

# A reconstrución da noción xurídica das empresas públicas peruanas

La reconstrucción de la noción jurídica de las empresas públicas peruanas

The reconstruction of the legal notion of Peruvian public companies

54  
Regap

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

Doutor en Dereito pola Universidade de Zaragoza (España)

Avogado pola Universidade de Piura (Perú)

Profesor da Universidade de Piura (Perú)

Director da Revista Anuario da Función Pública

Avogado do Estudio Echecopar (Perú)

orlandovignolo@yahoo.com

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

Regap



NOTAS

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

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

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

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

**Abstract:** Public enterprises shall be explicitly defined in Peruvian administrative law, beyond any multidisciplinary discussion on their actual existence and value in the current situation of the country. The latter is an urgent need to delimit them within their legal content and ensure that this technique has balanced approaches, always starting from its constitutional justification and obligatory practice in the service of the public interest. In addition, this task is necessary due to the little dogmatic precision that our legislator maintains in the brief and somewhat disordered regime of

the State's business activity, which ends up being additional to a set of sectoral norms that regulate several of these economic subjects of public ownership.

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

|

As empresas públicas estiveron e continúan ligadas á vida social e económica do Perú. A súa actual presenza, menos robusta e baixo cobertura de certas cuestións xurídicas promovidas por algún sector pequeno da doutrina nacional<sup>1</sup>, aínda aparece marcada por frecuentes polémicas sobre o seu valor e, como non, as propias posibilidades de aplicación desta técnica de intervención administrativa<sup>2</sup>. Cómpre dicir que nun país como o Perú, en que as empresas públicas foron utilizadas por distintos políticos e actores de xeito disfuncional (marcando así de forma negativa dúas xeracións de peruanos), non pode exonerarse a posibilidade de discutir sempre a súa presenza e as súas posibilidades.

Malia esta última correspondencia histórica e ao sempre peruano costume de marcar distancia ou enfrontarse ao contrario desde a practicidade (moitas veces sen fundamento ou proba teórica de apoio), vai sendo tempo de desideoloxizar a revisión deste instituto, sen apaixonamentos, sempre na procura de crear e xustificar bases conceptuais serias e medianamente recoñecibles, xa que finalmente as empresas públicas sempre existirán e o importante é que se utilicen dentro das marxes xurídicas previstas no noso dereito. Ademais, só este último presuposto pode asegurar un nivel de eficacia e servizo efectivo destas organizacións ao interese público, xa que, como ben indicaba MARTÍN MATEO, o importante destes suxeitos non é o ánimo de lucro (aínda que xamais deben ser deficitarias), senón que o verdadeiramente fundamental é *“a maximización dos seus resultados, dispoño con criterios de economicidade dos seus medios para a obtención dos fins propostos”*<sup>3</sup>.

Nesta última tarefa (de raíz basicamente multidisciplinaria), o dereito administrativo ten un papel esencial para presentar *equilibrio* na resposta concreta a partir de fundamentar conceptos claves tales como a propia definición xurídica da técnica (e o seu encaixe dogmático coa subsidiariedade constitucional), algún nivel de identificación do que significa o citado concepto legal de *“actividade empresarial do Estado”*, as posibilidades de establecer unha noción que implique suxeitos esquecidos e non estudados dentro desta última noción funcional, as razóns finais para superar a tendencia de *só particularizar* certas empresas públicas ao redor do réxime de empresas do Estado preceptuado no Decreto legislativo n. 1031 (sendo esta unha lei cun ámbito obxectivo que non deixa de ser escuro, pois a súa denominación non se axusta cos poucos suxeitos que finalmente regula), e cal é o alcance do dereito administrativo e das organizacións administrativas na fundación, estrutura, control ou influencia

1 A doutrina peruana sobre empresas públicas é moi escasa a pesar do número medianamente importante que subsisten no noso dereito. Para unha rápida revisión, debe tomarse en conta a CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conxecturas e mitos xurídicos*, Edicións Cabaleiro Bustamante, Lima, 2010; e o libro de parte xeral escrito polo profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación xurídica da administración pública no ordenamento peruano*, Palestra, Lima, 2010.

2 Considero que as empresas públicas son unha técnica de intervención das administracións públicas, se se quere unha actividade máis desta organización do poder público, cuestión que aparece claramente definida polo profesor LAGUNA DE PAZ nos seguintes termos: *“Sexa como sexa, calquera aproximación á empresa pública debe empezar por resaltar que esta é unha actividade da Administración. A empresa pública representa un instrumento de intervención directa, que lle permite á Administración irromper activamente na vida económica”*. Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., *“La empresa pública autónoma: aspectos jurídicos”*, revista *Presupuesto y Gasto Público*, n. 16, 1995, p. 250.

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

e actuacións sobre estas clases de suxeitos económicos. Entón son varios os problemas que aparecen e necesitan de respostas xurídico-administrativas. Algúns deles serán formulados e pretenden ser respondidos neste traballo.

Agora ben, esta problemática salientada non só se manifesta na nosa realidade. En moitos lados de Iberoamérica aparecen complicacións dos máis variados calados, en boa medida sostidas en múltiples causas, tales como o antigo proceso de fuxida do dereito administrativo, ou pola intensidade da corrente liberalizadora que se propugnou en momentos determinados nun país específico, o nivel de progresión da iniciativa privada nos distintos sectores da economía, ou simplemente polos intentos de refacer as intervencións administrativas desde as decisións políticas e configuradoras do lexislador correspondente.

En calquera caso, a xeito de comparación e tomando con pinzas os obxectos contrastados, no dereito español dos anos noventa xa se indicaba que os problemas de ennegrecemento da técnica tiñan reflexos, por exemplo, en que a súa praxe non está o *“suficientemente racionalizada, a carencia dunha normativa específica que estructure a figura, o seu carácter de tema testemuña, esencialmente polémica, sobre os desenvolvementos do cal se proxectaron concepcións e ideoloxías globais. Todos estes factores, como pode verse, non axudan á súa comprensión”*<sup>4</sup>.

Polo tanto, á vista do presentado e da necesidade de sistematizar un réxime que aparece marcado pola primacía das empresas estatais gobernadas desde o FONAFE<sup>5</sup> mediante a aplicación do Decreto legislativo n. 1031 e o seu regulamento aprobado polo Decreto supremo n. 176-2010-EF, propono un traballo que intente responder as seguintes dúas cuestións esenciais:

(i) O valor da subsidiariedade horizontal ou social respecto das empresas públicas.

(ii) A noción de empresa pública aplicable no dereito administrativo peruano.

