley n. 27170).

Sin embargo, estas condiciones no disuelven las distintas naturalezas entre estos dos sujetos de derecho, con personerías (y capacidades) diferenciadas. Por un lado, una Administración pública sometida primariamente al régimen jurídico-administrativo; por otro, un conjunto de empresas públicas de titularidad del FONAFE, que deben responder por una gestión económica realizada en un determinado sector, siendo estas últimas cabales sociedades mercantiles. Por tanto, si se quiere, el legislador ha dotado de diversas competencias de ordenación, control o verificación *ex post* (de contenido no normativo) y reglamentarias, recaídas sobre actuaciones futuras de las empresas del Estado. Todas van destinadas a que el FONAFE pueda cumplir con su objetivo de conducir *“la actividad empresarial del Estado”*.

En suma, este trabajo es bastante modesto en su objeto, pues se concentra en responder las bases y el concepto de la técnica, sin mirar a los costados y a las ramificaciones de la extensa problemática jurídica que actualmente aparece tras las empresas públicas.

II

Siempre es bueno acudir al pasado para explicar ciertas cuestiones de fundamentación de una técnica jurídica. En esta sección quisiera mostrar ciertos datos sobre el enlace entre una negada subsidiariedad social, el régimen constitucional económico y el uso de las empresas públicas durante el periodo posterior a la reinstauración de la democracia y el Estado de derecho en el país (durante las dos últimas décadas del siglo pasado). Este periodo estuvo regido por la Constitución de 1979 y fue uno de los periodos más convulsos, tenebrosos y oscuros de nuestra historia republicana (marcada por la peor crisis económica que haya podido experimentar un país sudamericano, un galopante terrorismo y otros efectos propios de descomposición social e institucional).

Así, el articulado de la antigua Constitución de 1979 no era del todo armonioso, apareciendo, en concreto, unas reglas constitucionales económicas divergentes y poco claras que mezclaban figuras tan disímiles como desconocidas para nuestro derecho, tales como el mantenimiento de la igualdad entre la iniciativa pública y la privada, la coexistencia de diversas modalidades de propiedad pero haciendo especial hincapié en el cooperativismo, la libre iniciativa privada unida a la participación excluyente del Estado o de los ciudadanos peruanos a través de la reserva legal de sectores y actividades productivas (si se quiere, en este último punto apareció una extraña *publicatio* que permitía la transferencia de la inicial titularidad pública en un ámbito específico a grupos empresariales conformados por peruanos de origen).

Estas normas constitucionales parece que fueron hechas para contentar a todos los grupos políticos de la antigua Asamblea Constituyente⁶, con muy poco margen de maniobra y sin el debido tiempo dada la habilitación que le había cedido el Gobierno Revolucionario de la

6 Esto lo demuestra el diario de debates de la época. Las diversas intervenciones de relevantes constituyentes demuestran que no entendían bien lo que se discutía sobre las instituciones constitucionales a ser incorporadas en el régimen económico, otorgándoles categorías y efectos que no se condicen con sus respectivas naturalezas jurídicas, salvo excepciones puntuales. Es más, muchas de las cuatro instituciones principales que fueron copiadas mecánicamente de otras constituciones de la época aparecieron sin analizarse bien la noción, el contexto y la tradición existentes en los países de recojo.

Así, puede citarse el dicho del representante de la izquierda D. VÉLIZ cuando afirma que “*el capítulo del régimen económico, lamentablemente, vemos que está totalmente influenciado por el neoliberalismo y esto significa que van a existir trabas al proceso de transformación. Sin ofender a nadie (...) pareciese que este capítulo lo hubiesen redactado los miembros de la nueva oligarquía (...) porque la mayoría de los artículos les favorecen*”. Pero más estremecedora es la lectura de la participación del socialcristiano D. ALAYZA GRUNDY: “*en este capítulo del régimen económico, hemos establecido cuatro instituciones fundamentales para que sobre esas bases pueda funcionar una economía que sea simultáneamente libre y orientada. Dos instituciones son esencialmente de ordenamiento, la planificación democrática y el mercado (...) Y hemos creado dos instituciones esenciales para la promoción de la actividad económica, el pluralismo y la iniciativa privada libre*”. Ver el diario de debates de la Constitución de 1979 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/AsamConst/TomoCompletoAsamblea/TomoV.pdf>. Última revisión recogida 21/02/2017.

Debe agregarse que en la doctrina peruana se han reconocido estas mezclas encontradas de instituciones económicas y jurídicas principalmente en OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 672-673. Luego estas mismas cuestiones fueron asumidas íntegramente para explicar la antigua Constitución económica de 1979 y una implícita desazón por el cambio a un “*modelo económico neoliberal*” que ponía “*de relieve la existencia de un componente constitucional de hondo significado social*”. Esta tesis última fue presentada por el profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la constitución de 1993*”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994, p. 37.

época⁷. Esta falta de un orden sistémico mínimo⁸ terminó generando, según el razonamiento adecuado de KRESALJA, una intervención empresarial pública en la economía como nunca antes se había conocido en nuestra realidad, la cual podía practicarse “mediante la planificación y la creación y funcionamiento de empresas públicas, reservándose actividades con carácter eventualmente monopólico, y también sancionando prácticas anticompetitivas”⁹.

Entonces, inmediatamente surgió en los años comprendidos entre la década de los ochenta e inicios de los noventa un innegable protagonismo prestacional y empresarial público que acompañó y marcó una de las etapas políticas, económicas y sociales más funestas de nuestra historia. Muchos de estos resultados económicos, promovidos y obtenidos por los dos gobiernos democráticos siguientes, han sido tratados en alguna doctrina jurídica y, a pesar del paso del tiempo, aparecen como antecedentes de un evidente desprestigio que aún se mantiene sobre la técnica de las empresas públicas¹⁰.

