

El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú

César Landa *

El artículo realiza un análisis crítico desde la perspectiva constitucional del principio de subsidiariedad, reconduciendo su alcance y límites a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución. Para tal efecto, el autor establece un modelo flexible de la subsidiariedad –leve, intermedio e intenso- en función de las actividades económicas esenciales del Estado, como las no esenciales y adicionales.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional.

El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú

I. Presentación

El principio de subsidiariedad solo puede ser entendido en el marco de una economía social de mercado, que es el modelo económico del Estado democrático y social de derecho. Por cuanto, conforman los principios de la economía social de mercado, además del principio de subsidiariedad, los servicios públicos, la protección al consumidor y el principio de solidaridad¹. La subsidiariedad comprende un conjunto de actividades económicas institucionales que son esenciales para la sociedad, aunque no para la existencia del Estado.

Las actividades esenciales para el funcionamiento del Estado se enmarcan en el artículo 44 de la Constitución, cuando se precisa que: "Son deberes primordiales del Estado "defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

Lo cual justifica el establecimiento de poderes del Estado, como el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, así como, de instituciones como las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, el Banco Central de Reserva, los organismos electorales, el Tribunal Constitucional, entre otros. Poderes e instituciones que realizan actividades estatales que son necesarias para el funcionamiento del Estado al servicio de los ciudadanos.

Sin embargo, la prestación de bienes y servicios para el consumo y bienestar de la sociedad demanda de una actividad económica directa; en la cual la iniciativa privada es libre, pero se ejerce en una economía social de mercado; en cuyo marco el Estado orienta el desarrollo, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, señala el artículo 58 de la Constitución.

En consecuencia, se analizará la subsidiariedad en función tanto de las normas constitucionales, como la interpretación de las mismas que ha realizado el Tribunal Constitucional; sin perjuicio, de proponer una diferenciación y/o gradación respecto del concepto de subsidiariedad, ya que la propia Constitución admitiría que el Estado interviniere de manera más intensa o menos intensa en determinadas actividades económico-sociales que realiza la actividad privada en el mercado y que podrían configurar como empresariales.

¹ Kresalja, Baldo, *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las Constituciones peruanas de 1979 y 1993*, Palestra, Lima, 2010, pp. 159 y ss.

II. Concepto de subsidiariedad

En relación con el tema de la subsidiariedad se debe hacer un análisis crítico de su concepto, como paso previo para determinar si éste limita a la actividad económica del Estado o, si dicha intervención se circunscribe a su actividad empresarial.

Existe un cierto desarrollo jurisprudencial en el que se coloca de relieve el hecho que el Estado tiene un rol subsidiario en la economía. De hecho, el fundamento jurídico 23 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente 008-2003-AI/TC plantea lo siguiente:

"A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "(...). Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (...)".

Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que "la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa", y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción". (Encíclica Mater et Magistra. Iter 55)".

Sobre el tema habría que establecer una precisión respecto del rol del Estado en la economía y el rol del Estado en la actividad empresarial, ya que no son sinónimos. Si bien la sentencia hace referencia al rol subsidiario del Estado en la economía, en

realidad debiera entenderse en el sentido relativo al rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial, como dispone el artículo 60 de la Constitución.

En efecto, cabe acotar el concepto y los alcances del principio de subsidiariedad a la actividad empresarial del Estado y no a toda actividad económica, a la luz de lo establecido en el artículo 60 la Constitución: "(...) Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (...)".

Así, el Estado realiza actividades de carácter económico, sin que por ello, éstas sean de naturaleza empresarial. Un tema vinculado o relacionado directamente podría ser el caso de los tributos que recauda el Estado, tal como lo establece el artículo 74 de la Constitución.

Asimismo, el Estado ejerce de manera exclusiva actividades vinculadas con la estabilidad monetaria. De acuerdo con el artículo 84 de la Constitución, el Banco Central de Reserva tiene como funciones la de regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica.

En ese sentido, el rol del Estado en la economía es de carácter más amplio y no solo se reduce a la actividad empresarial. En efecto, no podría considerarse que el Estado no cumple un papel central en la economía, pues es más bien el que dirige y establece la política macroeconómica del país y orienta la microeconomía.