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

5 O citado Fondo Nacional de Financiamento da Actividade Empresarial do Estado (FONAFE), xunto co Banco da Nación, é un dos poucos exemplos existentes no noso dereito das denominadas “empresas do dereito público” ou “empresas do Estado con potestades públicas”, segundo nomenclaturas recollidas polo apartado 1.1. da Lei n. 27170 e o apartado 4.3 do Decreto legislativo n. 1031. Este suxeito debe ser entendido como unha forma de *“ente público económico (...) con personalidade e estrutura xurídica-pública”* (neste caso adscrito ao Ministerio de Economía e Finanzas). Especificamente, considero que o FONAFE é unha organización do poder público que exerce potestades administrativas, sendo correcto asumir a súa condición de *“entidade da Administración pública (...) suxeita, polo tanto, a normas de dereito público e tamén de dereito privado especialmente en materia laboral”*. Vid. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

Polas competencias habilitadas polo lexislador ao FONAFE, todas elas recoñecidas no artigo 3 da Lei n. 27170 e outras espalladas ao longo do sinalado Decreto legislativo n. 1031 e o seu regulamento aprobado polo Decreto supremo n. 176-2010-EF (tales como a selección e aprobación dos directores que ingresan a dirixir estes suxeitos, ou o uso e distribución dos seus recursos monetarios), é evidente que este *holding público* cumprirá un papel de dirección e un rol xerárquico exclusivamente aplicado sobre o conxunto das denominadas empresas estatais postas baixo o seu ámbito de control. É máis, pode considerarse esta organización administrativa como representante do ou dos accionistas (os ministerios pertinentes do Poder Executivo) ante estas compañías públicas, a través do exercicio *“da titularidade das accións representativas do capital social de todas as empresas, creadas ou por crearse, en que participa o Estado”* (ver o apartado c do artigo 3 da Lei n. 27170).

Non obstante, estas condicións non disolven as distintas naturezas entre estes dous suxeitos de dereito, con personalidades (e capacidades) diferenciadas. Por un lado, unha Administración pública sometida primariamente ao réxime xurídico-administrativo; por outro, un conxunto de empresas públicas de titularidade do FONAFE, que deben responder por unha xestión económica realizada nun determinado sector, sendo estas últimas cabais sociedades mercantís. Polo tanto, se se quere, o lexislador dotou de diversas competencias de ordenación, control ou verificación *ex post* (de contido non normativo) e regulamentarias, recaídas sobre actuacións futuras das empresas do Estado. Todas van destinadas a que o FONAFE poida cumprir co seu obxectivo de conducir *“a actividade empresarial do Estado”*.

En suma, este traballo é bastante modesto no seu obxecto, pois concéntrase en responder as bases e o concepto da técnica, sen mirar aos costados e ás ramificacións da extensa problemática xurídica que actualmente aparece tras as empresas públicas.

## II

Sempre é bo acudir ao pasado para explicar certas cuestións de fundamentación dunha técnica xurídica. Nesta sección quixera mostrar certos datos sobre o enlace entre unha negada subsidiariedade social, o réxime constitucional económico e o uso das empresas públicas durante o período posterior á reinstauración da democracia e o Estado de dereito no país (durante as dúas últimas décadas do século pasado). Este período estivo rexido pola Constitución de 1979 e foi un dos períodos máis convulsos, tenebrosos e escuros da nosa historia republicana (marcada pola peor crise económica que puidese experimentar un país suramericano, un galopante terrorismo e outros efectos propios de descomposición social e institucional).

Así, o articulado da antiga Constitución de 1979 non era de todo harmonioso, aparecendo, en concreto, unhas regras constitucionais económicas diverxentes e pouco claras que mesturaban figuras tan disímiles como descoñecidas para o noso dereito, tales como o mantemento da igualdade entre a iniciativa pública e a privada, a coexistencia de diversas modalidades de propiedade, pero facendo especial fincapé no cooperativismo, a libre iniciativa privada unida á participación excluínte do Estado ou dos cidadáns peruanos a través da reserva legal de sectores e actividades produtivas (se se quere, neste último punto apareceu unha estraña *publicatio* que permitía a transferencia da inicial titularidade pública nun ámbito específico a grupos empresariais conformados por peruanos de orixe).

Estas normas constitucionais parece que foron feitas para contentar todos os grupos políticos da antiga Asemblea Constituínte<sup>6</sup>, con moi pouca marxe de manobra e sen o debido tempo dada a habilitación que lle cedera o Goberno Revolucionario da época<sup>7</sup>. Esta falta dunha

---

6 Isto demostra o diario de debates da época. As diversas intervencións de relevantes constituíntes demostran que non entendían ben o que se discutía sobre as institucións constitucionais a seren incorporadas no réxime económico, outorgándolles categorías e efectos que non se axustan coas súas respectivas naturezas xurídicas, salvo excepcións puntuais. É máis, moitas das catro institucións principais que foron copiadas mecanicamente doutras constitucións da época apareceron sen analizarse ben a noción, o contexto e a tradición existentes nos países de recollida.

Así, pode citarse o dito do representante da esquerda D. VÉLIZ cando afirma que “o capítulo do réxime económico, lamentablemente, vemos que está totalmente influenciado polo neoliberalismo e isto significa que van existir trabas ao proceso de transformación. Sen ofender a ningún (...) parece que este capítulo o redactasen os membros da nova oligarquía (...) porque a maioría dos artigos os favorecer”. Pero máis estremecedora é a lectura da participación do socialcristián D. ALAYZA GRUNDY: “neste capítulo do réxime económico, establecemos catro institucións fundamentais para que sobre esas bases poida funcionar unha economía que sexa simultaneamente libre e orientada. Dúas institucións son esencialmente de ordenamento, a planificación democrática e o mercado (...) E creamos dúas institucións esenciais para a promoción da actividade económica, o pluralismo e a iniciativa privada libre”. Ver o diario de debates da Constitución de 1979 no seguinte enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/AsamConst/TomoCompletoAsamblea/TomoV.pdf>. Última revisión recollida 21/02/2017.

Debe agregarse que na doutrina peruana se recoñeceron estas mesturas encontradas de institucións económicas e xurídicas principalmente en OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 672-673. Logo estas mesmas cuestións foron asumidas integramente para explicar a antiga Constitución económica de 1979 e un implícito desgusto polo cambio a un “modelo económico neoliberal” que puña “de relevo a existencia dun compoñente constitucional de fondo significado social”. Esta tese última foi presentada polo profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la constitución de 1993”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994, p. 37.

7 Non debe esquecerse que os militares que gobernaron durante a segunda parte da ditadura do Goberno Revolucionario estableceron que a Asemblea Constituínte de 1978 tiña como “exclusiva finalidade a dación da nova Constitución política do Estado, a cal contera esencialmente, entre outras, as disposicións que institucionalicen as transformacións estruturais que vén levando a cabo o Goberno Revo-

orde sistémica mínima<sup>8</sup> acabou xerando, segundo o razoamento axeitado de KRESALJA, unha intervención empresarial pública na economía como nunca antes se coñecera na nosa realidade, a cal podía practicarse “*mediante a planificación e a creación e funcionamento de empresas públicas, reservándose actividades con carácter eventualmente monopolístico, e tamén sancionando prácticas anticompetitivas*”<sup>9</sup>.

Entón, inmediatamente xurdiu nos anos comprendidos entre a década dos oitenta e inicios dos noventa un innegable protagonismo prestacional e empresarial público que acompañou e marcou unha das etapas políticas, económicas e sociais máis funestas da nosa historia. Moitos destes resultados económicos, promovidos e obtidos polos dous gobernos democráticos seguintes, foron tratados nalgunha doutrina xurídica e, malia o paso do tempo, aparecen como antecedentes dun evidente desprestixio que aínda se mantén sobre a técnica das empresas públicas<sup>10</sup>.