Por lo dicho, cuando se compara la Constitución de 1979 y la actual Carta constitucional, a pesar de que reconocen y sostienen un régimen económico basado en el eje de la economía social de mercado (al menos por el explícito reconocimiento de este instituto), lo cierto es que la vigente sí diseñó un orden mínimo en pos de darle elementos de expansión a la primacía de la persona y a las organizaciones intermedias creadas por ésta (mediante diferentes formas de personas jurídicas). En sentido contrario, la comentada Constitución de 1979 establecía que el Estado ejercía su directa actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo, sin que exista reserva de ley para plantear la utilización casuística de la empresa pública. Además, el artículo 114 de esta Constitución señalaba que, por causa de interés social o seguridad nacional, la ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicio, así como establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos (pero contradictoriamente prohibiendo los monopolios privados)¹¹.

En otras palabras, las creaciones de empresas públicas encontraban sustentos en diversos aspectos heterogéneos, sin más restricciones que fundamentarse en el interés social o la seguridad nacional, incluso con la posibilidad de establecer y aparecer protegidas tras monopolios legales que segmentaban y favorecían el desarrollo de estas actuaciones a favor

7 No debe olvidarse que los militares que gobernaron durante la segunda parte de la dictadura del Gobierno Revolucionario establecieron que la Asamblea Constituyente de 1978 tenía como “exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” (ver el artículo 2 del Decreto ley n. 21949), y le otorgaron un tiempo muy limitado para ejercer funciones entre su instalación del 28 de julio de 1978 y su conclusión de “funciones en la primera quincena de julio de 1979” (ver el artículo 3 del citado Decreto ley n. 21949).

8 Sobre este caos generado desde la Constitución de 1979, deben recordarse las certeras palabras del profesor español L. LÓPEZ RODÓ, las cuales permiten justificar la imposibilidad de juntar en una misma carta constitucional a instituciones de sentidos y visiones políticas opuestas. Al respecto, es que “en contraste con la prolifidad de los textos constitucionales de inspiración marxista relativos al modelo económico, las constituciones del mundo occidental son muy parcas y se limitan a consagrar la propiedad y la iniciativa privada”. Vid. LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, Vol. Col. Administración y Constitución, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, p. 443.

9 Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010, p. 103.

10 Sobre este punto, un dato interesante es el recogido por KRESALJA, autor nacional que amargamente reconoce las “graves ineficiencias de las numerosas empresas públicas que generaban el 20 % del PBI, comprometieron el desarrollo de la economía y contribuyeron a una severísima crisis política y económica”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., p. 71.

11 Esta prohibición de monopolios privados del artículo 133 de la Constitución de 1979 aparece reconocido y conceptualizado por OCHOA CARDICH, C., *Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, cit., pp. 613 y ss.

de estos sujetos económicos, aunque se pretendería luego encubrir estas evidentes ventajas tras declaraciones legislativas vagas o conceptos jurídicos indeterminados (como por ejemplo la relativa “*reserva exclusiva de sectores económicos*” prevista en el artículo 4 de la Ley n. 24948).

En ese sentido, basta recordar solo algunas normas legales de actividad empresarial del Estado de los años ochenta que, con dosis de irresponsabilidad financiera, sin asumir una forzosa despartidarización y con una evidente falta de razones jurídico-administrativas medianamente reconocibles, permitían que, por ejemplo, el Estado pudiese impulsar, montar y operar una fábrica de cemento, a través de la empresa estatal Corporación Departamental de Desarrollo del Cuzco, permitiéndose la inmediata “*transferencia de recursos humanos, materiales y financieros necesarios*” (ver el artículo 2 de la Ley n. 24876).

Otra muestra de lo variopinto y desordenado que era el protagonismo público es el ámbito objetivo preceptuado por el artículo 4 de la Ley n. 24948, que permitía la participación empresarial en sectores tan disímiles, de distinta complejidad y riesgos económicos como: “*la exploración, extracción, transformación y comercialización de los recursos naturales estratégicos (...) En la producción de bienes y servicios vinculados directamente a la defensa nacional (...) En la provisión de servicios públicos y culturales (...) En la comercialización de alimentos básicos para el consumo popular (...) En la actividad financiera y de seguros (...) Comercio exterior de bienes y servicios de gran significación económica (...) Consultoría e ingeniería de alta especialización*”.

Por lo manifestado, no se puede entender el largo y continuado cambio económico y social ocurrido en el Perú sin tener en cuenta los caracteres de la antigua economía social de mercado que he descrito, la misma que se sostenía en una tenue y básica subsidiariedad, sesgada tras un uso errático y partidarizado de las empresas públicas, pero que aparecía desarrollada sobre los hombros de la imprecisión para permitir su práctica “*según el resultado de las urnas y conseguimiento del partido o ideología gobernante (...) tanto por los defensores de poner el acento en la idea de libertad económica como por los partidarios de extender el área de actuación del Estado o de la colectivización de los medios de producción basándose en un supuesto interés de carácter general o social*”¹².

III

La historia avanzó y en pocos años el Perú tuvo una nueva Constitución. Así, la historia nos sitúa bastante pronto ante un Congreso Constituyente Democrático que se encargó de preparar la Carta magna vigente. Esta asamblea instalada en diciembre de 1992, luego del autogolpe de Estado promovido por el expresidente A. Fujimori, tuvo un tratamiento y un debate bastante limitado del principio de subsidiariedad, puesto que casi ni se le menciona a lo largo de cada una de las exposiciones, réplicas y dúplicas de los constituyentes, apareciendo más bien implícitamente reconocido, sin su nombre, pero con ciertas líneas jurídicas básicas a través de participaciones efectistas que buscaban atacar el serio problema económico y la gestión de las empresas públicas creadas en los difícilísimos años ochenta¹³. Es más, como

12 LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, cit., p. 454.

13 Como bien reconoce el profesor KRESALJA, la norma de restricción de la intervención empresarial pública contenida en el artículo 60 de la CP constituyó “*el núcleo del debate sobre el principio de subsidiariedad*”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en*

haré notar en las próximas líneas, muchas de las intervenciones y debates de los textos que luego fueron incluidos en el régimen económico de la Constitución se deslizan entre los extremos de plantearla con más fuerza o combatir abiertamente la intensidad de la corriente neoliberalista que llegaba al país¹⁴.