Ahora bien, el hecho que la Constitución de 1993 haya consagrado el principio de subsidiariedad, no debe interpretarse de forma tal que implique identificarlo con la desregulación de la economía o privatización del Estado, pues subsidiariedad no deriva de la lógica del mercado irrestricto; sino que plantea en qué sector y hasta dónde, cuándo, por qué y con qué fin debe intervenir un Estado².

De otro lado, uno de los temas a los que debe hacerse mención respecto del fundamento 23 de la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC es el relativo a la forma en que define la subsidiariedad, pues pareciera que no establece ninguna gradación en la aplicación del concepto, sino que señala de modo genérico la forma en que opera.

De acuerdo con el fallo mencionado, el principio de subsidiariedad se plantea en términos más bien de orden negativo. Se menciona que opera en situaciones en las que ocurre una falla del mercado. No obstante ello, se deja de lado la propia literalidad

² ETCHEVERRY, Germán. *El orden socioeconómico en la Constitución*. Ediar. Buenos Aires. 1999. p. 115. Citado por KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las Constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Palestra. Lima. 2010. p. 20.

de orden positivo del artículo 60 de la Constitución, que hace referencia a la participación de la actividad empresarial del Estado por razones “de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”.

En todo caso, debiera optarse por una interpretación más asertiva en la que la intervención del Estado en la actividad empresarial se sustente no solo porque existen eventuales fallas en el mercado, sino también frente a situaciones en las que este supuesto no se encuentra presente necesariamente, pero que configuran razones vinculadas con los altos fines constitucionales del Estado.

En ese sentido debiera establecerse una diferenciación y/o gradación respecto del concepto de la actividad empresarial del Estado, ya que la propia Constitución admitiría que el Estado interviniese de manera más intensa o menos intensa en determinadas actividades económico-sociales que se realizan en el seno de la actividad privada o que podrían configurar como empresariales.

En efecto, no debe perderse de vista el hecho que en la actualidad lo que ha ocurrido es un desplazamiento hacia el sector privado de la tenencia y manejo de bienes y servicios públicos. No obstante ello, si bien se busca la eficiencia en la prestación de los mismos, el Estado no necesariamente va a limitarse a su papel de regulador, precisamente porque es el titular de los mismos³. En todo caso debe analizarse cuáles son las áreas prioritarias en las que la participación del Estado es esencial, y en función de ello, reinterpretar los alcances del principio de subsidiariedad.

Así, podría plantearse, a modo enunciativo, la existencia de tres niveles que dan cuenta del principio de subsidiariedad: intenso, intermedio, leve.

De hecho, podría indicarse que esta clasificación se sustenta en el hecho que el artículo 60 de la Constitución, en concordancia con el concepto de economía social de mercado, reconoce el pluralismo económico y que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

En ese sentido, se reconoce no solo la propiedad privada sino también la propiedad estatal, así como la coexistencia de empresas privadas y públicas. De modo que el principio de subsidiariedad, se articula con la actividad empresarial del Estado en tres grados distintos de intensidad.

2.1 Leve

³ Restrepo-Medina, Manuel, “Redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica en el caso Colombiano”. En: *Universitas*, n. 121, pp. 263–303. Disponible en: http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000200011&lng=es&nrm=. Última fecha de consulta: 30 de octubre del 2016.

La modalidad leve de aplicación del principio de subsidiariedad da cuenta de la existencia de actividades de orden económico a los que no se aplica este principio o en todo caso la oposición del mismo no prevalece frente a la incursión del Estado en determinadas actividades económicas, sino que el Estado mantiene respecto de los mismos una reserva pues el artículo 58 de la Constitución señala de manera expresa que el Estado actúa principalmente las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

En concreto, el principio de subsidiariedad no sería oponible para que el Estado realice actividades en los rubros en los que tiene o cumple un rol central. En ese sentido, incluso en un supuesto en el que en la legislación infraconstitucional se previese que sean los privados los encargados de llevar a cabo actividades empresariales relacionadas con estos rubros, sería posible que ello revierta a favor del Estado.

No obstante ello, una decisión de esta índole debiera ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad para privatizar o para revertir ello; en tanto y en cuanto el Estado tendría o ejercería su titularidad respecto de las actividades mencionadas. De hecho, el régimen de concesiones de los servicios públicos es una muestra de ello⁴.

a. Servicios públicos

Así, en los supuestos en los que se trata de servicios públicos, o aquellas relacionadas con fines y bienes constitucionales que el Estado promueve, este cumple de pleno derecho un rol activo para brindarlos.