Polo dito, cando se compara a Constitución de 1979 e a actual Carta constitucional, a pesar de que recoñecen e sosteñen un réxime económico baseado no eixe da economía social de mercado (polo menos polo explícito recoñecemento deste instituto), o certo é que a vixente si deseñou unha orde mínima co obxectivo de darlle elementos de expansión á primacía da persoa e ás organizacións intermedias creadas por esta (mediante diferentes formas de persoas xurídicas). En sentido contrario, a comentada Constitución de 1979 establecía que o Estado exercía a súa directa actividade empresarial co fin de promover a economía do país, prestar servizos públicos e alcanzar os obxectivos de desenvolvemento, sen que exista reserva de lei para formular a utilización casuística da empresa pública. Ademais, o artigo 114 desta Constitución sinalaba que, por causa de interese social ou seguridade nacional, a lei podía reservar para o Estado actividades produtivas ou de servizo, así como establecer reservas das ditas actividades en favor dos peruanos (pero contraditoriamente prohibindo os monopolios privados)<sup>11</sup>.

Noutras palabras, as creacións de empresas públicas atopaban sustentos en diversos aspectos heteroxéneos, sen máis restricións que fundamentarse no interese social ou na seguridade nacional, mesmo coa posibilidade de establecer e aparecer protexidas tras monopolios legais que segmentaban e favorecían o desenvolvemento destas actuacións a favor destes suxeitos económicos, aínda que se pretendería logo encubrir estas evidentes vantaxes tras

---

*lucionario da Forza Armada*” (ver o artigo 2 do Decreto lei n. 21949), e outorgáronlle un tempo moi limitado para exercer funcións entre a súa instalación do 28 de xullo de 1978 e a súa conclusión de “*funcións na primeira quincena de xullo de 1979*” (ver o artigo 3 do citado Decreto lei n. 21949).

- 8 Sobre este caos xerado desde a Constitución de 1979, deben recordarse as atinadas palabras do profesor español L. LÓPEZ RODÓ, as cales permiten xustificar a imposibilidade de reunir nunha mesma carta constitucional a institucións de sentidos e visións políticas opostas. Ao respecto, é que “*en contraste coa prolidade dos textos constitucionais de inspiración marxista relativos ao modelo económico, as constitucións do mundo occidental son moi parcas e limitanse a consagrar a propiedade e a iniciativa privada*”. Vid. LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, Vol. Col. *Administración y Constitución*, Servizo Central de Publicacións da Presidencia do Goberno, Madrid, 1981, p. 443.
- 9 Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010, p. 103.
- 10 Sobre este punto, un dato interesante é o recollido por KRESALJA, autor nacional que amargamente recoñece as “*graves ineficiencias das numerosas empresas públicas que xeraban o 20 % do PBI, comprometeron o desenvolvemento da economía e contribuíron a unha severísima crise política e económica*”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., p. 71.
- 11 Esta prohibición de monopolios privados do artigo 133 da Constitución de 1979 aparece recoñecido e conceptualizado por OCHOA CARDICH, C., *Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, cit., pp. 613 e ss.

declaracións legislativas vagas ou conceptos xurídicos indeterminados (como por exemplo a relativa “*reserva exclusiva de sectores económicos*” prevista no artigo 4 da Lei n. 24948).

Nese sentido, basta lembrar só algunhas normas legais de actividade empresarial do Estado dos anos oitenta que, con dose de irresponsabilidade financeira, sen asumir unha forzosa despartidarización e cunha evidente falta de razóns xurídico-administrativas medianamente recoñecibles, permitían que, por exemplo, o Estado puidese impulsar, montar e operar unha fábrica de cemento, a través da empresa estatal Corporación Departamental de Desenvolvemento do Cuzco, permitíndose a inmediata “*transferencia de recursos humanos, materiais e financeiros necesarios*” (ver o artigo 2 da Lei n. 24876).

Outra mostra do diverso e desordenado que era o protagonismo público é o ámbito obxectivo preceptuado polo artigo 4 da Lei n. 24948, que permitía a participación empresarial en sectores tan disímiles, de distinta complexidade e riscos económicos como: “*a exploración, extracción, transformación e comercialización dos recursos naturais estratéxicos (...) Na produción de bens e servizos vinculados directamente á defensa nacional (...) Na provisión de servizos públicos e culturais (...) Na comercialización de alimentos básicos para o consumo popular (...) Na actividade financeira e de seguros (...) Comercio exterior de bens e servizos de gran significación económica (...) Consultoría e enxeñaría de alta especialización*”.

Polo manifestado, non se pode entender o longo e continuado cambio económico e social acontecido no Perú sen ter en conta os caracteres da antiga economía social de mercado que describín, a mesma que se sostiña nunha tenue e básica subsidiariedade, nesgada tras un uso errático e partidarizado das empresas públicas, pero que aparecía desenvolvida sobre os ombros da imprecisión para permitir a súa práctica “*segundo o resultado das urnas e consecución do partido ou ideoloxía gobernante (...) tanto polos defensores de pór o acento na idea de liberdade económica como polos partidarios de estender a área de actuación do Estado ou da colectivización dos medios de produción baseándose nun suposto interese de carácter xeral ou social*”<sup>12</sup>.

### III

A historia avanzou e en poucos anos o Perú tivo unha nova Constitución. Así, a historia sitúanos bastante pronto ante un Congreso Constituínte Democrático que se encargou de preparar a Carta magna vixente. Esta asemblea instalada en decembro de 1992, logo do autogolpe de Estado promovido polo ex-presidente A. Fujimori, tivo un tratamento e un debate bastante limitado do principio de subsidiariedade, xa que case nin é mencionada ao longo de cada unha das exposicións, réplicas e dúPLICAS dos constituíntes, aparecendo máis ben implicitamente recoñecido, sen o seu nome, pero con certas liñas xurídicas básicas a través de participacións efectistas que buscaban atacar o serio problema económico e a xestión das empresas públicas creadas nos difícilísimos anos oitenta<sup>13</sup>. É máis, como farei notar nas

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

13 Como ben recoñece o profesor KRESALJA, a norma de restrición da intervención empresarial pública contida no artigo 60 da CP constituíu “o núcleo do debate sobre o principio de subsidiariedade”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., p. 97. Pola gran cantidade de tinta usada para comentar esta específica norma constitucional, a favor e en contra, desde distintos ámbitos e ciencias, é polo que segue crendo (ata agora) que esta é o eixe do principio de subsidiariedade e un produto “neoliberal”. Non obstante, esta forma de exame do instituto é un medio de diminución dun principio que é diametralmente distinto e con outras raíces históricas.

próximas liñas, moitas das intervencións e debates de textos que logo foron incluídos no réxime económico de Constitución cóanse entre os extremos de formulala con máis forza ou combater abertamente a intensidade da corrente neoliberalista que chegaba ao país<sup>14</sup>.

Cómpre adiantar un par de consideracións que son bastante aceptadas pola doutrina sobre o texto constitucional vixente<sup>15</sup>. En xeral, a actual Constitución tomou moito do articulado da súa antecesora, concentrando boa parte das súas reformas totais e parciais en diversas disposicións que permitían a intervención do Estado en modos empresariais e prestacionais directos e inmediatos na economía e na sociedade mesma<sup>16</sup>. Esta mecánica pragmática dos constituíntes recolleu –case sen mencionala– unha perspectiva estendida e máis substancial do principio de subsidiariedade nas súas dúas versións (social e territorial), acompañado doutras figuras que trataban de concretar maiores liberdades de contido económico (e o propio principio *pro libertate*). Neste último punto, case configurada como unha aposta polo descoñecido (e non estudado), radica un dos determinantes cambios no réxime económico da Constitución fronte á súa inmediata antecesora.