Es preciso adelantar un par de consideraciones que son bastante aceptadas por la doctrina sobre el texto constitucional vigente¹⁵. En general, la actual Constitución tomó mucho del articulado de su antecesora, concentrando buena parte de sus reformas totales y parciales en diversas disposiciones que permitían la intervención del Estado en modos empresariales y prestacionales directos e inmediatos en la economía y la sociedad misma¹⁶. Esta mecánica pragmática de los constituyentes recogió –casi sin mencionarla– una perspectiva extendida y más sustancial del principio de subsidiariedad en sus dos versiones (social y territorial), acompañado de otras figuras que trataban de concretar mayores libertades de contenido económico (y el propio principio *pro libertate*). En este último punto, casi configurada como una apuesta por lo desconocido (y no estudiado), radica uno de los determinantes cambios en el régimen económico de la Constitución frente a su inmediata antecesora.

En todas las cuestiones planteadas a lo largo del debate del Congreso Constituyente Democrático se llegó a la conclusión final de que la actuación empresarial estatal (pública) no debía ser ni directa ni “libre” en un determinado mercado o sector. Así, la subsidiariedad social prohibitiva se impuso y quedó marcada como la principal variante del principio (y una forma de ligazón planteó que esta actividad se podrá realizar siempre y cuando se cumplan tres requisitos taxativos y obligatorios, todos desprendidos del artículo 60 de la Constitución y de la legislación de desarrollo, a saber:

(i) Que la realización de la actividad empresarial de titularidad pública se encuentre autorizada por norma legal expresa aprobada por el Congreso de la República, recaudo formal que ha sido expresamente recogido por nuestro Tribunal Constitucional como el establecimiento de una extraña “*reserva de ley absoluta*”¹⁷ (es más un mecanismo para impedir la promulgación y publicación de otros tipos de normas legales habilitantes a cargo del Poder Ejecutivo, como los decretos legislativos o los decretos de urgencia, o, incluso, las ordenanzas regionales o municipales que se encuentran en las competencias propias de los concejos municipales o

materia económica, cit., p. 97. Por la gran cantidad de tinta usada para comentar esta específica norma constitucional, a favor y en contra, desde distintos ámbitos y ciencias, es por lo que se sigue creyendo (hasta ahora) que esta es el eje del principio de subsidiariedad y un producto “neoliberal”. Sin embargo, esta forma de examen del instituto es un medio de disminución de un principio que es diametralmente distinto y con otras raíces históricas.

- 14 Como bien expresa el profesor HAKANSSON, en el Perú nunca existió una “*Constitución histórica*”. Por eso la CP fue producto de la coyuntura (tanto como la Constitución de 1979). Esto se manifiesta en que “*Las disposiciones del régimen económico en la Constitución de 1993 (...) están redactadas conforme con una ideología neoliberal, pero que hoy en día podrían discutirse en algunos Estados del primer mundo*”. Vid. HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012, p. 67.
- 15 Por todos, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”, cit., pp. 29-31.
- 16 Por lo afirmado, resulta correcto que la “*parte económica de la Constitución (...) es la que mayor transformación ha tenido en todo el texto de 1993 en relación con las Cartas anteriores*”. Vid. RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999, pp. 192-193.
- 17 STCP, recaída en el Exp. n. 0034-2004-PA/TC, de 13 de abril de 2007, F.J. 11. De manera fundamentada, aunque no comparto su posición, el profesor CHANG señala que “*no solo el Congreso tiene potestad para crear empresas públicas, sino que también los gobiernos regionales (...) Esto implica que el Parlamento solo puede crear empresas de carácter nacional, mientras que los gobiernos regionales lo pueden hacer en su ámbito*”. Vid. CHANG CHUYES, G., “La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-índecopi”, *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015, p. 151.

regionales). En ese sentido, este requisito ha sido expresamente ratificado por el legislador en el artículo 3 del Decreto legislativo n. 1031 en los siguientes términos: *"La actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República (...), en cualquier sector económico"*.

(ii) Que la intervención empresarial pública se realice en un sector económico o social (no solamente mercado) en los que exista una ausencia total o insuficiencia de privados que permita atender toda la demanda existente entre los ciudadanos, considerándose a estos como datos de motivación que deberán ser asumidos y expresados por el legislador en el contenido y exposición de motivos de la concreta norma legal habilitante. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Administrativo de Defensa de la Competencia como el *"reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común"*¹⁸. Además, en idénticos términos a los presentados por el artículo 60 de la Constitución, se puede revisar el texto del citado artículo 3 del Decreto legislativo n. 1031.

Es más, según una situación que puede considerarse como extralimitada para el ejercicio de las potestades administrativas decisorias y de resolución de recursos administrativos, este requisito propio de la justificación ha sido instrumentalizado por el Tribunal Administrativo de Defensa de la Competencia del INDECOP¹⁹ mediante una metodología de investigación y estudio de corte económico que busca probar, ante las deficiencias y abierto olvido de la legislación de defensa de la competencia, *"si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada"*²⁰, y, en segundo orden, *"cuál es la oferta privada disponible"*²¹.

(iii) Que el objetivo que se pretenda satisfacer o salvaguardar sea un *"alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional"*, posibilidades de corte finalista que deberán conectarse con los motivos de justificación, y, cómo no, aparecer en el debate parlamentario, debiendo a continuación ser colocadas en la exposición de motivos y en la específica norma legal habilitante aprobada por el Congreso de la República. En este punto estoy de acuerdo con lo expresado por KRESALJA, en cuanto a que este recaudo tiene carácter *"no solo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas políticas ahí representadas deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados"*²².

