

# Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

Luis José Díez Canseco Núñez\*  
Crosby Buleje Díaz\*\*

## SUMILLA

La Actividad Empresarial de Estado es un tema que se suele abordar a nivel político y académico. En el plano político, se promueve erradamente la idea de que la Actividad Empresarial estatal debe implementarse como parte del sistema. En el plano académico, la mayoría de autores rebaten acertadamente dicha implementación sobre la base de consideraciones técnicas y económicas, relegando un papel subsidiario a la Actividad Empresarial Estatal. A partir de dicha discusión, el presente trabajo tiene como objetivo, el aportar una tercera aproximación respecto de la Actividad Empresarial del Estado. El lector podrá advertir finalmente que, si bien el rol subsidiario del Estado es un camino positivo para el crecimiento económico, existen vías complementarias que pueden conducir a resultados más favorables.

“Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto, cambiaron todas las preguntas” \*\*\*

## 1. Introducción

Imagine que usted está evaluando iniciar su propio negocio. Para financiarlo requerirá invertir cierto capital que podrá provenir de sus ahorros personales, de algún crédito financiero, de la venta de algún bien, etc. Dependiendo de cuál sea la actividad que intente desarrollar, el capital requerido será mayor o menor y podrá constituir, o no, una barrera de ingreso al mercado que puede resultar bastante significativa en algunos casos.

A fin de reducir los riesgos asociados con cualquier negocio, un inversionista como usted estará en la obligación de hacer un estudio de mercado que le permita conocer cuáles serían las proyecciones del negocio. Como parte de dicho análisis, deberá evaluar, entre otros aspectos, los niveles

de competencia que enfrentaría. Si estos son altos, probablemente el negocio no será muy atractivo. En sentido contrario, si son bajos existirá una mayor predisposición a correr el riesgo y, finalmente, invertir. En cualquier escenario, usted esperará que, al menos, todos los agentes compitan a partir de reglas bien definidas y, claro está, en igualdad de condiciones. Es decir, lo mínimo que esperará es que el piso de juego se encuentre nivelado, puesto que no querrá incursionar en un terreno donde existan obstáculos de diversa índole.

Habiendo evaluado diversos factores, tales como, el capital y los niveles de competencia, usted llega a la conclusión de que existen condiciones adecuadas y un escenario propicio para emprender su negocio. Empero, ¿Qué sucedería si una vez en marcha el negocio se presenta un competidor que

\* Profesor en los cursos de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Jurídico Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Ha sido Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

\*\* Asistente de cátedra en cursos de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Ciencias Aplicadas. Asistente de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI.

\*\*\* Mario Benedetti. Poeta Uruguayo.

no tiene que invertir su propio capital? O, peor aún, a diferencia de usted, un agente que no tiene que afrontar ningún riesgo por pérdidas. Válidamente se podría asumir que dicho agente está concurriendo en el mercado en condiciones desiguales o, en otras palabras, que está compitiendo deslealmente sobre la base de que dicha 'ventaja' no proviene de una mejor eficiencia económica.

La situación descrita anteriormente ocurre precisamente cuando el Estado, asistido de capital ajeno (sacado de nuestros bolsillos a través de impuestos) decide realizar Actividad Empresarial y participar en el mercado. En efecto, cuando el Estado realiza Actividad Empresarial, no lo hace en las mismas condiciones que cualquier otro agente privado. En primer lugar, porque no invierte dinero propio, sino el de los contribuyentes y, en segundo lugar, porque si el negocio fracasa, serán los propios recursos públicos los que puedan cubrir dichas pérdidas, aplicándose la conocida expresión: el Estado nunca quiebra.

Estas son algunas de las razones por las que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha implantado el principio que señala que la Actividad Empresarial del Estado debe ser subsidiaria a la actividad de los privados. En términos latos dicho principio significa que el Estado solo puede participar como empresa en la actividad económica en situaciones límites, en las que su participación sea neurálgica para el interés público dada la escasez de oferta privada.

Para comprender la implementación del papel subsidiario del Estado en el caso peruano, resulta importante recordar que nuestro país, al igual que muchos otros en desarrollo y como consecuencia del impulso del modelo de sustitución de importaciones promovido hace varias décadas por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), surcó una etapa en la que el Estado podía reservarse para sí, el desarrollo de una Actividad Empresarial debido a razones de 'interés público' (e.g. la industria de las telecomunicaciones, de la construcción, alimentaria, etc.) No obstante, con el cambio de modelo económico producido en la década de 1990, la Constitución Política del Perú de 1993 estableció que, solamente 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. A nuestro entender, con dicha premisa, el Estado reconoció que la Actividad Empresarial de los agentes privados podría generar mayores eficiencias en beneficio de la sociedad sin la distorsión que genera la presencia de aquel en la economía como agente.

Si bien fue explícito el reconocimiento del papel subsidiario del Estado, el precepto constitucional se movía en la esfera de la teoría<sup>1</sup>. Dicha situación se modifica sustantivamente cuando una Ley vinculada al Derecho de la Competencia le brinda "garras" por decirlo de alguna manera. En efecto, se trata de la Ley de Represión de la Competencia Desleal del 2008: Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, la LRCD)<sup>2</sup>. Ciertamente, el artículo 14.3° de la referida norma establece que la Actividad Empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura una actuación desleal y, por tanto, una infracción, en la modalidad de acto de violación de normas que será determinada y sancionada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

La presente contribución analizará la Actividad Empresarial del Estado y los límites establecidos en la Constitución Política del Perú y la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, mediante la cual, el Tribunal de Defensa de la Competencia 1 de INDECOPI (en adelante, el Tribunal) estableció un importante Precedente de Observancia Obligatoria referido a la aplicación artículo 14.3° de la LRCD.

Finalmente, si bien el panorama se habría despejado y mejorado sustantivamente con el establecimiento del papel subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado, surgen los siguientes interrogantes ¿Es el rol Subsidiario la única solución al problema de la intervención del Estado? ¿No existen otros mecanismos que sean más beneficiosos para la sociedad que establecer simplemente un límite de subsidiariedad a la Actividad Empresarial Estatal? Estas son algunas de las preguntas que se abordarán en el presente trabajo y ante las cuales se plantearán algunas alternativas a los problemas adyacentes a la Actividad Empresarial del Estado.

<sup>1</sup> A pesar de que entre los años 1999 y 2001 se crearon ciertos mecanismos a través de la Ley 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) y el Decreto Supremo N° 034-2001-PC, se establecieron procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimitaba y autorizaba el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado, los cuales no se tradujeron en medidas efectivas y concretas.

<sup>2</sup> Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal del 25 de junio del 2008, publicado en el diario Oficial "El Peruano" del 26 de junio del 2008. pp. 374-792 y siguientes.

## 2. Antecedentes sobre el papel Subsidiario

Para comprender la razón de la inclusión del papel subsidiario como un mandato expreso, resulta útil conocer un poco de nuestra historia en materia de regulación económica antes de la Constitución Política de 1993. Se debe señalar que el fenómeno que se describe a continuación fue una constante en la mayoría de países del mundo en vías de desarrollo y, en particular, de América Latina<sup>3</sup> (con excepción de unos cuantos países, conocidos por todos, que hasta hoy se encuentran privados de muchas libertades).