En todas as cuestións formuladas ao longo do debate do Congreso Constituínte Democrático se chegou á conclusión final de que a actuación empresarial estatal (pública) non debía ser nin directa nin “libre” nun determinado mercado ou sector. Así, a subsidiariedade social prohibitiva impúxose e quedou marcada como a principal variante do principio (e unha forma de ligazón formulou que esta actividade se poderá realizar sempre e cando se cumplan tres requisitos taxativos e obrigatorios, todos desprendidos do artigo 60 da Constitución e da lexislación de desenvolvemento, a saber:

(i) Que a realización da actividade empresarial de titularidade pública se atope autorizada por norma legal expresa aprobada polo Congreso da República, precaución formal que foi expresamente recollida polo noso Tribunal Constitucional como o establecemento dunha estraña “*reserva de lei absoluta*”<sup>17</sup> (é máis un mecanismo para impedir a promulgación e a publicación doutros tipos de normas legais habilitantes a cargo do Poder Executivo, como os decretos legislativos ou os decretos de urxencia, ou, mesmo, as ordenanzas rexionais ou municipais que se atopan nas competencias propias dos concellos municipais ou rexionais). Nese sentido, este requisito foi expresamente ratificado polo lexislador no artigo 3 do Decreto legislativo n. 1031 nos seguintes termos: “*A actividade empresarial do Estado desenvólvese en forma subsidiaria, autorizada pola Lei do Congreso da República (...), en calquera sector económico*”.

14 Como ben expresa o profesor HAKANSSON, no Perú nunca existiu unha “*Constitución histórica*”. Por iso a CP foi produto da conxuntura (tanto como a Constitución de 1979). Isto maniféstase en que “*as disposicións do réxime económico na Constitución de 1993 (...) están redactadas conforme unha ideoloxía neoliberal, pero que hoxe en día poderían discutirse nalgúns Estados do primeiro mundo*”. Vid. HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012, p. 67.

15 Por todos, véxase FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”, cit., pp. 29-31.

16 Polo afirmado, resulta correcto que a “*parte económica da Constitución (...) é a que maior transformación tivo en todo o texto de 1993 en relación coas Cartas anteriores*”. Vid. RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999, pp. 192-193.

17 STCP, ditada no Exp. n. 0034-2004-PA/TC, do 13 de abril de 2007, F.X. 11. De xeito fundamentado, aínda que non comparto a súa posición, o profesor CHANG sinala que “*non só o Congreso ten potestade para crear empresas públicas, senón que tamén os gobernos rexionais (...) Isto implica que o Parlamento só pode crear empresas de carácter nacional, mentres que os gobernos rexionais o poden facer no seu ámbito*”. Vid. CHANG CHUYES, G., “La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-indecopi”, *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015, p. 151.

(ii) Que a intervención empresarial pública se realice nun sector económico ou social (non soamente mercado) nos cales exista unha ausencia total ou insuficiencia de privados que permita atender toda a demanda existente entre os cidadáns, considerándose estes como datos de motivación que deberán ser asumidos e expresado polo lexislador no contido e na exposición de motivos da concreta norma legal habilitante. Isto foi recoñecido polo Tribunal Administrativo de Defensa da Competencia como o "*recoñecemento da existencia dunha función supletoria do Estado ante as imperfeccións ou omisións dos axentes económicos, a prol do ben común*"<sup>18</sup>. Ademais, en idénticos termos aos presentados polo artigo 60 da Constitución, pódese revisar o texto do citado artigo 3 do Decreto legislativo n. 1031.

É máis, segundo unha situación que pode considerarse como extralimitada para o exercicio das potestades administrativas decisorias e de resolución de recursos administrativos, este requisito propio da xustificación foi instrumentalizado polo Tribunal Administrativo de Defensa da Competencia do INDECOPI<sup>19</sup> mediante unha metodoloxía de investigación e estudo de corte económico que busca probar, ante as deficiencias e aberto esquecemento da lexislación de defensa da competencia, "*se a empresa ou entidade estatal cumpre un rol subsidiario á actividade privada*"<sup>20</sup>, e, en segunda orde, "*cal é a oferta privada dispoñible*"<sup>21</sup>.

(iii) Que o obxectivo que se pretenda satisfacer ou salvagardar sexa un "*alto interese público ou unha manifesta conveniencia nacional*", posibilidades de corte finalista que deberán conectarse cos motivos de xustificación e, como non, aparecer no debate parlamentario, debendo ser a continuación colocadas na exposición de motivos e na específica norma legal habilitante aprobada polo Congreso da República. Neste punto estou de acordo co expresado por KRESALJA, en canto a que esta precaución ten carácter "*non só político, senón tamén técnico, sobre o que as forzas políticas aí representadas deberán opinar, máis aínda cando se trata de conceptos xurídicos indeterminados*"<sup>22</sup>.

Está claro que ambas as dúas cláusulas do artigo 60 da Constitución son aspectos que requiren dunha avaliación exclusiva do que posúe a condición de ser o froito directo do principio de representación, non sendo posible que ningún outro poder público se atope capacitado constitucionalmente para adoptar esta decisión. Máis aínda, o lexislador reservou para si esta decisión de xeito expreso coa forma excluínte da norma legal de habilitación preceptuada no noso ordenamento vixente (só por "*Lei do Congreso da República e sustentada en razón*

---

18 STCP, ditada no Exp. n. 7339-2006-PA/TC, do 13 de abril de 2007, F.X. 11.

19 O Instituto Nacional de Defensa da Competencia e da Protección da Propiedade Intelectual (INDECOPI) foi creado en novembro de 1992 mediante o Decreto lei n. 25868. Actualmente é considerado unha das organizacións administrativas máis importantes e reputadas no mantemento e correcto funcionamento da nosa economía social de mercado.

20 Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 82.

21 Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 83. Sobre esta metodoloxía económica, aínda que pode ser unha importante achega para tratar de comprobar a falta parcial ou ausencia de privados en sectores específicos, aprobado como un suposto "precedente administrativo de alcance xeral" e produto do Tribunal Administrativo máis respectado dentro e fóra do país, non deixa de ser un motivo máis dun acto administrativo resolutivo. Polo tanto, nin pode ser imposto ao lexislador como se pretende coar entre liñas (ver os numerals 80 e 81), nin tampouco pode ser sobrevalorado dentro do noso sistema de fontes (a xurisprudencia ordinaria e constitucional podería dar lugar a un cambio de sentido ou mesmo ao completo descarte da metodoloxía). Finalmente, aínda que non é este o traballo ideal, debo dicir que teño serias dúbidas en canto á existencia dunha potestade discrecional para aprobar este tipo de métodos, alleos á discusión formulada polo correspondente recurso administrativo, posto que este órgano conta só coas competencias entregadas polo lexislador para "*revisar en segunda e última instancia os actos impugnables emitidos pola Comisión ou a Secretaría Técnica*" e, no réxime sancionador de represión contra a competencia desleal, para "*actuar medios probatorios que permitan esclarecer os feitos imputados a título de infracción*", entre outras potestades de instrución ligadas ás dúas citadas e espalladas nalgunhas normas diversas (ver principalmente o artigo 27 do Decreto legislativo n. 1044).