18 STCP, recaída en el Exp. n. 7339-2006-PA/TC, de 13 de abril de 2007, F.J. 11.

19 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP) fue creado en noviembre de 1992 mediante el Decreto ley n. 25868. Actualmente es considerado una de las organizaciones administrativas más importantes y reputadas en el mantenimiento y correcto funcionamiento de nuestra economía social de mercado.

20 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOP, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 82.

21 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOP, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 83. Sobre esta metodología económica, aunque puede ser un importante aporte para tratar de comprobar la falta parcial o ausencia de privados en sectores específicos, aprobado como un supuesto "precedente administrativo de alcance general" y producto del Tribunal Administrativo más respetado dentro y fuera del país, no deja de ser un motivo más de un acto administrativo resolutorio. Por tanto, ni puede ser impuesto al legislador como se pretende deslizar entre líneas (ver los numerales 80 y 81), ni tampoco puede ser sobrevalorado dentro de nuestro sistema de fuentes (la jurisprudencia ordinaria y constitucional podría dar lugar a un cambio de sentido o incluso al completo descarte de la metodología). Finalmente, aunque no es éste el trabajo ideal, debo decir que tengo serias dudas en cuanto a la existencia de una potestad discrecional para aprobar este tipo de métodos, ajenos a la discusión planteada por el correspondiente recurso administrativo, puesto que este órgano cuenta sólo con las competencias entregadas por el legislador para *"revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica"* y, en el régimen sancionador de represión contra la competencia desleal, para *"actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción"*, entre otras potestades de instrucción ligadas a las dos citadas y desperdigadas en algunas normas diversas (ver principalmente el artículo 27 del Decreto legislativo n. 1044).

22 KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., pp. 108-109.

Está claro que ambas cláusulas del artículo 60 de la Constitución son aspectos que requieren de una evaluación exclusiva del que posee la condición de ser el fruto directo del principio de representación, no siendo posible que ningún otro poder público se encuentre capacitado constitucionalmente para adoptar esta decisión. Más todavía, el legislador se ha reservado esta decisión de manera expresa con la forma excluyente de la norma legal de habilitación preceptuada en nuestro ordenamiento vigente (solo por "*Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional*", según los términos del artículo 3 del Decreto legislativo n. 1031).

Finalmente, en la misma línea el Tribunal Administrativo de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha reconocido expresamente –como no podía ser de otra manera– que el "*Congreso de la República es el único (...) legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede –a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad– lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad*"²³.

Como cierre de todo lo anteriormente explicado, debe quedar claro que la subsidiariedad horizontal tiene un amplio ámbito objetivo, presentando siempre en un lugar estelar a la prioritaria revalorización de la persona, sus derechos e impulso en cualquier campo de la realidad, importancia guiada siempre por la idea de que no resulta "*lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa*"²⁴. Además, esta colocación protagónica de las personas lleva aparejada y se conecta con un grupo de variantes de la propia figura que, desde el reconocimiento constitucional, se presentan compuestas por una serie de derechos constitucionales ineludibles, mandatos de corte positivo y negativo y subprincipios (como el *pro libertate* y el pie de igualdad). Todas estas variantes se convierten en parte del bagaje de la subsidiariedad horizontal y en auténticos medios para servir a la supremacía de las personas prevista en el artículo 1 de la Constitución.

Por otro lado, la Constitución también previó un subprincipio de la subsidiariedad social que aparece expresamente recogido en el señalado artículo 60, el cual tiene impacto directo sobre las actuaciones permanentes de las empresas públicas. Éste es el llamado de *pie de igualdad* entre las intervenciones empresariales efectuadas por los privados y las gestionadas (de manera subsidiaria) por las organizaciones administrativas o empresas públicas de diversa índole²⁵. Sobre el particular, este parco texto constitucional señala lo siguiente:

23 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 124.

24 ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 158.

25 Esta diferenciación entre actividad, organización administrativa y empresa pública aparece claramente recogida en el numeral 14.3 del Decreto legislativo n. 1044 y en la visión económica que recoge mayoritariamente el TADC del INDECOPI, órgano administrativo resolutorio que ha señalado "*que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. Basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores*". Vid. Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 50.

Sin embargo, a pesar de estos datos, creo que existe una explicación jurídico-administrativa abandonada por este Tribunal Administrativo y la propia legislación en los intentos por explicar la actividad empresarial estatal. Esta es que en nuestro país aún seguimos reconociendo a las llamadas empresas del Estado de derecho público que aparecerían claramente ejemplificadas en los citados FONAFE y en el Banco de la Nación. Al respecto, véanse las explicaciones brindadas por el profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

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

Luego, el propio legislador declaró en el artículo 7 del Decreto legislativo n. 757 la reafirmación de este subprincipio y las distancias conceptuales evidentes entre las organizaciones administrativas y las empresas públicas en los siguientes términos: *“cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración pública, con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos”.*

Los años posteriores no fueron muy favorables para esta figura. Así, el tratamiento paritario que planteó de manera directa el Constituyente y la anterior declaración legal fueron largamente afectados por la posterior legislación sectorial de la actividad empresarial del Estado, presentando una idea distorsionada de la igualdad pretendida desde la Constitución, puesto que no es posible, en la actualidad, utilizar los mismos regímenes jurídicos para los destinatarios de esta norma constitucional. En cualquier caso, lo que más ha primado en épocas posteriores a la promulgación de la vigente Carta magna es una desigualdad de distinta intensidad que, aunque ontológica y con algunas justificaciones, se distancia irracionalmente para las empresas públicas (estatales) y los sujetos empresariales privados fuera de las reglas naturales del mercado y el propio derecho privado, incluso con ciertas previsiones que determinarían la posible derogación implícita del mencionado artículo 7 del Decreto legislativo n. 757.