En ese sentido, el artículo 58 de la Constitución establece que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

En relación con los servicios públicos⁵, si bien en la actualidad existe una tendencia a la privatización de los servicios públicos, también es cierto que el Estado sigue ejerciendo

⁴ Fernández Farreros, Germán, "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica". En Coscolluela Montaner, Luis (coordinador), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 175.

⁵ Sobre el concepto de servicio público, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a algunos elementos a partir de los cuales se puede configurar una definición: "a) Su naturaleza esencial para la comunidad, b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad, d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad". Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente 0034-2004-AI/TC, Foja 40.

o brindando servicios esenciales. Ello se fundamenta en la propia naturaleza del concepto de servicio público que atiende a la titularidad del Estado sobre los mismos.

En efecto, aunque se critica el concepto de titularidad⁶ en tanto que se ha previsto que sean terceros privados los que lo presten, no debe perderse de vista que el sujeto que tiene la obligación de garantizarlo, brindarlo y regularlo es el Estado, puesto que es el garante del interés general; en esa medida las empresas privadas son básicamente gestoras, que actúan siempre que la prestación les haya sido adjudicada.

Sobre el tema el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la importancia de la intervención estatal respecto de los servicios públicos. En efecto, señala que el Estado “no sólo está habilitado a intervenir reconstruyendo el mercado, sino que tal intervención resulta imperiosa ante los riesgos que una situación como esta produciría en la población. Este es el caso de muchos de los servicios públicos calificados por la legislación y que responden al tipo de monopolios naturales (...)”⁷.

Ello da lugar a que incluso en el ordenamiento nacional existan casos en los que el Estado actúa directamente como empresa monopólica, aun cuando en el artículo 61 de la Constitución se establezca la prohibición de los monopolios y el abuso de posiciones dominantes.

En efecto, se puede hacer referencia a la empresa estatal SEDAPAL que se encarga de brindar el servicio de suministro de agua potable, sin que su existencia involucre una afectación a los principios del modelo de libre mercado. El servicio de agua potable se configura como esencial en la medida que es necesario para alcanzar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades; por ello, es que el Estado interviene de modo directo en el suministro de agua a la población.

En el mismo sentido, SERPOST, es una empresa estatal que brinda servicio postal a todo el país y compite con concesionarios privados que se dedican a este rubro, los cuales ascienden aproximadamente a 469. El Estado realiza este tipo de actividad, no en condición subsidiaria, sino porque se le considera de necesidad y utilidad públicas y de preferente interés social.

⁶ Santistevan de Noriega, Jorge, “Servicios públicos, regulación y Constitución”. En: <http://www.teleley.com/revistaperuana/2santistevan57.pdf>, pp. 31-57. El autor hace referencia a Gaspar Ariño como promotor del uso de conceptos como el de prestaciones con garantía en reemplazo del concepto de servicio público. Última fecha de consulta: 30 de octubre de 2016.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente 0034-2004-AI/TC, Foja 39.

De hecho, el servicio postal se considera universal e históricamente y comparativamente ha funcionado como monopolio. En efecto, la comunicación y uso del correo es esencial para realizar actividades de toda índole, vinculadas con derechos esenciales e incluso con actividades comerciales.

El Estado es el titular de este servicio y brinda a los usuarios del mismo la alternativa pública y privada. No obstante, habría que señalar que el Estado mantiene una preponderancia en temas relativos a los servicios postales básicos, y no tanto así los urgentes con los que en principio no compite en sentido estricto, dada la diferenciación de los productos que ofrecen⁸.

b. Recursos Naturales

En relación con los recursos naturales, el artículo 66 de la Constitución señala que estos son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento.

Así, habría que señalar que el Estado tiene una reserva de dominio a su favor y en razón de ello podría determinar si es que el aprovechamiento de estos se realizará bajo el otorgamiento de concesiones, o si es que operará directamente en el mercado, de manera exclusiva o bajo las reglas de la libre competencia⁹.

En cualquiera de estos supuestos, el legislador es el que decide el tratamiento legal que le otorgará al aprovechamiento de los recursos naturales, de conformidad con lo que establece el artículo 66 de la Constitución.