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



do alto interese público ou manifesta conveniencia nacional", segundo os termos do artigo 3 do Decreto legislativo n. 1031).

Finalmente, na mesma liña o Tribunal Administrativo de Defensa da Competencia do INDECOPI recoñeceu expresamente –como non podía ser doutro xeito– que o "*Congreso da República é o único (...) lexitimado para avaliar a oportunidade da intervención empresarial. En efecto, só o parlamento que posúe a representación de todos os sectores da sociedade pode –a través do consenso ao que deben arribar todas as forzas políticas para expedir a necesaria lei autoritativa que habilita a actividade– lograr a expresión máis xenuína e representativa do interese da comunidade*"<sup>23</sup>.

Como peche de todo o anteriormente explicado, debe quedar claro que a subsidiariedade horizontal ten un amplo ámbito obxectivo, presentando sempre nun lugar estelar a prioritaria revalorización da persoa, os seus dereitos e impulso en calquera campo da realidade, importancia guiada sempre pola idea de que non resulta "*lícito quitarlles aos individuos e traspasarlle á comunidade o que eles poden realizar co seu propio esforzo e iniciativa*"<sup>24</sup>. Ademais, esta colocación protagónica das persoas leva aparelada e conéctase cun grupo de variantes da propia figura que, desde o recoñecemento constitucional, se presentan compostas por unha serie de dereitos constitucionais ineludibles, mandatos de corte positivo e negativo e subprincipios (como o *pro libertate* e o pé de igualdade). Todas estas variantes convértense en parte da bagaxe da subsidiariedade horizontal e en auténticos medios para servir á supremacía das persoas prevista no artigo 1 da Constitución.

Por outra banda, a Constitución tamén previu un subprincipio da subsidiariedade social que aparece expresamente recollido no sinalado artigo 60, o cal ten impacto directo sobre as actuacións permanentes das empresas públicas. Este é o chamado *de pé de igualdade* entre as intervencións empresariais efectuadas polos privados e as xestionadas (de xeito subsidiario) polas organizacións administrativas ou empresas públicas de diversa índole<sup>25</sup>. Sobre o particular, este parco texto constitucional sinala o seguinte:

*"A actividade empresarial, pública ou non pública, recibe o mesmo tratamento legal"*.

Logo, o propio lexislador declarou no artigo 7 do Decreto legislativo n. 757 a reafirmación deste subprincipio e as distancias conceptuais evidentes entre as organizacións administrativas e as empresas públicas nos seguintes termos: "*cando unha mesma actividade económica é realizada polo Estado e por empresas privadas, iguais condicións son aplicables a ambos os dous. En ningún caso se outorgará ás empresas do Estado atribucións de imperio ou*

23 Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 124.

24 ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interese xeral. Leccións retrospectivas, das que algo se pode aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 158.

25 Esta diferenciación entre actividade, organización administrativa e empresa pública aparece claramente recollida no apartado 14.3 do Decreto legislativo n. 1044 e na visión económica que recolle maioritariamente o TADC do INDECOPI, órgano administrativo resolutivo que sinalou "*que non importa cal sexa a forma xurídica que adopte a entidade que presta os bens e servizos. Isto é, a actividade empresarial non é privativa das denominadas empresas públicas, pois mesmo unha entidade estatal pode desempeñar algún tipo de actividade comercial. Basta con corroborar que o Estado, a través de calquera tipo de organización, é o titular da xestión do medio de produción e prové directamente un ben que satisfai os consumidores*". Vid. Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 50. Non obstante, a pesar destes datos, creo que existe unha explicación xurídico-administrativa abandonada por este Tribunal Administrativo e a propia lexislación nos intentos por explicar a actividade empresarial estatal. Esta é que no noso país aínda seguimos recoñecendo as chamadas empresas do Estado de dereito público que aparecerían claramente exemplificadas nos citados FONAFE e no Banco da Nación. Ao respecto, véxanse as explicacións brindadas polo profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

*propias da Administración pública, con excepción das facultades que o Estado delegue para a cobranza coactiva de tributos”.*

Os anos posteriores non foron moi favorables para esta figura. Así, o tratamento paritario que formulou de xeito directo o Constituínte e a anterior declaración legal foron amplamente afectados pola posterior lexislación sectorial da actividade empresarial do Estado, presentando unha idea distorsionada da igualdade pretendida desde a Constitución, xa que non é posible, na actualidade, empregar os mesmos réximes xurídicos para os destinatarios desta norma constitucional. En calquera caso, o que máis primou en épocas posteriores á promulgación da vixente Carta magna é unha desigualdade de distinta intensidade que, malia que ontolóxica e con algunhas xustificacións, se distancia irracionalmente para as empresas públicas (estatais) e os suxeitos empresariais privados fóra das regras naturais do mercado e o propio dereito privado, mesmo con certas previsións que determinarían a posible derogación implícita do mencionado artigo 7 do Decreto legislativo n. 757.

No mesmo sentido, e seguindo o reconto feito por ABRUÑA, existiron varias normas contidas na antiga Lei n. 24948 que lles outorgaron ás empresas estatais directos *“privilexios, como gratuidade e exoneración de todo tributo, dereito, arancel ou taxa nas transferencias de accións e activos fixos (...) inembargabilidade das accións; e (...) con lei previa de delegación, podían contar coa posibilidade de exercer facultades coactivas (...) e ser axentes de percepción ou retención de tributos”*<sup>26</sup>. Isto, na actualidade foi atenuado e existe unha clara tendencia a privatizar o réxime da actividade empresarial do Estado para a maioría destes suxeitos, co fin de achegar a lexislación sectorial á mencionada cláusula constitucional (aparecendo claras alusións a normas societarias por varios fragmentos).

Pero, en detrimento destes intentos últimos, mantéñense certas cuestións tales como a delegación legal de certas potestades administrativas de autoorganización ligadas á implantación de *“plans estratéxicos e nas metas establecidas nos seus programas e orzamentos anuais”* aplicados desde o *holding* público chamado FONAFE ou as súas entidades administrativas accionistas (ver o apartado 5.2 do Decreto legislativo n. 1031), a irracional aplicación de regras de contratación estatal (ver o apartado g do artigo 3 da Lei n. 30225), ou por último o exercicio tamén delegado de potestades para vincularse *“cos sistemas administrativos do Estado”* (ver o artigo 1 do Decreto legislativo n. 1031)<sup>27</sup>.