En el mismo sentido, y siguiendo el recuento hecho por ABRUÑA, existieron varias normas contenidas en la antigua Ley n. 24948 que otorgaron a las empresas estatales directas *“privilegios, como gratuidad y exoneración de todo tributo, derecho, arancel o tasa en las transferencias de acciones y activos fijos (...) inembargabilidad de las acciones; y (...) con previa ley de delegación, podían contar con la posibilidad de ejercer facultades coactivas (...) y ser agentes de percepción o retención de tributos”*²⁶. Esto, en la actualidad ha sido atenuado y existe una clara tendencia a privatizar el régimen de la actividad empresarial del Estado para la mayoría de estos sujetos, a fin de acercar la legislación sectorial a la mencionada cláusula constitucional (apareciendo claras alusiones a normas societarias por varios fragmentos).

Pero, a desmedro de estos intentos últimos, se mantienen ciertas cuestiones tales como la delegación legal de ciertas potestades administrativas de autoorganización ligadas a la implantación de *“planes estratégicos y en las metas establecidas en sus programas y presupuestos anuales”* aplicados desde el *holding* público llamado FONAFE o sus entidades administrativas accionistas (ver el numeral 5.2 del Decreto legislativo n. 1031), la irracional aplicación de reglas de contratación estatal (ver el literal g del artículo 3 de la Ley n. 30225), o por último el ejercicio también delegado de potestades para vincularse *“con los sistemas administrativos del Estado”* (ver el artículo 1 del Decreto legislativo n. 1031)²⁷.

26 ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 88.

27 La delegación de potestades administrativas a favor de empresas públicas (de forma jurídico-privada) sigue siendo un problema serio y por resolver en nuestro derecho administrativo. En general, considero que debería extirparse esta posibilidad, a fin de que no existan distorsiones en la intervención empresarial pública, permitiendo que las empresas estatales y municipales se comporten como agentes de mercado, con riesgos propios y surjan sobre sus objetivos otros tipos de controles. Si pretendemos mantener un aparato concreto y pequeño de empresas públicas, debemos asumir que es producto de la reducción del derecho administrativo, en la que no cabe entregar potestades públicas a estos sujetos de personería jurídico-privada, puesto que las posicionarían en una situación no igualitaria frente a sus competidores o pares privados (en sentido positivo o negativo). Es más, estas fórmulas de delegación distorsionan el concepto de

IV

Frente a este panorama de desorden respecto a la noción de empresas públicas, particularmente en la formulación correcta de su régimen aplicable y las relaciones que deben mantener en el mercado (especialmente con otros operadores), vale un intento de reconstrucción en aras de mostrar el valor y la vinculatoriedad de este segundo y abandonado subprincipio de *igualdad de trato* contenido en el artículo 60 de la Constitución.

Al respecto, y así considero que aparece reconocido expresamente en los artículos 3 y 4 del Decreto legislativo n. 1031 y el literal f del artículo 1 del Decreto supremo n. 176-2010-EF, hemos caminado directamente y sin saberlo hacia la instauración de una definición *funcional* de esta técnica, cuestión en la que nos parecemos mucho a la tendencia del derecho comunitario iniciada en 1980 con la Directiva 80/723 (la famosa “Directiva transparencia”²⁸), aprobada para mejorar la competencia y la “*transparencia de las relaciones financieras*” entre las organizaciones del poder público de los Estados miembros y los sujetos económicos creados por los primeros.

En este punto, y en respeto directo a la noción funcional nuestra, no debemos olvidar que las empresas públicas se encuentran por encima de sus “*regímenes particulares*”²⁹ e incluso de sus propias configuraciones o relaciones de dependencia con las entidades administrativas. La respuesta para catalogar a una organización como empresa pública es más casuística y económica. Por ende, en su identificación y correcta juridificación, solo cabe determinar que los “*poderes públicos, usando o no entes instrumentales personificados, intervienen en el mercado libre compitiendo con las empresas privadas. No siempre estas operaciones se hacen utilizando la fórmula de la sociedad mercantil, sino de organismos públicos sometidos a regímenes distintos, incluso de derecho público, que actúan en el tráfico con los mismos objetivos de las empresas*”³⁰.

A partir de lo indicado, en la calificación de una empresa pública (estatal, municipal, de capital mixto), no importa la personería que tenga y el régimen aplicable, pues siempre será un mecanismo de intervención orgánica de las administraciones públicas aplicada para brindar directamente servicios y prestaciones a favor de usuarios o consumidores dentro de sectores del mercado, lo cual se justifica en diversas y ya comentadas razones de utilidad pública o

Administración pública en nuestro derecho, apareciendo extrañas nociones en nuestra LPAG o en las propias normas de contrataciones del Estado (como la consideración de entidades administrativas recaídas sobre las “*personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado*” prevista en el numeral 1.8 del título preliminar de la LPAG).

En este punto, comparto la posición mantenida por la profesora española CHINCHILLA, desde la perspectiva comunitaria, en cuanto que no puede calificarse “*como poderes públicos a las entidades del sector público que adoptan forma y naturaleza privada (las sociedades mercantiles o las fundaciones), sencillamente porque no lo son; y no lo son, precisamente, porque no ejercen potestades, por más que recientemente las leyes hayan reconocido, como asumiendo una anomalía que, como tal, no debería tener consagración legal, que puede haber sociedades mercantiles que ejerzan potestades públicas*”. Vid. CHINCHILLA MARÍN, M. A., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016, p. 373.

28 El artículo 2 de esta norma comunitaria definía a las empresas públicas como “*cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa:*

- a) *poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o*
- b) *disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o*
- c) *pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa*”.

29 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson Civitas, Madrid, tomo II, 2004, p. 1084.