El régimen económico contemplado en la Constitución Política de 1979 mantenía un esquema muy intenso de intervención estatal en la economía. En esa época el Estado excluía a las personas de la posibilidad de realizar muchas actividades económicas. Ello, sustentado en la vieja noción paternalista que se basaba en que los individuos no podían realizar transacciones de manera eficiente en búsqueda de la mejora de su situación.

Así, en cuanto a la Actividad Empresarial del Estado, la Constitución Política de 1979 contemplaba que el Estado ejercía Actividad Empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo. Asimismo, señalaba que por causa de interés social o seguridad nacional, la Ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Adicionalmente, por iguales causas, podía también establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos. Como se puede observar, una disposición amplia y sin mayores criterios para su implementación<sup>4</sup>, pero que denotaba una clara vocación de intervención del Estado en la economía.

Sin embargo, esta disposición no era más que un reflejo de la ideología imperante en ese momento y que en América Latina había promovido la CEPAL. Ella partía de la premisa que el Estado poseía un

conjunto de atributos soberanos que no podían abandonarse. Entre ellos, promover el desarrollo económico por medio de la intervención del Estado en los procesos productivos y comerciales. Esta forma de pensar inspiró, además de los controles de precios, el modelo de sustitución de importaciones a través de lo que se denominaba la protección de las "industrias infantiles". Los 'cepalianos' propugnaron y lograron cerrar los mercados nacionales a la competencia externa y ello generó una clara situación de escasez de bienes que se pretendió resolver mediante la intervención del Estado en la economía, en una primera etapa, a través de incentivos para el desarrollo de industrias nacionales de corte monopolístico debido a la sobreprotección arancelaria y, en una segunda etapa, y como consecuencia de las ineficiencias de un sector privado sobreprotegido, con la cada vez más atrevida inserción del Estado en la actividad industrial. Esto último, muy en la tendencia europea de la década de 1950 y que aún tenía rezagos en ciertos sectores denominados 'estratégicos'<sup>5</sup>. Como en todo, en América Latina la moda se siguió tardíamente y se sobredimensionó más allá de la ponderación. En el caso del Perú, llegó al paroxismo cuando, por ejemplo, el Estado peruano se erigió en propietario y administrador de salas de cine de dudosa reputación.

Como es de público conocimiento, en 1993 se promulgó una nueva Constitución que dio un giro de 180° grados al régimen económico entonces vigente. Con el nuevo sistema se reconocieron las libertades individuales y el Estado se retrajo de su papel paternalista en la economía. Con dicho avance se reconoció la necesidad de que el Estado participe en la Actividad Empresarial Estatal de manera subsidiaria o residual.

Posteriormente, en 1998 se publicó la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado. Dicha disposición definió los principios de la Actividad Empresarial estatal. Estos fueron: a) fortalecer el pluralismo económico; b) garantizar la racional explotación de los recursos renovables

<sup>3</sup> Sobre el particular, Mir Puig Pelat comenta: "Según la nueva concepción (no tan nueva, en realidad), el crecimiento económico sostenido -erigido en el principal objetivo de las sociedades occidentales actuales- solo puede ser alcanzado reduciendo el endeudamiento estatal y la actividad empresarial de los poderes públicos, y fomentando y garantizando la libre competencia de la iniciativa privada." Mir PUIG PELAT, Oriol. "Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo". Editorial Thomson Civitas. Primera Edición. 2004. p. 101

<sup>4</sup> Constitución Política de 1979. Artículo 113 y ss.

<sup>5</sup> La Europa de la posguerra estaba plagada de empresas estatales que la misma Comunidad Europea no ha podido eliminar completamente. Empero, desde la suscripción en 1957 del Tratado de Roma, que crea la actual Unión Europea y con objeto de evitar distorsiones en la competencia, se incorporan disposiciones que establecen ciertos límites a la actuación de las empresas del Estado. Dichas disposiciones no se preocupan de las estructuras de la actividad económica, sino solamente de los comportamientos del Estado y de sus empresas, el mismo que no puede ser discriminatorio. GOLDMAN, Berthold y Antoine LYON-CAEN, "Derecho Comercial Europeo". Madrid, Gráficas Joaquín Morales, 1984. p. 665 y ss.

y no renovables, asegurar el equilibrio ecológico y preservar el medio ambiente; c) garantizar una adecuada articulación sectorial y regional del aparato productivo; d) propiciar la reconversión del aparato productivo, asimilando y adaptando nuevas tecnologías; e) regular el abastecimiento interno y neutralizar las prácticas inconvenientes de empresas que ocupan una posición dominante en el mercado; f) fortalecer la capacidad de negociación concentrando capacidades de compra-venta internacionales; g) promover el ahorro interno y garantizar la asignación de los recursos financieros en función de los planes nacionales de desarrollo; h) garantizar y promover la prestación de servicios orientados a mejorar la calidad de vida de la población y; i) fortalecer y afianzar la seguridad nacional<sup>6</sup>. Nuevamente, normas generales sin mucho contenido y poco prácticas en su aplicación.

Adicionalmente, dicha norma definió algunas áreas de la economía en las que el Estado podría participar como agente empresarial. A decir, i) la exploración, extracción, transformación y comercialización de los recursos naturales estratégicos, cuando se requiera de grandes inversiones o de garantizar la racional explotación o renovación de los recursos; ii) la producción de bienes y servicios vinculados directamente a la defensa nacional y otros de gravitación determinante en actividades económicas estratégicas para el desarrollo de nivel nacional y regional; iii) la provisión de servicios públicos y culturales; iv) la comercialización de alimentos básicos para el consumo popular, cuando sea necesaria para su regulación de precios y/o abastecimiento en el mercado; v) la actividad financiera y de seguros; vi) el comercio exterior de bienes y servicios de gran significación económica; y consultoría e ingeniería de alta especialización, entre otras. También se precisó que ello no involucraba la reserva exclusiva de actividades económicas a favor del Estado, salvo que se señale expresamente por Ley. Ciertamente, se podía inferir que se podía tener presencia de Actividad Empresarial Estatal por doquier.

El 26 de junio del 2008, como parte una reforma legislativa en materia de Derecho de la Competencia, se publicó el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Como se comentó, dicha disposición estableció que la Actividad Empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú

configura una infracción en la modalidad de acto de violación de normas.

Como se pudo apreciar, amparado en la legislación vigente previa a la década de 1990, el Estado podía ostentar un papel más activo en la economía. Era evidente que nuestro país no estaba económica e institucionalmente bien. En aquella época, a nadie se le ocurría que la Actividad Empresarial del Estado debería ser subsidiaria y, en la década de 1990, nadie sabía cómo brindarle *enforcement* a la nueva disposición constitucional.

Recuérdese por un instante algunas medidas que, antes de 1993, tuvieron impacto sobre la economía nacional. Así por ejemplo, en 1969, se implementaban un conjunto de medidas que tenían por objeto estatizar determinadas actividades económicas. Es el caso que el Banco de la Nación debería otorgar créditos a las cooperativas y a los pequeños medianos empresarios del país. Se expropió la empresa norteamericana Cerro de Pasco Corporation y se creó la Empresa Nacional Centromin, con las consecuencias económicas y laborales nefastas que se conocen.

En 1971, se promulgó la Ley General de Telecomunicaciones que estableció la explotación estatal de los servicios públicos de telecomunicaciones y la intervención del Estado en el uso y el manejo de la televisión y la radio, con la participación de los trabajadores mediante la comunidad de telecomunicaciones. Asimismo, se creó la Empresa Nacional de Telecomunicaciones encargada del servicio público de telecomunicaciones. Finalmente, en 1972 se expropió la Compañía Nacional de Teléfonos por medio de la cual se asumió el control de servicios de telecomunicaciones de larga distancia.