---

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

27 A delegación de potestades administrativas a favor de empresas públicas (de forma xurídico-privada) segue sendo un problema serio e por resolver no noso dereito administrativo. En xeral, considero que debería extirparse esta posibilidade, co fin de que non existan distorsións na intervención empresarial pública, permitindo que as empresas estatais e municipais se comporten como axentes de mercado, con riscos propios e xurdan sobre os seus obxectivos outros tipos de controis. Se pretendemos manter un aparato concreto e pequeno de empresas públicas, debemos asumir que é produto da redución do dereito administrativo, na cal non cabe entregar potestades públicas a estes suxeitos de personalidade xurídico-privada, posto que as posicionarían nunha situación non igualitaria fronte aos seus competidores ou pares privados (en sentido positivo ou negativo). É máis, estas fórmulas de delegación distorsionan o concepto de Administración pública no noso dereito, aparecendo estrañas nocións na nosa LPAX ou nas propias normas de contratacións do Estado (como a consideración de entidades administrativas recalcadas sobre as *“persoas xurídicas baixo o réxime privado que prestan servizos públicos ou exerzan función administrativa en virtude de concesión, delegación ou autorización do Estado”* prevista no apartado 1.8 do título preliminar da LPAX). Neste punto, comparto a posición mantida pola profesora española CHINCHILLA, desde a perspectiva comunitaria, en canto que non poden cualificarse *“como poderes públicos as entidades do sector público que adoptan forma e natureza privada (as sociedades mercantís ou as fundacións), simplemente porque non o son; e non o son, precisamente, porque non exercen potestades, por máis que recentemente as leis recoñecesen, como asumindo unha anomalía que, como tal, non debería ter consagración legal, que pode haber sociedades mercantís que exerzan potestades públicas”*. Vid. CHINCHILLA MARÍN, M.A., *“El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”*, *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016, p. 373.

## IV

Fronte a este panorama de desorde respecto á noción de empresas públicas, particularmente na formulación correcta do seu réxime aplicable e as relacións que deben manter no mercado (especialmente con outros operadores), vale un intento de reconstrución para mostrar o valor e a vinculatoriedade deste segundo e abandonado subprincipio de *igualdade de trato* contido no artigo 60 da Constitución.

Ao respecto, e así considero que aparece recoñecido expresamente nos artigos 3 e 4 do Decreto legislativo n. 1031 e o apartado f do artigo 1 do Decreto supremo n. 176-2010-EF), camiñamos directamente e sen sabelo cara á instauración dunha definición *funcional* desta técnica, cuestión en que nos parecemos moito á tendencia do dereito comunitario iniciada en 1980 coa Directiva 80/723 (a famosa “Directiva transparencia”<sup>28</sup>.), aprobada para mellorar a competencia e a “*transparencia das relacións financeiras*” entre as organizacións do poder público dos Estados membros e os suxeitos económicos creados polos primeiros.

Neste punto, e directamente relacionado coa noción funcional nosa, non debemos esquecer que as empresas públicas se atopan por enriba dos seus “*réximes particulares*”<sup>29</sup> e mesmo das súas propias configuracións ou relacións de dependencia coas entidades administrativas. A resposta para catalogar unha organización como empresa pública é máis casuística e económica. Polo tanto, na súa identificación e correcta xuridificación, só cabe determinar que os “*poderes públicos, usando ou non entes instrumentais personificados, interveñen no mercado libre competindo coas empresas privadas. Non sempre estas operacións se fan utilizando a fórmula da sociedade mercantil, senón de organismos públicos sometidos a réximes distintos, mesmo de dereito público, que actúan no tráfico cos mesmos obxectivos das empresas*”<sup>30</sup>.

A partir do indicado, na cualificación dunha empresa pública (estatal, municipal, de capital mixto), non importa a personalidade que teña e o réxime aplicable, pois sempre será un mecanismo de intervención orgánica das administracións públicas aplicada para brindar directamente servizos e prestacións a favor de usuarios ou consumidores dentro de sectores do mercado, o cal se xustifica en diversas e xa comentadas razóns de utilidade pública ou interese xeral. En suma, o importante é que, aínda que a empresa pública apareza como un novo suxeito con personalidade xurídica diferenciada, e en moitos casos adscrita e rexida polo sistema xurídico-privado, esta é sempre dependente, enormemente influída ou controlada por unha organización administrativa (sexa pola súa propia creadora ou por algunha outra encargada especificamente polo ordenamento, tal como sucede no país co FONAFE ou a

28 O artigo 2 desta norma comunitaria definía as empresas públicas como “*calquera empresa en que os poderes públicos poidan exercer, directa ou indirectamente, unha influencia dominante en razón da propiedade, da participación financeira ou das normas que a rexen. Presúmese que hai influencia dominante cando os poderes públicos, directa ou indirectamente, e respecto da empresa:*

- a) *posúen a maioría do capital subscrito da empresa, ou*
- b) *dispoñen da maioría dos votos inherentes ás participacións emitidas pola empresa, ou*
- c) *poden designar máis da metade dos membros do órgano de administración, de dirección ou de vixilancia da empresa”.*

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

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

Caixa Militar-Policía<sup>31</sup>). En suma, como ben sintetizou MARTÍN MATEO, as empresas públicas son “organizacións económicas de control público”<sup>32</sup>.

Entón, cando un operador se atope fronte a unha empresa pública, non pode pretender rebater a titularidade, ou a influencia dominante, ou os controis públicos exercidos polas entidades administrativas competentes; máis ben ten que asumir que calquera destes criterios son indispensables para definir a correcta configuración e aparición desta técnica no caso concreto. Como corresponde, ambos os dous elementos de creación, constitución e de permanencia (existencia) da empresa pública quedarán marcados de arriba a abaixo polo dereito administrativo (con leis concretas e habilitantes que marcan este camiño), manifestándose nunha serie de relacións xurídico-administrativas de carácter interno que se presentan entre as organizacións administrativas matrices e os suxeitos económicos creados. Isto último sería o denominado *núcleo duro* de dereito administrativo que resulta irrefragable ante a aparición xurídica das chamadas empresas públicas (estatais ou municipais)<sup>33</sup>.

Non obstante, e isto é algo que perdemos de vista de cara á igualdade de tratamento xurídico coas actuacións e empresas privadas, a descrita participación empresarial pública sempre deberá someterse ás regras de mercado, sendo o dereito privado o que prime no desenvolvemento do seu obxecto social e onde corresponda adicionalmente (as relacións cos seus provedores, a propia autoorganización e nas relacións con outras empresas), xa que baixo estes supostos (que non son poucos) deberá existir un necesario discernimento e flexibilización fronte a esta ciencia xurídica, co fin de outorgarlle unha autonomía de xestión necesaria, aceptacións claras de riscos de mercado e ser considerada un axente económico máis<sup>34</sup>.

---

31 A Caixa Militar-Policía constitúe unha entidade administrativa capaz de exercer un conxunto de potestades administrativas, próxima en fisonomía ao FONAFE e ao Banco da Nación, pero con determinadas características particulares preceptuadas no seu réxime estatutario. Considero que a definición desta organización administrativa é un pouco complexa, na medida en que, sen deixar de ser unha entidade da Administración pública tradicionalmente coñecida, realiza bastantes actividades de administración e xestión económica, isto último sempre con fins pensionarios a favor do persoal militar e policial do país. Nese sentido, de conformidade co artigo 1 do Decreto lei n. 21021, esta entidade administrativa vén dotada de personalidade xurídico-pública interna, é dicir, pode actuar por si mesma sendo capaz de adquirir dereitos e contraer obrigas, e evidentemente ser un centro de imputación xurídica, sen prexuízo de ter un conxunto de persoas e medios materiais adscritos cara a fins diversos, directamente outorgados ou permitidos polo lexislador.