30 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., p. 1084.

interés general. En suma, lo importante es que, aunque la empresa pública aparezca como un nuevo sujeto con personería jurídica diferenciada, y en muchos casos adscrita y regida por el sistema jurídico-privado, ésta es siempre dependiente, enormemente influida o controlada por una organización administrativa (sea por su propia creadora o por alguna otra encargada específicamente por el ordenamiento, tal como sucede en el país con el FONAFE o la Caja Militar-Policía³¹). En suma, como bien ha sintetizado MARTÍN MATEO, las empresas públicas son “*organizaciones económicas de control público*”³².

Entonces, cuando un operador se encuentre frente a una empresa pública, no puede pretender rebatir la titularidad, o la influencia dominante, o los controles públicos ejercidos por las entidades administrativas competentes; más bien tiene que asumir que cualquiera de estos criterios son indispensables para definir la correcta configuración y aparición de esta técnica en el caso concreto. Como corresponde, ambos elementos de creación, constitución y de permanencia (existencia) de la empresa pública quedarán marcados de arriba a abajo por el derecho administrativo (con leyes concretas y habilitantes que marcan este camino), manifestándose en una serie de relaciones jurídico-administrativas de carácter interno que se presentan entre las organizaciones administrativas matrices y los sujetos económicos creados. Esto último sería el denominado *núcleo duro* de derecho administrativo que resulta irrebutable ante la aparición jurídica de las llamadas empresas públicas (estatales o municipales)³³.

Sin embargo, y esto es algo que hemos perdido de vista de cara a la igualdad de tratamiento jurídico con las actuaciones y empresas privadas, la descrita participación empresarial pública siempre deberá someterse a las reglas de mercado, siendo el derecho privado el que prime en el desenvolvimiento de su objeto social y donde corresponda adicionalmente (las relaciones con sus proveedores, la propia autoorganización y en las relaciones con otras empresas), puesto que bajo estos supuestos (que no son pocos) deberá existir un necesario

31 La Caja Militar-Policía constituye una entidad administrativa capaz de ejercitar un conjunto de potestades administrativas, cercana en fisonomía al FONAFE y al Banco de la Nación, pero con determinadas características particulares preceptuadas en su régimen estatutario. Considero que la definición de esta organización administrativa es un poco compleja, en la medida en que, sin dejar de ser una entidad de la Administración pública tradicionalmente conocida, realiza bastantes actividades de administración y gestión económica, esto último siempre con fines pensionarios a favor del personal militar y policial del país. En ese sentido, de conformidad con el artículo 1 del Decreto ley n. 21021, esta entidad administrativa viene dotada de personería jurídico-pública interna, es decir, puede actuar por sí misma siendo capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, y evidentemente ser un centro de imputación jurídica, sin perjuicio de tener un conjunto de personas y medios materiales adscritos hacia fines diversos, directamente otorgados o permitidos por el legislador. En segundo lugar, a partir de su gran eje de actuación (la Administración pensionaria), realiza una serie de operaciones económicas con contraprestación, tal como se puede desprender del artículo 2 del reglamento del Decreto ley n. 21021, aprobado mediante el Decreto supremo n. 005-75-CCFA, según los siguientes términos: i) Administrar el régimen de pago de las pensiones y compensaciones de sus miembros, de conformidad con lo establecido en el Decreto ley n. 19846, ii) Administrar los recursos de la Caja con la finalidad de incrementarlos; y, iii) Administrar otros fondos y prestar otros servicios que sean aprobados por decreto supremo, refrendado conjuntamente por los ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior (actualmente, Ministerio de Defensa y del Interior). Asimismo, se puede desprender del artículo 33 del Decreto ley n. 21021 que esta entidad realiza específicamente actividades financieras y bursátiles, en la medida en que constituyen recursos de la Caja cierto tipo de rendimientos obtenidos de las siguientes actuaciones: “*f) El rendimiento de sus inversiones; g) Los intereses de sus colocaciones financieras y de otras operaciones.*” Además, el artículo 36 de la misma norma establece que “*la caja utilizará sus recursos después de cumplir sus prestaciones y gastos administrativos, en inversiones que aseguren una rentabilidad (...)*”. De conformidad con su política de inversiones, esta entidad administrativa tiene algunas empresas de su propiedad en diversos rubros (inmobiliario, almacenero hotelero y bancario). Está claro que estas últimas calzan directamente en la noción funcional que se viene planteando en este trabajo. En cualquier caso, las empresas de la Caja se sustentan en el objetivo institucional de “*lograr la mayor rentabilidad posible dentro de un marco de seguridad y reducido nivel de riesgo que garantice una pensión digna para sus afiliados (...)* poniendo en práctica criterios financieros de diversificación y un análisis profundo de las diferentes alternativas de inversión en el mercado peruano de capitales”.

32 MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 372.

33 Vid. MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, cit., p. 372. En el derecho peruano, esta posición fue asumida por el desaparecido profesor A. CÉSPEDES, asumiendo así el valor sustancial de estas notas definitorias de las empresas públicas. Vid. CÉSPEDES ZAVALETA, A., “Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 65-66.

discernimiento y flexibilización frente a esta ciencia jurídica, a fin de otorgarle una autonomía de gestión necesaria, aceptaciones claras de riesgos de mercado y ser considerada un agente económico más³⁴.

De nuevo, el principio de pie de igualdad plantea *equilibrio*, no debiendo exagerarse la extensión del núcleo duro o esencial del derecho administrativo en la legislación pertinente de las empresas públicas, al ser ésta una situación que supondría la ruptura de la constitucional igualdad del trato, la desnaturalización de esta técnica y, sin duda, una posible amenaza a la posición de primacía de la que gozan las personas naturales y jurídicas en todo emprendimiento empresarial. En segundo lugar, la clave de reconstrucción también supone asumir el derecho privado “*como derecho general del tráfico económico*”³⁵, que proporciona a toda organización administrativa que controla una empresa pública la necesaria “*capacidad de conexión de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados*”³⁶. Por eso, como piedra de toque, la legislación sectorial tiene que cambiar en muchos fragmentos, eliminando toda referencia secundaria o supletoria del derecho privado respecto de ámbitos no ligados al acotado núcleo duro de derecho administrativo³⁷.