Con los años se crearon empresas con el fin de atender temas como el abastecimiento de leche, petróleo y gasolina, empresa de transportes marítimos, ferrocarriles, confecciones de uniformes y trajes para los militares, servicio de imprenta de la papelería del Estado y otras publicaciones, hasta llegar a la creación (mediante confiscación) de periódicos y el ejemplo de las salas de cine a las que se ha hecho referencia anteriormente.

En suma, el Estado fue creando empresas en muchísimos sectores. Este asumió una función bastante activa en la economía, no solamente

<sup>6</sup> Ley 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado. Artículo 2°.

delineando exageradamente las reglas de acceso, de permanencia y de salida del mercado, sino actuando también como un operador económico más. Las consecuencias nefastas de dicho régimen sobre la economía nacional fueron bastante conocidas. Solo pensar en lo difícil que resultaba acceder a servicios básicos tales como salud, electricidad, telecomunicaciones, entre otros, o, recordar los grados de corrupción y burocracia, nos empuja a pensar que el modelo económico establecido generaba resultados perniciosos para la sociedad.

### 3. La subsidiariedad de la Actividad Empresarial del Estado. Fundamentos y posturas

Como se señaló anteriormente, a inicios de la década de 1990 se inició un conjunto de reformas direccionadas a la búsqueda de una mejora social, institucional y económica. Así, se estableció un nuevo modelo que apoyó sus bases en la interacción de la libre oferta y demanda en el mercado. En efecto, el nuevo modelo partía de considerar que la Libre Competencia entre los sujetos privados, estimulados por el beneficio propio, es la mejor forma de lograr una asignación óptima de recursos, generar empleo, producción y servicios de alta calidad y a bajo precio<sup>7</sup>.

Como parte de esta reforma, se diseñaron y pusieron en marcha un conjunto de medidas que garantizaban la libre Iniciativa Privada y la promoción de la inversión de esta clase<sup>8</sup>. Es así que, en la Constitución Política de 1993, se decretó que la Actividad Empresarial del Estado únicamente podría realizarse de manera subsidiaria.

#### ¿En qué consiste este papel subsidiario?

Subsidiar proviene del latín *subsidium* que es un término asociado a las fuerzas militares quienes apoyaban a las fuerzas de línea romanas en la

reserva y que, con el transcurso de los años ha devenido a configurar en castellano el concepto de 'ayuda'. Así, el ostentar la calidad de subsidiario significa constituir una ayuda. Lógicamente, de lo señalado se puede concluir que con el nuevo esquema económico, se faculta al Estado a realizar Actividad Empresarial únicamente en calidad de ayuda. Es decir, cuando la Actividad Empresarial privada lo precise. He aquí, el por qué se sostiene que el papel subsidiario constituye un límite a la Actividad Empresarial Estatal.

A efectos de entender en qué consiste la Actividad Empresarial del Estado, se debe señalar que este puede participar en la actividad económica en dos formas.

De un lado, el Estado puede actuar como una autoridad, en ejercicio de una potestad administrativa. Según este esquema, aquel puede regular la actividad económica, estableciendo las reglas de acceso, permanencia o salida de los mercados (muchas veces, creando verdaderas distorsiones en un mercado). Como parte de esta intervención, el Estado puede imponer cargas y derechos a los agentes económicos. Asimismo, puede fiscalizar o resolver controversias entre los agentes, entre otras funciones de similar naturaleza. De otro lado, el Estado puede actuar como un agente económico o empresario. Sobre la base de este esquema, aquel participa en el mercado, ofertando o adquiriendo bienes o servicios como cualquier otro agente económico. Así, para el cumplimiento de sus funciones, el Estado puede obtener los bienes o contratar los servicios que fueran necesarios. De igual manera, el Estado, a través de una empresa pública o cualquier entidad, puede proveer un bien o servicio a los consumidores a cambio de una contraprestación o de manera gratuita. Esta última modalidad es considerada como Actividad Empresarial estatal. A partir de ella, es que se establece la limitación referida a que el Estado solamente puede realizar dicha actividad subsidiariamente.

<sup>7</sup> Mir PUIG PELAT, Oriol. Globalización. Op. Cit. p. 110.

<sup>8</sup> **Constitución Política de 1993**

Artículo 58°.- Economía Social de Mercado

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.

Artículo 59°.- Rol Económico del Estado

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.

Artículo 60°.- Pluralismo Económico

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

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

Ahora bien, ¿Por qué surgió la necesidad de limitar la Actividad Empresarial del Estado? A continuación, se señalan algunas de las razones que se considera que sustentan dicha limitación.

Desde una perspectiva *ius naturalista*, la actividad económica o empresarial le corresponde, en principio, a los privados. Sobre el particular, se sostiene que la economía, como las restantes ramas de la actividad humana, no es por naturaleza una institución del Estado. Por el contrario, es la consecuencia de la libre iniciativa de los individuos y de sus agrupaciones libremente constituidas<sup>9</sup>. Dicha afirmación parte de la noción que aquel se ha creado para cumplir determinadas funciones específicas que los privados no pueden realizar; entre las cuales no se encuentra la Actividad Empresarial, sino únicamente la defensa de los derechos individuales que son anteriores a la creación del mismo.

En segundo lugar, se afirma que el Estado, al actuar como agente económico, desincentiva el ejercicio de la libre Iniciativa Privada. Por ejemplo, como se señaló en la parte introductoria de la presente contribución, para que un agente privado realice una Actividad Empresarial necesitará invertir recursos propios. Ello quiere decir que, dependiendo de cuán eficiente sea, existe la posibilidad de permanecer en el mercado con medianas o importantes ganancias, o el riesgo de que termine saliendo de él, con las pérdidas que ello acarrea. No obstante, ¿qué incentivo para invertir podrá verificarse para el agente privado si es que a su lado tiene a otro, el Estado, que no se encuentra sometido a un riesgo similar? Es decir, un agente que no emplea recursos propios y, en consecuencia, compite de manera desigual.

Ciertamente, la Actividad Empresarial Estatal emplea recursos públicos que provienen de la 'expropiación' (por decir lo menos) del dinero de los privados. Por ello, si la empresa estatal realiza una práctica comercial que no tiene éxito en el mercado y no obtiene ganancias o pasa por una etapa que económicamente equivaldría a una quiebra, es fácil volver a recuperarse empleando más recursos públicos. A diferencia de si el agente privado, por ejemplo, lanza al mercado un producto que no tiene mucho éxito, perderá su capital y nunca lo recuperará. Esta desventaja de capital constituye un desincentivo irrefutable a la inversión privada o, visto desde la perspectiva de un agente económico,

una clara práctica de Competencia Desleal. El desincentivar la libre Iniciativa Privada significa, de un lado, no permitir que los agentes realicen intercambios comerciales que satisfagan sus propios intereses y que, por ende, procuren la mejora de su bienestar. Ello significa que el poner trabas al libre ejercicio de la Iniciativa Privada menoscaba el desarrollo económico de una sociedad, lo que se traduce en que esta no pueda alcanzar una calidad digna de vida.