En segundo lugar, a partir do seu grande eixe de actuación (a Administración pensionaria), realiza unha serie de operacións económicas con contraprestación, tal como se pode desprender do artigo 2 do regulamento do Decreto lei n. 21021, aprobado mediante o Decreto supremo n. 005-75-CCFA, segundo os seguintes termos: i) Administrar o réxime de pagamento das pensións e compensacións dos seus membros, de conformidade co establecido no Decreto lei n. 19846, ii) Administrar os recursos da Caixa coa finalidade de incrementalos; e, iii) Administrar outros fondos e prestar outros servizos que sexan aprobados por decreto supremo, referendado conxuntamente polos ministros de Guerra, de Mariña, de Aeronáutica e do Interior (actualmente, Ministerio de Defensa e do Interior).

Así mesmo, pódese desprender do artigo 33 do Decreto lei n. 21021 que esta entidade realiza especificamente actividades financeiras e bolsistas, na medida en que constitúen recursos da Caixa certo tipo de rendementos obtidos das seguintes actuacións: “f) O rendemento dos seus investimentos; g) Os xuros das súas colocacións financeiras e doutras operacións”.

Ademais, o artigo 36 da mesma norma establece que “a caixa utilizará os seus recursos despois de cumprir as súas prestacións e gastos administrativos, en investimentos que aseguren unha rendibilidade (...)”. De conformidade coa súa política de investimentos, esta entidade administrativa ten algunhas empresas da súa propiedade en diversos eidos (inmobiliario, almacenista hoteleiro e bancario). Está claro que estas últimas encaixan directamente na noción funcional que se vén formulando neste traballo. En calquera caso, as empresas da Caixa susténtase no obxectivo institucional de “lograr a maior rendibilidade posible dentro dun marco de seguridade e reducido nivel de risco que garanta unha pensión digna para os seus afiliados (...) pondo en práctica criterios financeiros de diversificación e unha análise profunda das diferentes alternativas de investimento no mercado peruano de capitais”.

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

33 Vid. MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, cit., p. 372. No dereito peruano, esta posición foi asumida polo desaparecido profesor A. CÉSPEDES, asumindo así o valor substancial destas notas definitorias das empresas públicas. Vid. CÉSPEDES ZAVALA, A., “Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 65-66.

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

De novo, o principio de pé de igualdade xera *equilibrio*, non debendo exaxerarse a extensión do núcleo duro ou esencial do dereito administrativo na lexislación pertinente das empresas públicas, ao ser esta unha situación que suporía a ruptura da constitucional igualdade do trato, a desnaturalización desta técnica e, sen dúbida, unha posible ameaza á posición de primacía da que gozan as persoas naturais e xurídicas en todo emprendemento empresarial. En segundo lugar, a clave de reconstrución tamén supón asumir o dereito privado “*como dereito xeral do tráfico económico*”<sup>35</sup>, que proporciona a toda organización administrativa que controla unha empresa pública a necesaria “*capacidade de conexión das súas accións co mercado e coa actividade dos seus interlocutores privados*”<sup>36</sup>. Por iso, como pedra de toque, a lexislación sectorial ten que cambiar en moitos fragmentos, eliminando toda referencia secundaria ou supletoria do dereito privado respecto de ámbitos non ligados ao acoutado núcleo duro de dereito administrativo<sup>37</sup>.

## V

Como adiantei liñas atrás, a nota definitoria das empresas públicas é o *control público* ao que sempre se atopan sometidas, o mesmo que é exercido por unha organización administrativa e pode manifestarse de diversas maneiras (sobre a organización en xeral, nos órganos de goberno, na propia xestión, na actividade interna, na toma de decisións da empresa, mediante a chamada “*acción ouro*”<sup>38</sup>). Agora ben, este control, influencia ou dependencia pública dominante poden ser directos ou indirectos (mesmo se poden materializar mediante un suxeito distinto á organización administrativa, é dicir, podería aparecer unha empresa pública que controla a outra<sup>39</sup>). En consecuencia, o elemento en cuestión sempre debe ser entendido de xeito extenso como un fenómeno que limita a autonomía e a xestión empresarial a través da intervención da Administración pública.

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

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

37 O afirmado na última parte do parágrafo final suporía tamén un radical cambio de sentido na normatividade infralegal da actividade empresarial pública. Propoño un exemplo para entender mellor a formulación. O réxime de control público exercido polo *holding* estatal FONAFE que se practica sobre as denominadas empresas do Estado (todas elas configuradas como sociedades mercantís) lévase a cabo en paralelo coa aplicación do dereito privado, usado sobre as xestións xerais e actividades de mercado practicadas por estes últimos suxeitos. Non obstante, nestes últimos espazos de actuación, aparecen diversas directivas aprobadas polo Directorio do FONAFE que non necesariamente teñen que ver coas relacións xurídicas propias do descrito núcleo de dereito administrativo (por exemplo contratación, planificación de mercado, repartición de dividendos, aumentos de soldo de directivos, réxime de directores, etc.), sendo normas regulamentarias que producen unha menor marxe de manobra das empresas estatais no mercado, e, en segundo lugar, unha directa forma de inaplicar na práctica o principio do pé de igualdade (unha extensión irracional do dereito administrativo a situacións non naturais). Non obstante, non debo deixar de mencionar a situación diferenciada de flexibilización en que se veu introducindo a empresa estatal PETROPERÚ, unha das poucas que, por sucesivas normas legais (Leis n. 28840 e n. 30130), se viu apartada do dereito administrativo en espazos non ligados ao sinalado núcleo duro xurídico-administrativo. Malia estas cuestións máis que positivas, existen voces discordantes que censuran algunha destas leis, mesmo co rótulo de incumplidora do “*establecido no terceiro parágrafo do artigo 60 da Constitución*”. Esta cita pode ser revisada en CAIRAMPOMA ARROYO, V., “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano”, *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012, p. 328.

38 ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultade de Dereito da Universidade de Piura, Lima, 2012, p. 479.

39 Polo menos isto aparece claramente recoñecido no apartado f do artigo 1 do Decreto supremo n. 176-2010-EF, cando se indica que dentro das empresas estatais se consideran aquelas “*cuxo capital pertence, de xeito directo ou indirecto, integramente ao Estado; aquelas nas cales o Estado ten participación maioritaria; coas excepcións previstas na Lei de FONAFE*”. Agora ben, aínda que neste específico réxime de actividade empresarial estatal a posibilidade descrita non se concretou, si está claro que esta aparece establecida para as empresas de propiedade e control da Caixa Militar Policial (baixo o seu sistema estatutario e peculiar).

Agora ben, como no seu momento formulou SÁNCHEZ MORÓN<sup>40</sup>, poderíase recoñecer doadamente a forte utilización instrumental do dereito privado (supostos en que se abre o espazo para pensar nun exercicio de potestade administrativa non tradicional, a consecuente transformación da organización administrativa nun accionista ou privado máis e a aparición do fenómeno de fuxida do dereito administrativo na súa versión máis ligada á actividade administrativa económica ou industrial<sup>41</sup>), aínda que as anteriores opcións se mesturan con formas xurídico-administrativas típicas (como a designación de directores mediante procedementos previos de selección e actos administrativos contidos nos “Acordos de Directorio do FONAFE” preceptuados no artigo 7 do Decreto legislativo n. 1031 e do artigo 15 do Decreto supremo n. 176-2010-EF).

