



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA PÚBLICA REGIONAL Y MUNICIPAL

Miriam Talledo-Farías

Piura, agosto de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

**MIRIAM MELINA TALLEDO FARÍAS**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA PÚBLICA REGIONAL Y  
MUNICIPAL**



**UNIVERSIDAD DE PIURA  
FACULTAD DE DERECHO  
Tesis para optar el Título de Abogado.**

**2017**

## **APROBACIÓN**

La tesis titulada “*Régimen Jurídico de la empresa pública regional y municipal*”, presentada por la bachiller Miriam Melina Talledo Farías en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Mgtr. Guillermo Chang Chuyes.

---

Director de Tesis

## **DEDICATORIA**

A Dios, por siempre demostrarme su amor infinito.

A mis padres, Miriam y Artadi, por confiar en mis anhelos y hacer mis sueños realidad. El camino ha sido largo, pero con su inagotable amor, nunca permitieron que olvidara el objetivo.

A mis ángeles Yola, Alfredo y Armengol. Sé que desde el cielo comparten mi felicidad.

A mi hermanas, Lady y Jessica, por su complicidad.

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer especialmente a mi querido asesor y amigo, Guillermo Chang, por su incondicional apoyo en la elaboración del presente trabajo. Al Doctor Antonio Abruña, por su cátedra y paciencia brindada. Y de la misma forma, a Diego Méndez, por su disposición sincera para enseñarme, como una muestra más de nuestra amistad.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo I: El Estado como operador económico</b> .....	3
1. Los Modelos Económicos.....	5
1.1 Modelo Económico Liberal.....	5
1.2 El Modelo Económico Socialista.....	7
1.3 Modelo Social de Mercado.....	8
2. El Modelo Peruano: La Subsidiariedad.....	13
2.1 Introducción.....	13
2.2 Requisitos de la Subsidiariedad.....	17
<b>Capítulo II: Creación de la Empresa Pública Regional</b> .....	21
1. Elemento Final.....	22
1.1 El impulso económico regional y/o municipal: fin último de la actividad empresarial descentralizada.....	22
2. Elemento Material.....	24
2.1 La Empresa Pública: Definición y características.....	24
2.1.1. Según la doctrina.....	24
a) Presencia de la Administración pública.....	25
b) Individualidad.....	26
c) Realización de una actividad económica.....	27
2.1.2. Según la normativa.....	28
3. Elemento Eficiente.....	33
3.1 El Gobierno Regional.....	36
3.2 El Gobierno Local.....	37
4. Elemento Formal.....	38
4.1 El acto de constitución: Norma con rango de ley.....	38

a.	Para la Empresa Pública Regional: Ordenanza Regional .....	38
b.	Para la Empresa Pública Municipal: Ordenanza Municipal .....	40
4.2	El Contenido del Acto de Constitución.....	42
a.	Forma Social de la empresa .....	42
b.	El Capital Social.....	46
c.	La Junta General .....	47
d.	El Directorio.....	48
e.	El Plazo de duración.....	49

### **Capítulo III: Vida y Extinción de la Empresa Pública Regional**

<b>y/o Municipal</b> .....	15
1. Régimen Jurídico Aplicable .....	51
2. El Negocio en sí.....	54
2.1. La Empresa Pública como dispensadora de ayudas públicas .....	54
a. Definición de Ayudas públicas .....	54
b. Características .....	58
c. El procedimiento: selección de la empresa privada y enajenación de las participaciones .....	59
2.2. Empresas de Mercado: La empresa pública como proveedor de bienes o servicios .....	61
3. Relación entre el Entidad Regional y/o Municipal y la empresa pública .....	63
3.1 El control de la Administración Pública sobre la empresa pública regional y/o municipal .....	63
3.2 Responsabilidad de la Administración Pública por indicaciones realizadas a la empresa pública regional y/o municipal.....	66
4. Extinción de la empresa.....	69
<b>Conclusiones</b> .....	73
<b>Bibliografía</b> .....	77

## INTRODUCCIÓN

La actividad empresarial del Estado es posible en el Perú, por la adopción del modelo económico subsidiario. Aunque esta actividad es desarrollada en los tres niveles de gobierno, sólo la empresa pública nacional se encuentra debidamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, la empresa pública como técnica de actividad administrativa a nivel regional y municipal, carece de un marco normativo. Por ello, no existe uniformidad en la forma de creación y el manejo de las empresas de los gobiernos descentralizados.

Así por ejemplo, la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) posee cuatro empresas públicas municipales, las cuales desarrollan sus actividades en diversos sectores económicos. La Empresa de Mercados Mayoristas S.A. (EMNSA), es una de ellas. Inicialmente fue una empresa de propiedad del Gobierno central, creada por el Ministerio de Agricultura. La transferencia a favor de la municipalidad se efectuó, posteriormente, mediante un decreto supremo. En cambio, la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima S.A. (EMAPE) se creó mediante Acuerdo de Consejo Municipal. De otro lado, la Caja Metropolitana de Lima fue creada por ley del congreso de la república y, a diferencia de las otras, reglamentada por Acuerdo de Consejo.

