

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 8 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Por un concepto de las empresas públicas peruanas

Defining Peruvian public enterprises

Orlando Vignolo Cueva*

Universidad de Piura (Perú)

orlandovignolo@yahoo.com

Recibido: 02/09/2017

Aprovado: 08/09/2017

Received: 09/02/2017

Approved: 09/08/2017

Resumo

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. En adición 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 sólo uno más en un conjunto de normas sectoriales que regulan a varios de estos sujetos económicos de titularidad pública.

Palavras-chave: empresas públicas; principio de subsidiariedad; control público; influencia dominante; persona jurídica.

Como citar este artigo/How to cite this article: CUEVA VIGNOLO, Orlando. Por un concepto de las empresas públicas peruanas. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 67-91, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.19317

* Profesor de la Universidad de Piura (Piura, Perú). Doctor en Derecho - Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura. Director de la Revista Anuario de la Función Pública. Abogado del Estudio Echecopar. E-mail: orlandovignolo@yahoo.com.

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.

Sumario

1. El estado de la cuestión; **2.** Antecedentes relevantes de la cuestión; **3.** El avance de la subsidiariedad social en la definición actual de las empresas públicas peruanas; **4.** El principio de igualdad de trato y la definición de las empresas públicas peruanas; **5.** El concepto dogmático de empresas públicas que se propone; **6.** Referencias.

1. El estado de la cuestión

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 -como no- las propias posibilidades de aplicación de esta técnica de intervención administrativa². Vale 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 manera negativa a dos

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 (2010) y el libro de parte general escrito por el profesor Abruña (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 (1989, p. 250).

generaciones de peruanos), no puede exonerarse la posibilidad de siempre discutir su presencia y posibilidades.

A pesar de esta última atingencia histórica y la siempre peruana costumbre de marcar distancia o enfrentarse al contrario desde el 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, sólo 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), por el contrario lo verdaderamente fundamental es "la maximación de sus resultados, disponiendo con criterios de economicidad de sus medios para la obtención de los fines propuestos"(MARTIN MATEO, 1973, p. 61).

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 involucre a sujetos olvidados y no estudiados dentro de esta última noción funcional, las razones finales para superar la tendencia de sólo particularizar a ciertas empresas públicas alrededor del régimen de empresas del Estado preceptuado en el Decreto Legislativo No. 1031 (siendo ésta una ley con un ámbito objetivo que no deja de ser oscuro, pues su 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 el presente trabajo.

Ahora bien, esta problemática reseñada no sólo se manifiesta en nuestra realidad. En muchos lados de Iberoamérica aparecen complicaciones

de los más variados calajes, 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 específico país, 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 tenía 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 (LAGUNA DE PAZ, 1989, p. 250).

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 FONAFE³ mediante la aplicación del Decreto Legislativo

³ El citado Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, de siglas 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 No. 27170 y el numeral 4.3 del Decreto Legislativo No. 1031. Este sujeto debe ser entendido como una forma de "ente público económico (...) con personalidad y estructura jurídica-pública" (en el presente caso adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas). Específicamente, considero que el FONAFE es una organización del poder público que ejercita 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". Ver estas citas en Abruña Puyol (2010, p. 85).

Por las competencias habilitadas por el Legislador al FONAFE, todas ellas reconocidas en el artículo 3 de la Ley No. 27170 y otras desperdigadas a lo largo del señalado Decreto Legislativo No. 1031 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 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 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

No. 1031 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 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.

En suma el presente 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 las ramificaciones de la extensa problemática jurídica que actualmente aparecen tras las empresas públicas.

2. Antecedentes relevantes de la cuestión

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 re-instauración 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, palabras o menos, 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).

empresas, creadas o por crearse, en las que participa el Estado" (ver el literal c del artículo 3 de la Ley No. 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. Del otro lado 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".

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 poniendo especial énfasis en el cooperativismo, la libre iniciativa privada aunada 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 parecieron que fueron hechas para contentar a todos los grupos políticos de la antigua Asamblea Constituyente⁴, con muy poco margen de maniobra y sin el debido tiempo dada la habilitación que le había cedido el Gobierno Revolucionario de la

⁴ 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, otorgándole 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, contexto y 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.

época⁵. Esta falta de un orden sistémico mínimo⁶ 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".⁷

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 públicas⁸.

Debe agregarse que en la doctrina peruana se ha reconocido estas mezclas encontradas de instituciones económicas y jurídicas principalmente en Ochoa (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 (1994, p. 37).

⁵ 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 No. 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 No. 21949).

⁶ Sobre este caos generado desde la Constitución de 1979 debe recordarse las certeras palabras del profesor español L. López Rodo, 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 prolijidad 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". Ver esta cita en López-Rodo (1981, p. 443).