De otro lado, desincentivar la libre Iniciativa Privada significa contravenir principios constitucionales. En efecto, la Constitución Política de 1993, como parte de la reforma económica de la década de 1990, consagró en sus artículos 58° y 59° que la Iniciativa Privada es libre y que el Estado debe estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Por ello, toda injerencia injustificada en la libertad de la Iniciativa Privada debe rechazarse. Así ha sido reconocido por el máximo intérprete de la Constitución. En efecto, el Tribunal Constitucional señala que: "Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana"<sup>10</sup>.

En tercer lugar, la historia ha demostrado que el Estado no es un buen administrador de capital. Ello sucede por una sencilla razón: el Estado no tiene los incentivos suficientes para hacer un uso eficiente del dinero. Queda claro que cuando un agente emplea sus propios recursos, se ve en la necesidad de analizar el mercado diligentemente para no poner en riesgo su capital. Indefectiblemente, si bien no podrá predecir las fuerzas de mercado, tendrá que realizar investigaciones bastante acuciosas, que reduzcan las contingencias del fracaso en el negocio. Ello, con la finalidad de maximizar la rentabilidad del capital. En contraposición, los agentes que trabajan en la empresa pública no tienen este incentivo, porque su dinero no es el que está en juego. Si una actividad económica estatal fracasa, la pérdida se compensa con recursos públicos adicionales. Dicha situación es más crítica aún, si se tiene en consideración que quienes deciden llevar a cabo determinadas prácticas comerciales

<sup>9</sup> Declaración de Pío XII, 7 de mayo de 1949.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre del 2003, recaída sobre el Expediente 008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 23.

en empresas públicas, por lo general, lo hacen motivados por razones políticas. Por ejemplo, incluso, deliberadamente, podrían llegar a vender productos por debajo de los costos de manera ineficiente.

Respecto de este argumento, muchos adeptos al intervencionismo estatal sostienen que no es verdad que las empresas estatales sean un fracaso *per se* y que, ejemplo de ello, son algunas empresas estatales como Codelco (Chile) o Petrobras (Brasil) que supuestamente vienen operando de manera eficiente. No obstante, si se tiene un sinnúmero de empresas estatales que fracasan y algunas pocas que les podría ir relativamente bien<sup>11</sup>, cabe preguntarse: ¿Cuál es la regla general y la excepción? ¿Resulta adecuado sostener que las empresas estatales suelen ser exitosas? La respuesta es no. Solo basta considerar los datos de una importante publicación denominada "Perú: Top 10.000 companies". En dicha publicación se listan, por ejemplo, a las empresas peruanas más exitosas y a las empresas con más pérdidas en cada año; y tienen como criterio el nivel de utilidades. Así, en la edición correspondiente al 2010, se puede observar que de las más exitosas, un porcentaje bastante cercano al 100% son empresas privadas, y en un número mínimo son empresas públicas. De igual manera, del total de empresas con más pérdidas se puede ver que en su mayoría son todas empresas públicas. Como se evidencia, estos resultados empíricos respaldarían el punto propuesto en el presente artículo<sup>12</sup>.

En cuarto lugar, como consecuencia de que el Estado no es el mejor administrador del capital, resulta que el dinero -expropiado mediante impuestos- de los agentes privados se prodiga de manera ineficiente. En realidad, cuando el Estado realiza Actividad Empresarial, el dinero privado que constituye el erario público se desperdicia. Ello, no solo por los hipotéticos o reales niveles de corrupción que suele haber en las empresas estatales (nadie va a negar que los correligionarios del partido gobernante de turno a menudo son los flamantes presidentes del directorio de dichas compañías), sino debido a la realización

de prácticas comerciales ineficientes. Ahora bien, el hecho de que parte del dinero de los contribuyentes se pierda en prácticas comerciales ineficientes, pone en evidencia que los impuestos que se deben entregar al fisco son más elevados de los que realmente se necesitan. Ello es más grave aun cuando el Estado mantiene funcionando un número considerable de empresas estatales. De ahí la relación directamente proporcional: a menos empresas del Estado, menor debería a aquel ser la carga tributaria.

Partiendo de esta premisa, cabría preguntarse si es que el dinero que se paga como impuestos podría tener un uso más eficiente en manos privadas que en las del Estado. Parece que sí. No obstante, ese es un tema que podrá ser abordado en otro momento.

Una quinta razón se debe a que cuando el Estado realiza Actividad Empresarial, resulta que es árbitro y jugador de un partido denominado mercado y ello desincentiva el libre ejercicio de la Iniciativa Privada que, como se ha destacado, resulta neurálgica para el crecimiento y desarrollo económico de una sociedad. Es árbitro porque aquel es quien establece las reglas de acceso, permanencia y salida del mercado, y es actor o jugador, pues participa de la actividad económica como un agente más. En consecuencia, a las empresas públicas no se las trata con la misma vara que a las empresas privadas. Por ejemplo, en el "plano formal", por decirlo de alguna manera, no se aplican determinadas reglas de mercado a los servicios públicos que provee el Estado, a pesar de que exista un cobro mínimo o subsidiado<sup>13</sup>. En el plano "informal", en algunos casos, resultaría inverosímil que a aquel se lo pueda juzgar o investigar en un procedimiento administrativo sancionador de manera imparcial como a las empresas privadas, dado que muchos altos funcionarios de empresas públicas pertenecen a los partidos del gobierno de turno, cuyos integrantes usualmente se perfilan como las cabezas de las instituciones públicas. En otras palabras, se juzgarían los mismos que establecen las reglas.

<sup>11</sup> Incluso al mencionar como argumento a estas empresas estatales se pierde la perspectiva al no analizar a qué se debe el relativo éxito económico de dichas empresas. En efecto, el éxito relativo de estas empresas podría deberse a que los precios internacionales de los productos que venden están bastante elevados o a la ingente cantidad de materia prima que ostentan temporalmente determinados países. Sin embargo, existen estudios en los que se demuestra lo ineficiente del manejo empresarial expresado en los altos costos de producción en comparación con empresas privadas dedicadas al mismo rubro en dichos países.

<sup>12</sup> Mayores datos estadísticos en: PATRÓN, Carlos A. "El Perro del Hortelano: Definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica". En: Revista Themis 52. Lima, 2006.

<sup>13</sup> Cuando analicemos el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, notaremos que exceptúan a las empresas que proveen servicios asistenciales o prestacionales.

¿Qué equipo participaría de un campeonato donde los árbitros están vinculados a otro equipo competidor? Siendo así las cosas, podría sostenerse válidamente que se debería rechazar toda injerencia de la Actividad Empresarial del Estado en la medida que desincentiva el libre ejercicio del Derecho a la Iniciativa Privada.

Todos estos aspectos analizados estimularían la reflexión respecto de si verdaderamente el Estado debería realizar Actividad Empresarial, incluso, de manera subsidiaria. En el siguiente punto, se presenta una reflexión sobre el particular.

#### 4. ¿Se necesita verdaderamente al Estado como actor en la economía?

Para responder a la interrogante, consideramos necesario precisar que existe una diferencia sustancial en afirmar que la Actividad Empresarial del Estado debe mantener un papel subsidiario y afirmar que a este debe prohibírsele realizar toda práctica empresarial (es decir, prohibirle ser un actor en la economía).