No mesmo sentido, se cabe a formulación dunha *tipoloxía* destas manifestacións de poder e suxeición da organización administrativa fundante sobre estes suxeitos económicos poderíanse resumir os seguintes supostos<sup>42</sup>:

(i) Control por resultados: É a forma de subordinación a través da cal o Estado, representado por algunha entidade administrativa, exerce unha función fiscalizadora ou de revisión de obxectivos, verificando os resultados últimos ou intermedios da xestión da empresa. Nesta fórmula menos invasiva da actividade empresarial, a organización administrativa controladora non participa no proceso interno de toma de decisións<sup>43</sup>, xerándose un amplo espazo para a aparición dos procesos de *despolitización* que son tan urxentes e necesarios para o sostemento xuridicamente válido da técnica<sup>44</sup>.

(ii) Control directo: Dáse cando a organización administrativa participa directamente na toma de decisións internas da empresa pública co fin de que se produzan os resultados esperados. Esta manifestación de control lógrase, xeralmente, a través da titularidade pública da maioría das accións da empresa, e pode ser, á súa vez, *económica* ou de *dirección*, recaendo neste último caso sobre toda ou partes da *xestión* e *dirección* mesma da empresa.

---

40 O importante profesor español indicaba sobre este punto que acerca das empresas públicas pouco “*importa, pois, o dato da personalidade xurídica, se se é ou non persoa ou se se ten personificación pública ou privada. O control, polo demais, pode lograrse mediante fórmulas de dereito privado (propiedade ou posición maioritaria na sociedade) ou mediante formas de dereito público (creación dun organismo público ou exercicio de potestades exorbitantes de dirección e control), pode ser directo ou indirecto*”. Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN, M., “Introdución ao réxime xurídico da empresa pública en España”, *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980, p. 93.

41 Ao respecto, convén tomar en conta o afirmado por S. MARTÍN-RETORTILLO sobre a implantación de formas societarias nas empresas públicas. Decía o desaparecido profesor aragonés que “*en todo caso, un dato convén destacar moi en particular: a actividade das empresas que así se crean vén referida exclusivamente a unha actividade económica de produción de bens ou servizos e de dación destes ao mercado; ou, como moito, á xestión dalgún servizo público cun status en principio intercambiable co do concesionario. As empresas públicas nunca se entendeu que realicen actividade administrativa de ningún tipo*”. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexións sobre a fuxida do dereito administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996, p. 30.

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

43 Cabe resaltar que esta manifestación do control público foi moi pouco utilizada na xestión das empresas públicas peruanas.

44 Aínda que con algún dato que non comparto, hai algúns anos atrás afirmaba G. ARIÑO sobre a práctica e os “comportamentos” das empresas públicas que estas últimas non deben ter ningunha diferenza cos seus pares de titularidade privada, debendo seguir un proceso obrigatorio de despolitización que as afastase “*do dereito público, da influencia política, dos privilexios e das discriminacións que ás veces as acompañaron, asimilándoas todo o posible á empresa privada*”. Vid. ARIÑO ORTIZ, G., “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995, p. 11.

Ao respecto, estimo que resulta válido e moi necesario eliminar todo compoñente de *partidarización das empresas públicas*, sendo unha nota esencial nos tempos actuais que corren en Latinoamérica (pola loita anticorrupción que implica en boa medida a reforma de varias destas organizacións económicas de titularidade estatal). Non obstante, non creo que sexa correcto identificar a prohibición deste compoñente coa saída do dereito administrativo do seu réxime, pois este último –en doses axeitadas e concentradas– é fundamental para asegurar a xuridicidade do núcleo xurídico-público duro da empresa pública, ademais do seu propio servizo ao interese público (o cal debe aparecer e despregarse sempre para xustificar a creación legal, a propia causa e o obxecto deste suxeito).

(iii) Control indirecto: Nesta modalidade a organización administrativa non participa directamente na dirección do suxeito económico por non ser a súa accionista ou participacionista maioritario; é máis, pode posuír efectivamente unha intervención accionaria mínima, ou mesmo ningunha posible. Non obstante, ten a capacidade de tomar decisións esenciais e estratéxicas no interior da empresa pública, sexa por mandato normativo, polo control directo sobre outro suxeito económico que participa nos órganos de goberno da empresa pública, por unha obriga xerada desde o dereito privado ou pola aparición da chamada acción-ouro, entre outras posibilidades. Os exemplos máis típicos de *control indirecto* son a designación de máis da metade dos membros do directorio, a reserva da decisión sobre a ampliación ou redución de operacións, ou sobre a propia existencia xurídica da empresa pública.

(iv) Control dos criterios para a toma de decisións: É a forma de influencia que se dá por medio do nomeamento de directores e xerentes. Esta pódese especificar mediante a instauración de convenios de xestión para o cumprimento de determinados obxectivos preestablecidos, posibilitando a avaliación da xestión da empresa en función dos resultados previamente acordados cos seus directivos.

Para pechar este traballo, indicaremos que o control público e a súa execución mediante as súas diferentes modalidades permite non só modificar os supostos de aplicación da técnica estudada, posibilitando dar resposta sobre a natureza xurídica de varios operadores do mercado que pasaron desapercibidos ou sen categorías posibles no noso dereito (como as sinaladas empresas da Caixa Militar Policial ou as organizacións económicas de ESSALUD<sup>45</sup>), senón que tamén permite asumir que as empresas públicas son obxecto dun concepto *amplo*, sen posibilidade ningunha de que na correspondente definición prime algún elemento formal ou tendencia á subxectivización<sup>46</sup>. Como ben sinalaba FONT I LLOVET, “*en definitiva, pois, a empresa pública (...) non aludirá a unha forma, a un suxeito, a un ente, senón a unha organización económica activa peculiarmente relacionada coa Administración baixo o signo da dirección e o control. Convén recordar, non obstante, que os aspectos formais representan tamén a súa función. Non deberán ser tomados como o único dato definitorio*”<sup>47</sup>.

## Bibliografía

- ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- ABRUÑA PUYOL, A., e BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultade de Dereito da Universidade de Piura, Lima, 2012.
- ARIÑO ORTIZ, G., “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995.

45 Estoume a referir ás empresas SILSA e ESVCISAC, creadas nos anos oitenta polo antigo IPSS (hoxe Seguro Social de SAÚDE, de sigla ESSALUD). Hai que indicar que ambas as dúas, baixo a noción explicada, son empresas públicas, pois tanto ESVCISAC como SILSA son suxeitos sometidos a un control público ou influencia pública dominante, que se manifesta na participación maioritaria dun organismo público no conxunto de accionistas das ditas empresas (ESSALUD é titular de case o 95 % das accións representativas do capital social dunha destas empresas).

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

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

- ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- CAIRAMPOMA ARROYO, V., "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano", *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., "Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea", en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- CHANG CHUYES, G., "La subsidiariedad del estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-indecopi", *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, M. A., "El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo", *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993", *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994.
- FONT I LLOVET, T., "La empresa pública agraria", *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983.
- HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012.
- KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "La empresa pública autonómica: aspectos jurídicos", *Revista presupuesto y gasto público*, n. 16, 1995.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.
- LÓPEZ RODÓ, L., "El modelo económico de la constitución", *Vol. Col. Administración y Constitución*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.
- MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974.
- MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985.
- MARTÍN RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson-Civitas, Madrid, Tomo II, 2004.



OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987.

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

SÁNCHEZ MORÓN, M., "Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España", *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980.

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

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

Regap



NOTAS