Si bien, en relación con la explotación de los recursos se han implementado los contratos de concesión, de licencia y las autorizaciones a favor de empresas privadas, también se puede hacer referencia al hecho que en el caso de ENACO, esta empresa se configura como un monopolio estatal orientado a contribuir a lo dispuesto que el artículo 8 de la Constitución, según el cual el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas, así como regula el uso de los tóxicos sociales.

En ese sentido, se podría afirmar que en el ordenamiento peruano existen monopolios relacionados con la explotación y comercialización de recursos naturales, sin que ello involucre que se afecte el principio de subsidiariedad.

⁸ Pemán Gavín, Juan, "La nueva ordenación de los servicios postales". En Cosculluela Montaner, Luis (coordinador). *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 909.

⁹ Kresalja, Baldo, "La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993". En: *Ius Et Veritas*, n. 22, 2000, pp. 284-285.

De ahí que, el principio de subsidiariedad que se recoge en el artículo 60 de la Constitución deba interpretarse de forma articulada con la reserva de dominio del Estado.

c. Infraestructura

Como se ha señalado, el artículo 58 de la Constitución establece que el Estado actúa principalmente en las áreas de infraestructura. En efecto, este es un aspecto esencial para promover el desarrollo nacional y regional. De hecho, la Constitución señala que los gobiernos regionales y locales impulsan y financian obras de infraestructura, lo que denota que, en principio, este tiene la titularidad para el ejercicio de estas actividades por cuenta propia o por medio de privados.

Al igual que en el caso de los recursos naturales, el apartado referido al principio de subsidiariedad debe interpretarse con lo establecido en el artículo 58 de la Constitución de 1993.

Por ello, se puede señalar que las obras de infraestructura relacionadas con el transporte o la habilitación urbana son esenciales para el desarrollo económico y el desarrollo territorial equilibrado. De ahí que sea necesaria la intervención del Estado.

Ahora bien, este puede optar por mecanismos y herramientas orientadas a modernizar y brindar mayor eficiencia a las actividades que realiza. Así, se puede hacer mención a las asociaciones público privadas que involucran la participación de la inversión privada con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública.

En efecto, será de responsabilidad del Estado realizar un “análisis costo beneficio a fin de determinar si la participación privada en la provisión de la infraestructura pública o del servicio público implica un mayor beneficio neto para la sociedad respecto a si éstos fuesen proveídos por el Estado a través de una obra pública”, tal como lo establece el artículo 8 del Decreto Legislativo 1012.

2.2 Intermedia

El principio de subsidiariedad se aplicará de modo intermedio para el caso de actividades que principalmente sean desarrolladas por los privados, es decir, que no necesariamente se vinculen con bienes u obligaciones cuya titularidad recae principalmente en el Estado.

No obstante ello, la actividad empresarial a la que se aplica el principio de subsidiariedad en sentido intermedio estará directamente vinculada con fines constitucionales. Así, se puede hacer referencia a la promoción de las pequeñas empresas, la propiedad privada y el ahorro.

En relación con supuestos de este tipo, el Estado más bien ejerce un rol promotor de la inversión privada para lograr fines de orden constitucional. En ese sentido, optará por brindar un tratamiento tributario y/o laboral especial como en el caso de las pequeñas empresas, o promoverá la ampliación de la oferta bancaria para la población en general, a través de los bancos entre otras instituciones privadas¹⁰.

Empero, en estos casos si bien sería posible oponer el principio de subsidiariedad como elemento para limitar la actividad empresarial estatal, se admite que el Estado pueda participar en el mercado, aun cuando no necesariamente haya fallas o insuficiencia de ofertas en el mercado.

En realidad, el hecho que en el ordenamiento rija el principio de economía social de mercado, involucra que el Estado también pueda participar en el mercado, y competir con la empresa privada, si es que hay una razón como la del alto interés nacional¹¹.

En el caso de la actividad bancaria, en el ordenamiento peruano, si bien el Estado no participa como agente comercial en la banca múltiple, sí cumple un rol esencial en la banca de segundo piso. De hecho, en este caso no se aplica el principio de subsidiariedad como oponible a la participación del Estado en la actividad empresarial bancaria.