Quienes están a favor de lo primero, es decir, del papel subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado, sostienen que si bien el mercado presenta una serie de beneficios, por si solo no asegura una equitativa distribución del ingreso, lo cual se traduce en desigualdades sociales donde un grupo importante de la población no tiene acceso al mercado y sus beneficios. Ello, a parir de de que existen mercados en los cuales no existe la demanda suficiente que incentive la creación de oferta generada por agentes privados. Por tal razón, resulta necesario que, ante dichas situaciones, el Estado realice Actividad Empresarial a fin de satisfacer esta demanda. Sobre el particular, Roberto Dromi sostiene que: "El estado administrador se estructurará a partir del principio de Subsidiariedad que orienta su acción política a suplir al individuo o a las organizaciones sociales en aquellos casos en que estos no puedan realizar sus propios fines. Este principio permite asignar competencias al Estado, a las asociaciones intermedias y al individuo. A partir de ello se estructura la Administración Pública, en su concepto más amplio, comprensiva de lo estatal y de lo no estatal, cuando esta última presta servicios públicos o de utilidad general. (...) la administración pública estatal descentralizada,

reconvertida, conjugará dos elementos: la iniciativa individual y social, para constituir entes públicos no estatales, y la iniciativa pública, para desenvolver actividades empresariales en forma coyuntural"<sup>14</sup>. En teoría, los adeptos a esta postura entienden que el Estado debe actuar subsidiariamente cuando los beneficios sociales de su intervención son superiores a los costos que genera la empresa estatal. Es en esta coyuntura en la que actualmente estamos, analizando y discutiendo en qué medida es conveniente es que el estado participe en determinada actividad económica.

Quienes están a favor de lo segundo, es decir, de sostener que el Estado no debe realizar Actividad Empresarial, consideran que se debe profundizar y analizar el porqué se arriba a una situación en la cual se precisa de la Actividad Empresarial estatal con objeto de que se puedan encontrar soluciones alternativas. Ello, porque aunque la Actividad Empresarial del Estado se desarrolle de manera subsidiaria, los problemas adyacentes permanecen vigentes (en menor magnitud debido a la subsidiariedad, pero aún subsisten). Al respecto, podría considerarse que, efectivamente, lo ideal sería llegar a una situación en la que no resulte necesario que el Estado realice Actividad Empresarial, sin embargo, en el Perú concurren muchas circunstancias que obligan a pensar que esta posición debe ser ponderada adecuadamente.

Ambas opciones, si bien plantean soluciones distintas (una, la intervención estatal y la otra, no), las dos parten del mismo problema: efectivamente existen mercados (o demandas) que no son atendidos por la oferta privada. Ahora bien, cabe preguntarse cómo se ha llegado a una situación como la mencionada. Se sostiene que parte de dicho problema puede corregirse si es que se establecen adecuadamente las instituciones en una sociedad, en lugar de asumir a la Actividad Empresarial estatal como un paliativo.

De acuerdo con Douglas North, las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, de manera más precisa, son las restricciones creadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Lo importante de estas reglas es que determinan la estructura de incentivos en el interacción humana, ya sea política, social o económica"<sup>15</sup>. Estas instituciones son definidas por toda la sociedad (o una parte de ella) y brindan las pautas sobre la base de las cuales debe interactuar el colectivo.

<sup>14</sup> DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Gaceta Jurídica, Lima, primera edición 2005. Tomo I. p. 90.

<sup>15</sup> NORTH, Douglas., "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico", México, Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 3.

Por su parte, las instituciones económicas o del mercado son aquellas que están referidas a las reglas económicas de una sociedad (derechos de propiedad, libre intercambio comercial, etc.). Se sostiene que son importantes, porque influyen en la estructura de incentivos económicos en la sociedad. Por ejemplo, sin derechos de propiedad, los individuos no tienen el incentivo para invertir en capital físico o recursos humanos, o adoptar tecnologías más eficientes. Asimismo, su importancia también radica en el hecho que ayudan a asignar los recursos a sus usos más eficientes, determinan quién obtiene ganancias, ingresos o control. Cuando las instituciones económicas o reglas de mercado se ausentan o no son tenidas en cuenta, los beneficios de la actividad económica se quedan sin explotar y se produce una mala asignación de recursos. Sobre el particular se afirma que las sociedades prosperarán si cuentan con instituciones económicas que faciliten y fomenten la acumulación de riquezas, la innovación y la eficiencia en la asignación de recursos<sup>16</sup>.

Complementando la afirmación anterior, Thomas Di Lorenzo sostiene que el mercado es un proceso en el que las personas voluntariamente interactúan unas con otras en pos de sus propios intereses. Con instituciones correctamente diseñadas -es decir, *enforcement* adecuado, respeto a los derechos de propiedad, la libertad de contratación, libertad de intercambio, y reglas para la ejecución de los contratos-, la satisfacción de los intereses privados generará un orden espontáneo. Este orden no es elegido por alguien, sin embargo, tiende a maximizar los valores subjetivos de todos los participantes en el mercado. Solo en este sentido el proceso de mercado puede ser llamado "eficiente". El autor continúa señalando que, el libre intercambio es un juego de suma positiva que aumenta la riqueza de las naciones, siempre y cuando los derechos sean excluyentes. Es decir, mientras los derechos de propiedad se definen correctamente, se les brinde el *enforcement* adecuado y sean transferibles, se generará actividad de producción. Si, por el contrario, los derechos de propiedad son mermados, no se llevarán a cabo el comercio y la actividad productiva. Esto amplía la importancia del papel

que el gobierno ha desempeñado en el sistema económico: la correcta definición y aplicación de los derechos de propiedad. Al establecer y hacer cumplir las "reglas del juego", el gobierno puede estimular la eficiencia del mercado y la actividad productiva<sup>17</sup>.

En suma, se sostiene que la forma cómo las instituciones en una sociedad se encuentren definidas y estructuradas influirá en el crecimiento económico de esta. Si dichas reglas no están definidas adecuadamente o no reciben el *enforcement* necesario, una sociedad está destinada a la pobreza y, en consecuencia, a vivir en malas condiciones.

Ahora bien, dicha situación no ocurre en el Perú puesto que no existe un panorama con instituciones económicas bien definidas que incentiven la inversión privada y, en consecuencia, el desarrollo económico. Ello se ha traducido en el hecho que existan mercados en los cuales no existe la oferta privada suficiente que pueda satisfacer la demanda de determinados sectores. En este contexto, podría sostenerse que es preferible que el Estado defina y consolide mejor las reglas económicas para la inversión privada postergando su intervención como empresario. Desde esta perspectiva, es decir, con inversión privada, se podrían evitar los problemas de ineficiencia, corrupción, desfalcos, etc. que se suelen presentar con la intervención del Estado como empresario.

En nuestro entender, la presencia de la Actividad Empresarial estatal, como toda política de corte popular e intervencionista, procura aparentemente un bienestar a corto plazo de un grupo definido de personas, pero que es falaz y cuyos efectos distorsionantes y negativos a largo plazo pueden ser estudiados de la misma manera que otras medidas intervencionistas poco beneficiosas. Por tal razón sería preferible el privilegiar la inversión privada y asumir un rol más pequeño, pero no menos importante, del Estado en la economía.