V

Como adelanté líneas atrás, la nota definitoria de las empresas públicas es el *control público* al que siempre se encuentran sometidas, el mismo que es ejercido por una organización administrativa y puede manifestarse de diversas maneras (sobre la organización en general, en los órganos de gobierno, en la propia gestión, en la actividad interna, en la toma de decisiones de la empresa, mediante la llamada “acción oro”³⁸). Ahora bien, este control, influencia o dependencia pública dominante pueden ser directos o indirectos (incluso se pueden materializar mediante un sujeto distinto a la organización administrativa, es decir, podría aparecer una empresa pública que controla a otra³⁹). En consecuencia, el elemento

34 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 411.

35 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, p. 299.

36 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 299.

37 Lo afirmado en la última parte del párrafo final supondría también un radical cambio de sentido en la normatividad infralegal de la actividad empresarial pública. Propongo un ejemplo para entender mejor el planteamiento. El régimen de control público ejercitado por el *holding* estatal FONAFE que se practica sobre las denominadas empresas del Estado (todas ellas configuradas como sociedades mercantiles) se lleva a cabo en paralelo con la aplicación del derecho privado, usado sobre las gestiones generales y actividades de mercado practicadas por estos últimos sujetos. Sin embargo, en estos últimos espacios de actuación, aparecen diversas directivas aprobadas por el Directorio del FONAFE que no necesariamente tienen que ver con las relaciones jurídicas propias del descrito núcleo de derecho administrativo (por ejemplo contratación, planificación de mercado, reparto de dividendos, aumentos de sueldo de directivos, régimen de directores, etc.), siendo normas reglamentarias que producen un menor margen de maniobra de las empresas estatales en el mercado, y, en segundo lugar, una directa forma de inaplicar en la práctica el principio del pie de igualdad (una extensión irracional del derecho administrativo a situaciones no naturales).

Sin embargo, no debo dejar de mencionar la situación diferenciada de flexibilización en la que se ha venido introduciendo la empresa estatal PETROPERÚ, una de las pocas que, por sucesivas normas legales (Leyes n. 28840 y n. 30130), se ha visto apartada del derecho administrativo en espacios no ligados al señalado núcleo duro de jurídico-administrativo. A pesar de estas cuestiones harto positivas, existen voces discordantes que fustigan alguna de estas leyes, incluso con el rótulo de incumplidora de “*lo establecido en el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución*”. Esta cita puede ser revisada en CAIRAMPOMA ARROYO, V., “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano”, *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012, p. 328.

38 ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, 2012, p. 479.

39 Al menos esto aparece claramente reconocido en el literal f del artículo 1 del Decreto supremo n. 176-2010-EF, cuando se indica que dentro de las empresas estatales se consideran a aquellas “*cuyo capital pertenece, de manera directa o indirecta, íntegramente al Estado; aquellas en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria; con las excepciones previstas en la Ley de FONAFE*”. Ahora bien, aunque

en cuestión siempre debe ser entendido de manera extensa como un fenómeno que limita la autonomía y gestión empresarial a través de la intervención de la Administración pública.

Ahora bien, como en su momento planteó SÁNCHEZ MORÓN⁴⁰, se podría reconocer fácilmente la fuerte utilización instrumental del derecho privado (supuestos en los que se abre el espacio para pensar en un ejercicio de potestad administrativa no tradicional, la consecuente transformación de la organización administrativa en un accionista o privado más y la aparición del fenómeno de huida del derecho administrativo en su versión más ligada a la actividad administrativa económica o industrial⁴¹), aunque las anteriores opciones se mezclan con formas jurídico-administrativas típicas (como la designación de directores mediante procedimientos previos de selección y actos administrativos contenidos en los “Acuerdos de Directorio del FONAFE” preceptuados en el artículo 7 del Decreto legislativo n. 1031 y del artículo 15 del Decreto supremo n. 176-2010-EF).

En el mismo sentido, si cabe la formulación de una *tipología* de estas manifestaciones de poder y sujeción de la organización administrativa fundante sobre estos sujetos económicos se podrían resumir los siguientes supuestos⁴²:

(i) Control por resultados: Es la forma de subordinación a través de la cual el Estado, representado por alguna entidad administrativa, ejerce una función fiscalizadora o de revisión de objetivos, verificando los resultados últimos o intermedios de la gestión de la empresa. En esta fórmula menos invasiva de la actividad empresarial, la organización administrativa controladora no participa en el proceso interno de toma de decisiones⁴³, generándose un amplio espacio para la aparición de los procesos de *despolitización* que son tan urgentes y necesarios para el sostenimiento jurídicamente válido de la técnica⁴⁴.

en este específico régimen de actividad empresarial estatal la posibilidad descrita no se ha concretizado, si está claro que esta aparece establecida para las empresas de propiedad y control de la Caja Militar Policial (bajo su sistema estatutario y peculiar).

40 El importante profesor español indicaba sobre este punto que acerca de las empresas públicas poco “*importa, pues, el dato de la personalidad jurídica, si se es o no persona o si se tiene personificación pública o privada. El control, por lo demás, puede lograrse mediante fórmulas de derecho privado (propiedad o posición mayoritaria en la sociedad) o mediante formas de derecho público (creación de un organismo público o ejercicio de potestades exorbitantes de dirección y control), puede ser directo o indirecto*”. Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN, M., “Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España”, *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980, p. 93.