⁷ Ver esta cita en Kresalja (2010, p. 103).

⁸ 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". Ver esta cita en Kresalja (2010, p. 71).

Por lo dicho, es que cuando se compara la Constitución de 1979 y la actual Carta Constitucional, a pesar 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 si diseñó un orden mínimo en pos de darle elementos de expansión a la primacía de la persona y las organizaciones intermedias creadas por ésta (mediante diferentes formas de personas jurídicas). A 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).⁹

En otras palabras, las creaciones de empresas públicas encontraban sustentos en diversos aspectos heterógeneos, sin más restricciones que fundamentarse en interés social o 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 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 No. 24948).

En ese sentido, sólo basta recordar 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 jurídicas-administrativas medianamente reconocibles, permitían que -por ejemplo- el Estado pueda 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 No. 24876).

⁹ Esta prohibición de monopolios privados del artículo 133 de la Constitución de 1979 aparece reconocido y conceptualizado por Ochoa Cardich (1987, p. 613 y ss).

Otra muestra de lo variopinto y desordenado que era el protagonismo público es el ámbito objetivo preceptuado por el artículo 4 la Ley No. 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, es que no se puede entender el largo y continuado cambio económico y social ocurrido en 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 errática y partidizado 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 consiguientemente 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 en base a un supuesto interés de carácter general o social (LÓPEZ-RODO, 1981, p. 454).

3. El avance de la subsidiariedad social en la definición actual de las empresas públicas peruanas

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 auto-golpe de Estado promovido por el ex Presidente A. Fujimori, tuvo un tratamiento y 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 gestión de las empresas públicas creadas en los difícilísimos años ochenta¹⁰. Es más, como 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 mas fuerza o combatir abiertamente la intensidad de la corriente neoliberalista que llegaba al país.¹¹

Vale adelantar un par de consideraciones que son bastante aceptadas por la doctrina sobre el texto constitucional vigente.¹² 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 misma.¹³ 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 concretizar 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.

¹⁰ 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". Ver esta cita en Kresalja (2010, 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 que se sigue creyendo (hasta ahora) que ésta 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.

¹¹ Como bien expresa el profesor Hakansson, en Perú nunca existió una "Constitución histórica". Por eso, es que la CP fue producto de la coyuntura (tan igual que la Constitución 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". Ver esta cita en Hakansson (2012, p. 67).

¹² Por todos ver a Fernández Segado (1994, pp. 29-31).

¹³ Por lo afirmado es que resulta correcto que la "parte económica de la Constitución (...), es la que mayor transformación ha tenido en todo el texto de 1993 en relación a las Cartas anteriores". Ver esta cita en Rubio Correa (1999, p. 192-193).

En todas las cuestiones formuladas a lo largo del debate del Congreso Constituyente Democrático se llegó a la formulación 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"¹⁴ (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 Regionales). En ese sentido, este requisito ha sido expresamente ratificado por el legislador en el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 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 éstos 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

¹⁴ STCP, recaída en el Exp. N° 0034-2004-PA/TC, del 13 de abril de 2007, F.J. 11. De manera fundamentada, aunque no comparto su posición, el profesor Chang señala que "no sólo 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". Ver esta cita en Chang Chuyes (2015, p. 151).

económicos, en aras del bien común¹⁵. 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 No. 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 INDECOPI¹⁶ 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"¹⁷, y, en segundo orden, "cuál es la oferta privada disponible"¹⁸.

(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, como 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

¹⁵ STCP, recaída en el Exp. N° 7339-2006-PA/TC, del 13 de abril de 2007, F.J. 11.

¹⁶ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, de siglas INDECOPI, fue creado en noviembre de 1992 mediante el Decreto Ley No. 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.

¹⁷ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 82.

¹⁸ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 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 entrelíneas (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 desealeal, 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 desperdigas en algunas normas diversas (ver principalmente el artículo 27 del Decreto Legislativo No. 1044).

de acuerdo con lo expresado por Kresalja, en cuanto a que este recaudo tiene carácter "no sólo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas políticas ahí representadas deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados" (KRESALJA ROSELLÓ, 2010, p. 108-109).

Es claro que ambas cláusulas del artículo 60 de la Constitución son aspectos que requieren de una evaluación exclusiva del que ostenta 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 habilitación preceptuada en nuestro ordenamiento vigente (sólo 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 No. 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. (KRESALJA ROSELLÓ, 2010, p. 108-109).

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" (ARIÑO ORTIZ, 2004, p. 158). En adición, 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 sub-

principios (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 sub-principio 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 índol.¹⁹ Sobre el particular este parco texto constitucional señala lo siguiente "la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

Luego, el propio Legislador declaró en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 757 la reafirmación de este sub-principio 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.