En el caso de la actividad bancaria múltiple, lo que habría que determinar es si necesariamente debe acreditarse la insuficiencia o las fallas del mercado como asume la sentencia 0008-2003-AI/TC, o si es que el alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional a los que hace referencia el artículo 60 de la Constitución son suficientes para autorizar la intervención del Estado.

a. Banca de segundo piso y otorgamiento de líneas de crédito a instituciones financieras

El Estado ha tenido una participación que no se limita únicamente a ejercer las funciones de banca exclusiva para las operaciones del Estado. De hecho, COFIDE¹²,

¹⁰ Cosculluela Montaner, Luis, et. al. *Derecho Público Económico*, IUSTEL, Madrid, 2011, pp. 251 y ss.

¹¹ De hecho, el concepto de economía social de mercado guarda relación con el concepto de economía mixta, puesto que los postulados de la economía de mercado no se sustituyen, por el contrario se admite que el Estado asuma el rol de coempresario. Cosculluela Montaner, Luis, et. al. *Derecho Público Económico*, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 39.

¹² "COFIDE, en su calidad de Banco de Desarrollo de segundo piso, cuenta con programas y líneas de crédito que pueden financiar todas las etapas del proceso de inversión, desde los estudios de factibilidad e identificación de mercados, los diferentes procesos de producción y servicios de la empresa, así como la modernización de planta y operaciones de comercio exterior. Todas las líneas y programas de crédito que administra COFIDE son

Agrobanco, Fondo Mi Vivienda y el Banco de la Nación son todas empresas mixtas y/o estatales que participan en el mercado, sin que ello involucre la afectación del principio de subsidiariedad.

De hecho, lo que realiza el Estado en estos casos se denomina actividad de fomento. En efecto, a través de ella el Estado busca garantizar que una serie de iniciativas consideradas por el Estado de interés público se desarrollen plenamente. En ese sentido, la actividad del Estado no involucra una limitación a la libertad de empresa o de los particulares, sino que más bien la amplía, pues lo que realiza el Estado es impulsarlas¹³.

En concreto, COFIDE actúa como banca de segundo piso, pues se ha orientado a financiar líneas de crédito a las instituciones financieras de carácter intermediario que otorgan créditos a la pequeña y microempresa. A su vez, el Fondo Mi Vivienda, otorga líneas de crédito a las instituciones financieras intermediarias que ofrecen préstamos para la adquisición de viviendas.

De otro lado, el Banco de la Nación y el Agrobanco otorgan líneas de crédito a instituciones financieras que otorgan préstamos a pequeñas empresas y a agricultores respectivamente. Igualmente, como se verá más adelante, el Banco de la Nación también brinda servicios financieros a personas naturales y jurídicas en zonas geográficas en las que esta entidad financiera constituye la oferta única bancaria¹⁴.

De ese modo, la actividad financiera del Estado ha tenido por finalidad concretar el mandato constitucional relacionado con la promoción de la pequeña empresa reconocido en el artículo 59 de la Constitución, aunque por medio de instituciones intermediarias. En el caso del Fondo Mi vivienda, el mandato legal se sustentará en el interés del Estado de promover el acceso de la población a la propiedad privada de vivienda, que se deriva del artículo 70 de la Constitución.

b. Cajas Municipales

canalizadas hacia los beneficiarios a través de una Institución Financiera Intermediaria (IFI): banco, financiera, caja rural, caja municipal, entidad de desarrollo de la pequeña y micro empresa - EDPYMES, cooperativa, empresa de arrendamiento financiero”.

¹³ Cosculluela Montaner, Luis, et. al. *Derecho Público Económico*, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 251.

¹⁴ Decreto Supremo 081-2004-EF, mediante el cual se incorpora la Quinta Disposición Transitoria del Estatuto del Banco de la Nación en los términos siguientes: “Efectuar todas las operaciones y servicios bancarios en los que se requiera del uso de los medios de pago previstos en el artículo 5 de la Ley 28194, en aquellos distritos en los que el Banco constituya única oferta de servicios bancarios”.

Los gobiernos locales también operan a través de las Cajas Municipales de Crédito Popular y las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito. En efecto, la Ley Orgánica de Municipalidades establece en su artículo 71 que una o más municipalidades provinciales o distritales pueden crear cajas municipales, las cuales funcionan con estricto arreglo a la legislación especial sobre la materia. Estas pueden constituirse como cajas de ahorro y crédito o como cajas de crédito popular.