41 Al respecto, conviene tomar en cuenta lo afirmado por S. MARTÍN-RETORTILLO sobre la implantación de formas societarias en las empresas públicas. Decía el desaparecido profesor aragonés que en “*todo caso, un dato conviene destacar muy en particular: la actividad de las empresas que así se crean viene referida exclusivamente a una actividad económica de producción de bienes o servicios y de dación de los mismos al mercado; o, a lo más, a la gestión de algún servicio público con un status en principio intercambiable con el del concesionario. Las empresas públicas nunca se ha entendido que realicen actividad administrativa de ningún tipo*”. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996, p. 30.

42 CÉSPEDES ZAVALETA, A., “Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, cit., p. 934.

43 Cabe resaltar que esta manifestación del control público ha sido muy poco utilizada en la gestión de las empresas públicas peruanas.

44 Aunque con algún dato que no comparto, hace algunos años atrás afirmaba G. ARIÑO sobre la práctica y los “comportamientos” de las empresas públicas que estas últimas no deben tener ninguna diferencia con sus pares de titularidad privada, debiendo seguir un proceso obligatorio de despolitización que las alejara “*del derecho público, de la influencia política, de los privilegios y de las discriminaciones que a veces las han acompañado, asimilándolas todo lo posible a la empresa privada*”. Vid. ARIÑO ORTIZ, G., “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995, p. 11. Al respecto, estimo que resulta valioso y necesario eliminar todo componente de *partidarización de las empresas públicas*, siendo una nota esencial en los tiempos actuales que corren en Latinoamérica (por la lucha anticorrupción que implica en buena medida la reforma de varias de estas organizaciones económicas de titularidad estatal). Sin embargo, no creo que sea correcto identificar la prohibición de este componente con la salida del derecho administrativo de su régimen, pues este último –en dosis adecuadas y concentradas– es fundamental para asegurar la juridicidad del núcleo jurídico-público duro de la empresa pública, además de su propio servicio al interés público (el cual debe aparecer y desplegarse siempre para justificar la creación legal, la propia causa y el objeto de este sujeto).

(ii) Control directo: Se da cuando la organización administrativa participa directamente en la toma de decisiones internas de la empresa pública a fin de que se produzcan los resultados esperados. Esta manifestación de control se logra, generalmente, a través de la titularidad pública de la mayoría de las acciones de la empresa, y puede ser, a su vez, *económica* o de *dirección*, recayendo en este último caso sobre toda o partes de la *gestión* y *dirección* misma de la empresa.

(iii) Control indirecto: En esta modalidad la organización administrativa no participa directamente en la dirección del sujeto económico por no ser su accionista o participacionista mayoritario; es más, puede poseer efectivamente una intervención accionaria mínima, o incluso ninguna posible. Sin embargo, tiene la capacidad de tomar decisiones esenciales y estratégicas en el interior de la empresa pública, sea por mandato normativo, por el control directo sobre otro sujeto económico que participa en los órganos de gobierno de la empresa pública, por una obligación generada desde el derecho privado o por la aparición de la llamada acción-oro, entre otras posibilidades. Los ejemplos más típicos de *control indirecto* son la designación de más de la mitad de los miembros del directorio, la reserva de la decisión sobre la ampliación o reducción de operaciones, o sobre la propia existencia jurídica de la empresa pública.

(iv) Control de los criterios para la toma de decisiones: Es la forma de influencia que se da por medio del nombramiento de directores y gerentes. Esta se puede especificar mediante la instauración de convenios de gestión para el cumplimiento de determinados objetivos preestablecidos, posibilitando la evaluación de la gestión de la empresa en función de los resultados previamente acordados con sus directivos.

Para cerrar este trabajo, indicaremos que el control público y su ejecución mediante sus diferentes modalidades permite no solo modificar los supuestos de aplicación de la técnica estudiada, posibilitando dar respuesta sobre la naturaleza jurídica de varios operadores del mercado que han pasado desapercibidos o sin categorías posibles en nuestro derecho (como las señaladas empresas de la Caja Militar Policial o las organizaciones económicas de ESSALUD⁴⁵), sino que también permite asumir que las empresas públicas son objeto de un concepto *amplio*, sin posibilidad alguna de que en la correspondiente definición prime algún elemento formal o tendencia a la subjetivización⁴⁶. Como bien señalaba FONT I LLOVET, “*en definitiva, pues, la empresa pública (...) no aludirá a una forma, a un sujeto, a un ente, sino a una organización económica activa peculiarmente relacionada con la Administración bajo el signo de la dirección y el control. Conviene recordar, no obstante, que los aspectos formales juegan también su función. No deberán ser tomados como el único dato definitorio*”⁴⁷.

45 Me estoy refiriendo a las empresas SILSA y ESVICSAC, creadas en los años ochenta por el antiguo IPSS (hoy Seguro Social de SALUD, de sigla ESSALUD). Hay que indicar que ambas, bajo la noción explicada, son empresas públicas, pues tanto ESVICSAC como SILSA son sujetos sometidos a un control público o influencia pública dominante, que se manifiesta en la participación mayoritaria de un organismo público en el accionariado de dichas empresas (ESSALUD es titular de casi el 95 % de las acciones representativas del capital social de una de estas empresas).

46 FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983, p. 2818.

47 FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, cit., p. 2833.

Bibliografía

- ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, 2012.
- ARIÑO ORTIZ, G., "De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas", *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- CAIRAMPOMA ARROYO, V., "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano", *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., "Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea", en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- CHANG CHUYES, G., "La subsidiariedad del estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-indecopi", *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, M. A., "El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo", *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993", *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994.
- FONT I LLOVET, T., "La empresa pública agraria", *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983.
- HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012.
- KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "La empresa pública autonómica: aspectos jurídicos", *Revista presupuesto y gasto público*, n. 16, 1995.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.
- LÓPEZ RODÓ, L., "El modelo económico de la constitución", *Vol. Col. Administración y Constitución*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.

- MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974.
- MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985.
- MARTÍN RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson-Civitas, Madrid, Tomo II, 2004.
- OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987.
- RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España", *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003.

regap



NOTAS