¹⁹ Esta diferenciación entre actividad, organización administrativa y empresa pública aparece claramente recogido en el numeral 14.3 del Decreto Legislativo No. 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". Ver esta cita en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 50.

Sin embargo, a pesar de estos datos creo existe una explicación jurídico-administrativa abandonada por este Tribunal Administrativo y la propia legislación en los intentos por explicar la actividad empresarial estatal. Ésta 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 el Banco de la Nación. Al respecto ver las explicaciones brindadas por el profesor Abruña Puyol (2010, p. 85).

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 No. 757.

En el mismo sentido, y siguiendo el recuento hecho por Abruña existieron varias normas contenidas en la antigua Ley No. 24948 que otorgaron a las empresas estatales directos:

[...] 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 (ABRUÑA PUYOL, 2010, p. 88).

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 auto-organización 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 No. 1031), la irracional aplicación de reglas de contratación estatal (ver el literal g del artículo 3 de la Ley No. 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 No. 1031)²⁰.

4. El principio de igualdad de trato y la definición de las empresas públicas peruanas

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 (particularmente con otros operadores) vale un intento de re-construcción en aras de mostrar el valor y vinculatoriedad de este segundo y abandonado sub-principio de igualdad de trato contenido en el artículo 60 de la Constitución.

Al respecto, y así considero aparece reconocido expresamente en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo No. 1031 y el literal f del artículo 1 del Decreto Supremo No. 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

²⁰ 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 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 Administración Pública en nuestro Derecho, apareciendo extrañas nociones en nuestra LPAG o en la propia 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 ejerzan 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 pueden 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". Ver esta cita en Chinchilla Marín (2016, p. 373).

transparencia"²¹), 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 "régimenes particulares" (MUÑOZ MACHADO, 2004, p. 1084) 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 jurificación sólo 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 hace 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 (MUÑOZ MACHADO, 2004, p. 1084).

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 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 influenciada 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

²¹ 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".

FONAFE o la Caja Militar-Policial)²². En suma, como bien ha sintetizado Martín Mateo las empresas públicas son “organizaciones económicas de control público” (Martín Mateo, 1985, p. 372).

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

²² La Caja Militar-Policial constituye una entidad administrativa capaz de ejercitar un conjunto de potestades administrativas, cercana en fisonomía al FONAFE y el 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 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 No. 21021, esta entidad administrativa viene dotada de personería jurídica 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 No. 21021, aprobado mediante Decreto Supremo No. 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 No. 19846, ii) Administrar los recursos de la Caja con la finalidad de incrementarlos; y, iii) Administrar otros fondos y prestar otros servicios que se aprueben 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 No. 21021, que esta entidad realiza específicamente actividades financieras y busátiles, en la medida que constituyen recursos de la Caja, cierto de 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".

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 irrefutable ante la aparición jurídica de las llamadas empresas públicas (estatales o municipales)²³.

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 auto-organización y en las relaciones con otras empresas), puesto que bajo estos supuestos (que no son pocos) deberá existir un necesario 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 más.²⁴

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 al Derecho privado "como derecho general del tráfico económico"(SCHMIDDT-ASMANN, 2003, p. 299), 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"(SCHMIDDT-ASMANN, 2003, p. 299). Por eso, como piedra de toque, la legislación sectorial tiene que cambiar en muchos fragmentos, eliminando toda referencia secundaria

²³ Ver esta postura en Martín Mateo (1985, 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. Ver esta postura en Céspedes Zavaleta (2010, pp. 65-66).

²⁴Al respecto ver a SÁNCHEZ MORÓN (2010, p. 411).

o supletoria del Derecho privado respecto de ámbitos no ligados al acotado núcleo duro de Derecho administrativo.²⁵

5. El concepto dogmático de empresas públicas que se propone

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, la actividad interna, en la toma de decisiones de la empresa, mediante la llamada "acción oro" (ABRUÑA Y BACA ONETO, 2010, p. 479). Ahora bien, este control, influencia o dependencia pública dominante puede ser directa o indirecta (incluso se puede materializar mediante un sujeto distinto a la organización administrativa, es decir podría aparecer una empresa pública que controla a otra)²⁶. En

²⁵ Lo afirmado en la última parte del párrafo final supondría también un radical cambio de sentido en la normatividad infra-legal 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 No. 28840 y No. 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 (2012, p. 328).