De acuerdo con la Ley 26702, la Caja municipal de ahorro y crédito es aquella que capta recursos del público y cuya especialidad consiste en realizar operaciones de financiamiento, preferentemente a las pequeñas y micro empresas; asimismo, las cajas de crédito popular, se especializan en otorgar crédito pignoraticio al público en general.

Al mismo tiempo las Cajas Municipales también reciben depósitos, brindan seguros y otro tipo de servicios como depósitos de CTS, entre otros. De modo que los gobiernos locales también tienen participación en el mercado financiero y de seguros.

De ese modo, se puede señalar que la participación del Estado a través de este tipo de instituciones le permite realizar actividades y operaciones múltiples. De hecho, este punto no se encuentra reñido con el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

Por eso, la participación de las Cajas Rurales en el mercado financiero no se asume como actividad estatal de orden subsidiario, ya que su existencia no se sustenta en el hecho que ocurra una falla del mercado, antes bien su origen es preconstitucional¹⁵. En ese sentido, compiten con las instituciones bancarias respecto de todos los servicios que ofrecen.

2.3 Intensa

El principio de subsidiariedad se aplicará de forma intensa para el caso de actividades que principalmente sean desarrolladas por los privados, que no necesariamente se vinculen con fines esenciales del modelo de economía social de mercado, o aun cuando lo fueran, no sea necesario promover la intervención del Estado.

En esos casos, el Estado ejerce principalmente su rol regulador y de protección del consumidor conforme al artículo 65 de la Constitución.

Un ejemplo claro de este tipo de actividades son las relativas a la producción y comercialización de alimentos. Siendo que se trata de una actividad esencial para la subsistencia de la población, el Estado no interviene en la producción de los mismos. Si bien eventualmente brinda alimentación a las personas en condiciones de extrema

¹⁵ De hecho la Ley 29523 ha emitido una ley de mejora de la competitividad de las Cajas Municipales de ahorro y crédito del Perú. En ese sentido, las excluye de toda ley o reglamento del Sistema Nacional de Presupuesto (artículo 2).

pobreza, a través de programas estatales de lucha contra la pobreza, no realiza ello bajo la lógica de la actividad empresarial, sino más bien bajo la lógica asistencial¹⁶.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad es oponible siempre que el sistema o el mercado funcione adecuadamente. De hecho, solo en el caso en que no se pudiera producir o abastecer de este tipo de bienes a la población el Estado debiera intervenir a fin de cubrir la demanda de la población.

En ese sentido se aplica el concepto de subsidiariedad en sentido negativo que ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC.

III. Conclusión

Existe una diferencia entre el rol del Estado en la economía respecto del rol del Estado en la actividad empresarial. En efecto, en el primero de los casos, debe entenderse que el Estado cumple un rol esencial en tanto fija la política económica, fiscal y monetaria del país; además del de seguridad, justicia y bienestar.

La actividad empresarial del Estado es solo una de las funciones que se derivan del concepto del rol del Estado en la Economía. El Estado por eso puede participar de forma directa en determinadas actividades económicas compitiendo con la empresa privada, sin que por ello se afecte el principio de subsidiariedad, que debe interpretarse conforme al modelo de economía social de mercado que consagra la Constitución.

El principio de subsidiariedad se ha interpretado siempre en términos negativos, limitando la participación del Estado a situaciones en las que existe una falla del mercado u oferta insuficiente. Sin embargo, el principio de subsidiariedad aplicable a la actividad empresarial del Estado debe interpretarse de conformidad con el principio de Economía Social de Mercado, que atribuye al Estado la facultad de intervenir en mayor o menor medida en determinadas actividades.

La realidad denota que el Estado no solo participa en situaciones en las que el mercado ha tenido fallas que no puede solucionar bajo la lógica de su propia dinámica, como lo son las actividades vinculadas a servicios esenciales como los de agua potable, por ejemplo; sino que existen tres niveles de aplicación del principio de subsidiariedad: el leve, el intermedio y el intenso, en función de la naturaleza de la necesidad social del bien o servicios que la sociedad demanda y el mercado debe abastecer, mediante la iniciativa privada o la acción estatal, directa o indirecta.

¹⁶ Por ejemplo, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, tiene como finalidad brindar un servicio alimentario de calidad a niños y niñas del nivel inicial (a partir de los 3 años de edad) y primario de las instituciones educativas públicas en todo el territorio nacional.