Por ejemplo, se analizará un aspecto de la regulación de la actividad financiera. Para instalar una sucursal bancaria en cualquier localidad, los

<sup>16</sup> ACEMOGLU, Daron; JOHNSON Simon y Robinson, JAMES. "Institutions as the Fundamental Cause of Long-Run Growth". Departments of Political Science and Economics, Berkeley, April 29, 2004. pp. 4 y 5. Traducción libre del siguiente texto: "Economic institutions are important because they influence the structure of economic incentives in society. Without property rights, individuals will not have the incentive to invest in physical or human capital or adopt more efficient technologies. Economic institutions are also important because they help to allocate resources to their most efficient uses, they determine who gets profits, revenues and residual rights of control. When markets are missing or ignored (as they were in the Soviet Union, for example), gains from trade go unexploited and resources are misallocated. Societies with economic institutions that facilitate and encourage factor accumulation, innovation and the efficient allocation of resources will prosper".

<sup>17</sup> DILORENZO, Thomas J. "The Political Economy of National Industrial Policy". Cato Journal. pp. 588 y 589.

agentes financieros, que ya han atravesado por todo un procedimiento a fin de poder prestar el servicio lícitamente, deben solicitar ante la autoridad competente una autorización. Si no fuera necesario contar con dicha autorización (producto de la sobregulación), es probable que un banco no se sienta con tanta aversión al riesgo cuando esté evaluando instalar una sucursal en un lugar donde no parecería tan rentable instalarse (lugares de escasa oferta y demanda). Ello, porque los costos, resultado de barreras burocráticas, serían menores y, en consecuencia, la contingencia resultaría menor en caso la sucursal no rinda los frutos esperados. Empero, si el Estado instala una agencia bancaria estatal en lugar de cambiar las reglas de acceso al mercado (desregulando), estará creando desincentivos para que se presente oferta privada y, por ende, generando mayores perjuicios en el largo plazo. Como corolario, en casos como este, la función del Estado sería la de facilitar la entrada de nuevos agentes en el mercado disminuyendo las trabas burocráticas, promover la competencia entre dichos agentes y llevar a cabo un riguroso control *ex post* que compense los procedimientos *ex ante*.

Otro ejemplo que puede mencionarse es el relativo a las concesiones que el Estado otorga para la explotación de determinados recursos naturales. De acuerdo con nuestras reglas de propiedad, no importa que una comunidad indígena haya radicado en un territorio desde el inicio de los tiempos, porque aquel siempre será propietario de los recursos naturales del subsuelo que en dicho territorio se encuentren. Entonces, si se quiere explotar tales recursos naturales, el Estado tiene la potestad que firmar un contrato con un agente privado pasando por alto a la comunidad que sobre el territorio exista<sup>18</sup>. ¿Qué ocurre? Un sinnúmero de conflictos sociales (como el caso del “Baguazo”). Ello genera que los inversionistas estén menos dispuestos a invertir en dichas zonas. Sin inversión en una comunidad, no hay actividad comercial y, como consecuencia, se produce la insatisfacción de necesidades en la misma. En este caso, el problema radicaría en el hecho que el Estado habría definido incorrectamente los derechos de propiedad sobre dichos recursos naturales.

En efecto, si el Estado no se adjudicara la propiedad de los recursos naturales y se reconociera y

respetara como propietarios a las comunidades indígenas, entonces no existirían conflictos sociales. Ello porque las comunidades, como cualquier otro sujeto con derechos de propiedad sobre su predio, negociarían, directamente o indirectamente (asistidos por una administración pública eficiente) la explotación de los recursos naturales con los inversionistas y ambas partes habrían satisfecho sus propios intereses sin la presencia de conflictos sociales. De esa manera, un intercambio comercial generaría más intercambios comerciales y, por ende, mayor presencia de Actividad Empresarial privada de manera que se puedan satisfacer los intereses individuales (la demanda) de los miembros de dicha sociedad.

En los escenarios como los descritos, sin la intervención del Estado y los problemas que ello supondría, sería necesaria únicamente la libre negociación entre las partes. Esto ocurriría en escenarios en los cuales las reglas establecidas por el Estado no representan un costo prohibitivo o no son mal diseñadas de manera que favorezcan la libre transacción privada.

En ese sentido, podría resultar útil, a efectos de analizar la necesidad de la intervención del Estado como empresario, en primer lugar, definir si es que existen demandas que no son atendidas por la oferta privada. En segundo lugar, determinar el origen del porqué no se ha generado la oferta privada suficiente. Para ello, se podría analizar si es que las instituciones económicas (o reglas económicas) están bien definidas de manera que no representen barreras burocráticas costosas que estén impidiendo o desincentivando la inversión privada. De ser así, el Estado debería principalmente cambiar dichas reglas y esperar que las fuerzas de mercado actúen (considerando el largo plazo y dejando de lado el costo político).

En tercer lugar, como paso previo a considerar a la Actividad Empresarial Estatal como una solución a la escasez de oferta, algunos autores sostienen que podría resultar viable implementar algunos mecanismos en los cuales, si bien existe un nivel de intervención empresarial estatal, este sea mínimo y sea morigerado con la participación de agentes privados. A continuación se presentarán dos propuestas de dicha naturaleza.

La primera de las propuestas se extrae de un ensayo denominado “La Educación en una

<sup>18</sup> Aunque se presentó un proyecto de Ley denominado “Ley del Derecho a Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios”, pareciera resultar contraproducente, populista y no tener muchos efectos prácticos.

Sociedad Libre” realizado por el profesor Benegas Lynch<sup>19</sup>. De acuerdo con el sistema convencional y tradicional actual, ante una escasa oferta privada, el Estado “debe” intervenir a través de la provisión del bien o servicio. Es decir, al Estado le correspondería subsidiar la oferta -con los problemas que se han descrito anteriormente-. Frente a ello, la propuesta del profesor Benegas no pasa por estatizar la oferta sino, ante la escasez de esta, establecer un subsidio en la demanda que la incentive. Se entiende que la idea detrás de la propuesta es mitigar los efectos negativos que se generan cuando el Estado actúa como empresario. Para entender mejor la propuesta, se tomará como ejemplo el sector educación que es el tema tratado por el profesor Benegas en su ensayo.

Queda más o menos claro que en el sector educación existen personas de bajos recursos que no pueden acceder a la educación por tener algún costo que es prohibitivo. Ante tal situación, el Estado crea escuelas públicas, con los problemas que se conocen (educación de pésima calidad, funcionarios corruptos, mala infraestructura, etc.). Empero, siguiendo la propuesta del profesor Benegas, el Estado debería entregar a los privados dicha actividad y como incentivo, dotar a los consumidores, que en este caso serían las personas que buscan educación, de los recursos necesarios para acceder a la oferta educativa. Las etapas serían, “Primero, la privatización de todas las instituciones públicas de enseñanza en todos los niveles con la condición -para no afectar derechos adquiridos- que los compradores reciban en sus aulas por lo menos aquellos que estaban estudiando en esa casa y desean continuar allí sus estudios. Segundo y simultáneamente, el gobierno (léase los contribuyentes) ofrecerá becas (sin cargo) y créditos educativos (a tasas y/o plazos más atractivos que los del mercado) para aquellos que: a) voluntariamente lo soliciten; b) no cuenten al momento con ingresos suficientes y c) tengan las aptitudes como para estudiar lo que solicitan (esta última condición se verificará a través de los requisitos de ingreso que establezcan las instituciones privadas)”<sup>20</sup>. Ahora bien, ello es sin perjuicio de la función del Estado de controlar *ex post* la actividad de servicios educativos.

Cabe precisar que la propuesta planteada, no solamente evitaría los problemas adyacentes a la Actividad Empresarial Estatal, sino que, además,

generaría que la calidad de la oferta (dado que el empresario necesita ser eficiente) mejore enormemente en comparación con el servicio ofrecido por el Estado.