²⁶ Al menos esto aparece claramente reconocido en el literal f del artículo 1 del Decreto Supremo No. 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 este específico régimen de actividad empresarial estatal la posibilidad descrita no se ha concretizado, si es claro que la misma aparece establecida para las empresas de propiedad y control de la Caja Militar Policial (bajo su sistema estatutario y peculiar).

consecuencia el elemento 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 Morón²⁷ 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 industrial)²⁸, aunque las anteriores opciones se mezclan con formas jurídico-administrativas típicas (como la designación de Directores mediante previos procedimientos de selección y actos administrativos contenidos en los "Acuerdos de Directorio del FONAFE" preceptuados en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 1031 y el artículo 15 del Decreto Supremo No. 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 supuestos(CÉSPEDES ZAVALETA, 2009, p. 934):

(i) Control por resultados: Es aquella 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

²⁷ 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 (1980, p. 93).

²⁸ 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". Ver esta cita en S. Martín-Retortillo (1996, p. 30).

decisiones²⁹, 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 técnica³⁰.

(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 -típicamente- a través de la titularidad pública de la mayoría de las acciones de la empresa y puede ser, a su vez, económico 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 al 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.

²⁹ Cabe resaltar que esta manifestación del control público ha sido muy poco utilizada en la gestión de las empresas públicas peruanas.

³⁰ Aunque con algún dato que no comparto, hace algunos años atrás afirmaba G. Ariño sobre la práctica y "comportamientos" de las empresas públicas, que estas últimas no deben tener ninguna diferencia con sus pares de titularidad privada, debiendo seguir un obligatorio proceso de despolitización que las alejara "del derecho público, de la influencia política, de los privilegios y de las discriminaciones que a veces la han acompañado, asimilándola todo lo posible a la empresa privada". Ver esta cita en Ariño Ortiz (1995, p. 11).

Al respecto, estimo resulta valedero y necesarísimo eliminar todo componente de partidización de las empresas públicas, siendo una nota esencial en los tiempos actuales que corren en Latinoamérica (por la lucha anticorrupción que involucra en buena medida a la reforma de varias de estas organización 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).

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

Para cerrar este trabajo vale indicar que el control público y su ejecución mediante sus diferentes modalidades permite no sólo modificar los supuestos de aplicación de la técnica estudiada, permitiendo 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 ESSALUD³¹), sino 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 subjetivización (FONT I LLOVET, 1983, p. 2818). 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" (FONT I LLOVET, 1983, p. 2833).

6. Referencias

ABRUÑA PUYOL A.; BACA ONETO V. **Notas al curso de derecho administrativo**, pro manuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 2012.

ABRUÑA PUYOL, A. **Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano**. Palestra: Lima, 2010.

³¹ Me estoy refiriendo a las empresas Silsa y Esvicsac creadas en los años ochenta por el antiguo IPSS (hoy Seguro Social de SALUD, de siglas ESSALUD). Vale 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).

ARIÑO ORTIZ, G. De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 138, p. 7-33, set./dez. 1995.

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

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**. Caracas: Paredes, 2009.

CÉSPEDES ZAVALETA, A. **El Estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos**. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

CHANG CHUYES, G. **La subsidiariedad del Estado en materia económica**. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. No. 3134-2010/sc1-indecopi. Lima: en el vol. Col. li Convención estudiantil en derecho público, Universidad de Piura-Palestra, 2015.

CHINCHILLA MARÍN, M.A. El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 200, p. 361-383, mayo/ago. 2016.

FERNÁNDEZ SEGADO. El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la constitución de 1993. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 84, abr./jun. 1994.

FONT I LLOVET, T. La empresa pública agraria. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102. 1983.

HAKANSSON NIETO, C. **Curso de Derecho Constitucional**. Lima: Palestra-Universidad de Uiuira, 2012.

KRESALJA ROSELLÓ, B. **El principio de subsidiariedad en materia económica**. Lima: Palestra, 2010.

KRESALJA ROSELLÓ, B. **Estado o mercado**. El principio de subsidiariedad en la constitución peruana. Lima: PUCP, 2015.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. **La empresa pública autonómica: aspectos jurídicos**. Revista Presupuesto y Gasto Público, Madrid, n. 16, p. 71-82. 1995.

LÓPEZ-RODO, L. **El modelo económico de la constitución**. Madrid: en el vol. Col. Administración y Constitución, servicio central de publicaciones de la presidencia del gobierno, 1981.

MARTIN MATEO, RAMÓN. **Ordenación del sector público en España**. Madrid: Cívitas, 1974.

MARTIN RETORTILLO, S. Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 140, p. 25-67, mayo/ago. 1996.

MUÑOZ MACHADO, S. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. Madrid: Thomson-Cívitas, 2004.

RUBIO CORREA M. **Estudio de la constitución política de 1993**. Lima: PUCP, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, M. **Derecho Administrativo**. Parte general. Madrid: Tecnos, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M. Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 93, p. 67-128, sep./dic. 1980.

SCHMIDT-ASSMANN, E. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons-Inap, 2003.