Ahora bien, debe reconocerse que dicha propuesta podría acarrear un costo político muy alto. Esta situación justificaría que actualmente se considere el papel subsidiario de la Actividad Empresarial como un “*second best*”. Sin embargo, podría someterse a consideración, como ocurrió en Chile, que existen beneficios derivados de un esquema como el planteado, tales como menos gasto público, mejora de la calidad, mayor penetrabilidad, etc.

La segunda de las propuestas es una que se ha venido aplicando en algunos sectores del mercado nacional. Esta consiste en subsidiar indirectamente la oferta sin que el Estado tenga que asumir la administración de la gestión del agente ofertante. En este caso, la función del Estado consiste en fomentar la inversión privada mediante asociaciones público-privadas por medio de las cuales, el Estado brinda los recursos al inversionista a fin de reducir las contingencias derivadas de la baja rentabilidad del negocio. Lo importante de este esquema es que el Estado no asume la administración de la actividad y por lo tanto se evitan algunos riesgos derivados de su ineficiencia. Otro aspecto positivo es que existe un riesgo compartido con los agentes privados, con lo cual, se tienen los incentivos necesarios para ser eficientes.

Ahora bien, de todos modos existiría un subsidio cruzado que proviene de los recursos públicos y, en la práctica, resulta complicado evitar toda injerencia política cuando es el Estado quien, además de establecer las condiciones para una asociación público-privada, controla el recurso principal: el capital. Empero, para un país como el nuestro, considerando los últimos resultados, el tema de las asociaciones público-privadas podría resultar interesante de evaluar e impulsar en la medida que proporcionen servicios en las zonas geográficas que así lo requieran.

En suma, no descartamos que el Estado pueda dedicarse a ejercer Actividad Empresarial de manera residual. Un límite importante es que se lleve a cabo en situaciones límite debidamente

<sup>19</sup> Economista, Director del Departamento de Doctorado de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata; Profesor de Política Económica de la Universidad de Buenos Aires; Director General de la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE), Buenos Aires.

<sup>20</sup> BENEGAS LYNCH, Alberto. “La educación en una sociedad libre”. Inédito. pp. 252-253.

justificadas y ponderadas. Empero, existen mecanismos como los descritos que podrían representar soluciones eficientes más eficientes, dependiendo de las particularidades de cada mercado y luego de un muy buen análisis. Solamente de esta manera, se podría contribuir verdaderamente al crecimiento económico sostenido reduciendo el aparato estatal con los perjuicios económicos que ello implica.

Habiendo trasladado algunas inquietudes respecto de la Actividad Empresarial del Estado y el papel subsidiario del mismo, a continuación se analizarán qué es lo que plantea el precedente de observancia obligatoria emitido por el INDECOPI.

## 5. La Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI

Antes de proceder a detallar cómo es que el Tribunal ha establecido, mediante la emisión de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, los lineamientos para la aplicación de la disposición contenida en el artículo 14.3° de la LRCD, es menester precisar que en un anterior pronunciamiento, dicha autoridad se pronunció respecto de los alcances de dicha disposición.

En efecto, el 14 de setiembre del 2010, el Tribunal emitió la Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI derivada de una denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia por infracción al artículo 14.3 de la LRCD. A modo de reseña, el Hospital Nacional prestaba un servicio denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" el cual consistía en un servicio de salud que se brindaba a pacientes particulares, compañías aseguradoras y entidades prestadoras de salud, a pesar de que existían centros de salud del sector privado que ofrecen sus servicios a dicho segmento. En su oportunidad, el Tribunal, estableció algunos criterios para aplicar la disposición del artículo 14.3° y confirmó la Resolución 112-2009/CCD-INDECOPI del 22 de julio del 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia.

Ahora bien, la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI recogió los criterios establecidos en la resolución comentada anteriormente, estableciéndolos como precedente de observancia obligatoria<sup>21</sup>.

El caso se trata de una denuncia interpuesta por la Pollería El Rancho II E.I.R.L. (en adelante, El Rancho) contra la Universidad Nacional del Antiplano -Puno (en adelante, la Universidad) por infracción al artículo 14.3° de la LRCD. Resulta que la Universidad instaló, en su Centro de Investigación y Servicios Frigoríficos un restaurante dedicado a la venta de pollos a la brasa al público en general, denominado "Pollería y Parrillería Universitaria". Es decir, la Universidad, dada su naturaleza pública, vendía pollo a la brasa con dinero público. Dicha actividad la realizaba en competencia con otras pollerías aledañas como El Rancho.

En el Procedimiento Sancionador, la Universidad alegó que la pollería era un centro de investigación y formación profesional compatible con los fines educativos propios de un centro universitario, que su labor consistía únicamente en investigación científica tecnológica y la formación de los estudiantes y que era un ente autónomo y que no se regía por ninguna otra Ley distinta de la Universitaria, Ley N° 23733. Evidentemente era un caso para analizarse a partir de la LRCD.

El Tribunal resolvió confirmando la resolución de primera instancia que declaró que la Universidad violó lo dispuesto en el artículo 14.3° de la LRCD referido a la realización de Actividad Empresarial en violación del artículo 60° de la Constitución Política. En términos generales, el precedente estableció un 'test de subsidiariedad' que toma en cuenta los siguientes requisitos a efectos de analizar si es que alguna entidad está violentando lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución:

- i. El test se aplica a toda Actividad Empresarial del Estado salvo que esta signifique el ejercicio del *ius imperium* o la prestación de algún servicio asistencial.
- ii. La Actividad Empresarial Estatal debe contar con una "ley expresa" aprobada por el

<sup>21</sup> Cabe precisar que si bien la Resolución bajo comentario no fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano", somos de la opinión que ello no merma su eficacia en la medida que el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, Facultades, Normas y Organización de INDECOPI, establece que las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que, al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Asimismo, señala que el directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, 'podrá ordenar' la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

- Congreso de la República que autorice de manera sumamente explícita su desarrollo.
- iii. Se deberá determinar el mercado relevante en el que se realiza la Actividad Empresarial Estatal.
- iv. Para determinar si la Actividad Empresarial es subsidiaria se deberán tener en cuenta los siguientes escenarios:
- a) Cuando concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras en la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.
- b) Cuando en el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad -a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante- deberá verificar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.
- c) Cuando solo participa la empresa o entidad estatal: en este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras en la entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, con lo que se concluye -a diferencia de los dos primeros escenarios- que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas, la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados.
- v. Se deberá tener en cuenta la presencia de barreras burocráticas que impidan o dificulten la libre Iniciativa Privada.
- vi. La Actividad Empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. No obstante, esta calificación no la hace el INDECOPI, sino que deberá constar en la norma que autoriza la actividad. Si no está, se presumirá que no se cumple este requisito.
- En primer lugar, es loable el hecho de que se haya desarrollado en una norma, el artículo 60° de la Constitución. Definitivamente, después de tantos años, urgía la necesidad de que el Estado se fiscalice a sí mismo. En segundo lugar, merece una mención honrosa el INDECOPI (a través del Tribunal y la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal) al haber ejecutado lo dispuesto en la LRCD y no permitir que la misma constituya letra muerta en nuestro ordenamiento.
- Asimismo, se debe resaltar el hecho de que en el test de razonabilidad se haya incluido el análisis de las barreras burocráticas que podrían entorpecer el libre ejercicio de la Iniciativa Privada. Dicho análisis está directamente relacionado con el análisis de cómo están definidas las instituciones económicas en nuestra sociedad y de lo importante que resulta corregirlas de manera que no se sigan creando nuevas distorsiones en el mercado, que se ha tratado en el punto anterior.
- Ahora bien, respecto del precedente en mención, creemos que existe un aspecto que merece especial atención. Al excluir del test de subsidiariedad a las actividades económicas del Estado que constituyan servicios asistenciales, podría haberse abierto una puerta a través de la cual muchas actuaciones estatales evadan el control de lo establecido en la LRCD. Efectivamente, muchas entidades públicas brindan servicios a los consumidores a un precio subsidiado o por debajo del costo real, a pesar de que existan agentes privados que ofrecen el servicio. No obstante, como dichos servicios se prestan bajo el título de servicio asistencial, la actuación quedaría exenta del análisis de subsidiariedad. De esa manera, muchas actividades empresariales estatales podrían subsistir, con sus problemas adyacentes que han sido tratados en el punto anterior.
- El problema es que con esta “puerta falsa”, muchas actividades empresariales del Estado podrían seguir perjudicando la libre Iniciativa Privada y malgastando dinero del erario público. Razón por

la cual, se debe prestar especial atención a este aspecto.

Para un mejor entendimiento, se tomará un ejemplo cotidiano. En enero del 2009, la Municipalidad de Carmen de la Legua-Reynoso decidió brindar un servicio de internet inalámbrico (wi-fi) de manera gratuita dentro de su jurisdicción. El objeto de medida, según manifiesta el referido gobierno local, fue el de utilizar la red para que los pobladores realicen consultas médicas a través de videoconferencias, dar paso a trámites electrónicos, así como mejorar la seguridad ciudadana, etc.<sup>22</sup>. No obstante, se puede colegir que el gobierno local habría estado realizando Actividad Empresarial en la medida que brindaría un servicio a los consumidores (acceso a internet) de la misma manera que lo hacen las empresas privadas de telecomunicaciones salvo que, a título gratuito. Como se puede observar, se estarían empleando recursos públicos, provenientes de tasas, impuestos y contribuciones etc., para brindar un servicio que es atendido por el sector privado.

Existen varios problemas derivados de dicha situación. Desde un punto de vista ético, resulta inconcebible que con dinero ajeno se esté subvencionando un servicio que aparentemente no resulta vital y, aunque lo fuera, no parece ser correcto obligar (mediante impuestos) a los individuos que pagan por un servicio tengan que pagar además el mismo servicio a favor de terceros que no incurrir en dicho costo.

Desde un punto de vista del Derecho de la Competencia, se podría considerar como acto de Competencia Desleal que el Estado brinde un servicio que puede ser atendido por las empresas privadas de telecomunicaciones. En efecto, existen varias empresas que brindan el referido servicio en competencia y que estarían perdiendo clientes. Sin embargo, el gobierno local, al regalar dicho servicio, genera que personas que están en la capacidad de pagar por dicho servicio, no lo hagan puesto que lo pueden recibir sin costo. Como se ha señalado, una conducta como la descrita generará desincentivos al libre ejercicio de la Iniciativa Privada con las consecuencias indeseadas que ello acarrea.

Desde un punto de vista económico, el gobierno local estaría ofreciendo un servicio a un precio artificial que a la larga podría perjudicar a los consumidores. En efecto, si el gobierno local ofrece el servicio de internet a costo cero y con una calidad X, es probable que las empresas de telecomunicaciones no tengan los incentivos necesarios de ofrecer el servicio de internet con una calidad cercana o superiores a X, pues es factible que los consumidores que valoraban el servicio de internet de calidad X y que podría pagar por el mismo, migren sus preferencias por los servicios ofrecidos por el gobierno local debido a su gratuidad. En consecuencia, la empresa de telecomunicaciones no tendrá los incentivos para invertir en ofrecer servicios de internet de una calidad mayor a X, ya que no se encuentra en capacidad de competir con el servicio estatal subsidiado. En esa medida, la calidad del servicio de internet de la localidad podría quedarse estancada en X, así existan consumidores que valoren dicho servicio en una calidad superior y que queden insatisfechos por la inexistencia de oferta privada generada por el propio Estado.

Así, esta actuación del gobierno local probablemente podría quedar exenta del test de razonabilidad expuesto por el Tribunal, puesto que podría calificar como la prestación de un servicio asistencial. Resulta más crítico aun cuando interfieren cuestiones políticas, como por ejemplo si es que se pretende considerar el servicio de internet como un derecho fundamental (la banda ancha<sup>23</sup>) lo que podría facilitar la elusión de la aplicación de la LRCD.

## 6. Conclusiones

En todo este presente trabajo, se ha pretendido exponer el impacto de la Actividad Empresarial Estatal en la economía y la manera cómo el ordenamiento jurídico peruano le ha impuesto determinados límites. Así las cosas, limitar la Actividad Empresarial estatal otorgándole un papel subsidiario pareciera ser una solución parcial al impacto que esta genera. Sin embargo, debe reconocerse que, aunque sea en menor dosis, los

<sup>22</sup> Para mayores detalles y comentarios ver: <http://www.blawyer.org/2009/02/06/carmen-de-la-legua-reynoso-y-su-acceso-libre-a-internet/> <http://www.blawyer.org/2008/09/25/chim-pum%2%a1-internet/> <http://www.blawyer.org/2009/04/20/%c2%bfpor-que-fracasan-las-redes-municipales/> <http://www.blawyer.org/2008/12/11/wi-fi-las-administraciones-publicas-y-la-cmt/>

<sup>23</sup> Al respecto, ver: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_condoc\\_2006.nsf/0/249da30249a4dda10525788000729bdb/\\$FILE/TS04255280411.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/0/249da30249a4dda10525788000729bdb/$FILE/TS04255280411.pdf) y [http://www.mtc.gob.pe/portal/proyecto\\_banda\\_ancha/index.html](http://www.mtc.gob.pe/portal/proyecto_banda_ancha/index.html)

problemas adyacentes a la Actividad Empresarial Estatal persistirán.

Ante tal escenario, también podría resultar útil evaluar medidas más eficientes como las planteadas en el presente trabajo que, en el largo plazo, puedan producir consecuencias más beneficiosas para la sociedad. Dichos beneficios se pondrían de manifiesto a través de un manejo eficiente del erario público, reducción de impuestos, provisión de mejores servicios en manos de los privados, mayores incentivos para la Iniciativa Privada y el fortalecimiento del proceso competitivo, etc.

Asumir que únicamente mediante la intervención estatal se puede mitigar la escasez y generar igualdad de oportunidades para todos no es

acertado. Ello porque, como toda medida de corte intervencionista, la Actividad Empresarial estatal podría generar un bienestar en el corto plazo pero que, al final del día, resulta contraproducente, ya que afecta el ejercicio de la Libre Iniciativa Privada y, sin inversión privada, no se puede hablar de crecimiento económico y social sostenido en una sociedad.

Por lo pronto, tener una disposición que desarrolle el mandato contenido en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, como la establecida en el artículo 14.3° de la LRCD, y una autoridad autónoma y técnica que aplique de manera prudente dicha disposición, como es INDECOPI, son aspectos muy positivos que podrán contribuir a la modernización (reducción) del Estado.