Las múltiples empresas municipales y regionales en el Perú, poseen diferencias no sólo en su forma de creación. También, en el tipo actividad que realizan, régimen jurídico aplicable, fin perseguido, etc. Esta falencia debe resolverse con urgencia para afrontar la dispersión normativa sobre estas empresas. Se ha obviado partir del mismo fundamento jurídico que las empresas nacionales: el Principio de

subsidiariedad económica del Estado. La presente tesis busca proponer, en mérito a dicho principio, un marco jurídico aplicable a todas estas empresas.

Para el cumplimiento de este objetivo se han evaluado a las empresas regionales y municipales con mayor presencia en el mercado peruano y se ha determinado los rasgos comunes a todas ellas. Sin embargo los resultados de esta evaluación son preliminares y no conllevan a conclusiones de relevancia jurídica. Por ello, mediante el presente trabajo, dichos resultados han sido estudiados a la luz del Derecho Administrativo. Tanto lo expuesto por la doctrina, la jurisprudencia y lo establecido en las leyes, son los parámetros sobre los que se sustentan las conclusiones que aquí se exponen.

Como se verá en las próximas líneas, la actividad empresarial pública de las regiones y municipios tiene un mismo procedimiento de creación, un mismo régimen aplicable y una estrecha e inevitable relación con la Administración pública. Aunque esta investigación no agota todo el tema de la empresa pública regional y municipal, sí busca establecer un esquema armónico aplicable a este tipo de actividad administrativa, en beneficio de nosotros, la sociedad.

## **CAPÍTULO I**

### **EL ESTADO COMO OPERADOR ECONÓMICO**

Desde su aparición, el estudio de la empresa pública ha sido un tema complejo. Esto por el carácter interdisciplinar que posee su propio estudio. MEILÁN GIL señaló que la empresa pública es un concepto fronterizo a distintas ciencias<sup>1</sup> y no se equivoca. Se trata de una realidad que debe estudiarse desde la economía, la sociología, la política y el derecho.

En terreno jurídico, presenta una dificultad dogmática completamente identificable desde su denominación, porque es punto de encuentro de dos áreas del derecho. Por ello, menciona LAGUNA DE PAZ, es *una institución a caballo del Derecho público y el privado*<sup>2</sup>. A la empresa pública se le aplica el derecho público porque es una actividad instrumental de la Administración pública para proteger el interés general. Asimismo, se le aplica el Derecho privado porque este es el régimen que contiene las normas a las que se somete el desarrollo de cualquier actividad empresarial, en principio. En ese sentido, ante la pregunta sobre si el Estado puede ser empresario, la respuesta es sí. Pero depende de ciertos factores, entre los que destaca principalmente del modelo económico que adopte la constitución.

---

<sup>1</sup> MEILÁN GIL, J. L., “Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España”, en *La empresa pública en España*, IEF, Madrid 1972, p. 230, (citado en LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las empresas públicas de promoción económica regional: La Empresa Pública como instrumento de Gestión de Ayudas*, Montecorvo, Madrid 1991, p. 57).

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 59.

Al respecto, existen tres modelos económicos: el modelo liberal, el modelo socialista y el modelo subsidiario. El liberalismo y socialismo, aunque son modelos tradicionalmente opuestos, coinciden en un punto: son corrientes que entienden la relación entre el individuo y el Estado de forma confrontacional. En ambos casos existe una oposición ciudadano – estado en beneficio de uno: en el liberalismo, en beneficio de la libertad del individuo y en el Socialismo, en beneficio de la planificación del gobernante<sup>3</sup>.

Desde el siglo XX se ha producido un acercamiento entre ambos modelos que corrigen los abusos y deformaciones de cada uno. MILLÁN PUELLES ha señalado: *“en algún aspecto hay sin duda, una cierta convergencia entre el liberalismo y el socialismo, más por razones técnicas que por motivos morales, y de tal modo, no obstante, que en lo esencial las ideas directrices respectivas siguen siendo las mismas que las del liberalismo y socialismo clásico en su mutua y radical oposición. Ello viene a confirmarse por el hecho de que son unas razones técnicas, no unos motivos morales, lo que ha llevado a ambas concepciones a rectificarse internamente”*<sup>4</sup>.

El Modelo subsidiario, en cambio, no se caracteriza por tener un punto de partida confrontacional, sino por contar con principios que defienden la coexistencia de la libertad de mercado con la intervención del Estado.

De este modo, la cuestión por resolver es si en el marco de un modelo económico capitalista, socialista o subsidiario, cabe la posibilidad de la intervención del Estado como un operador económico. Para tal fin será necesario hacer un breve repaso por los principios que distinguen a cada uno de dichos sistemas.

---

<sup>3</sup> CHANG CHUYES, G., “La Subsidiariedad del Estado en Materia Económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria: Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”, en *II Convención de Derecho Público*, (BECERRA GÓMEZ, A. M. y CASTILLO CÓRDOVA, L.: coordinadores), Palestra Editores, Lima 2015, p. 137.

<sup>4</sup> MILLÁN PUELLES, A., *Economía y Libertad*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid 1974, p. 422.

## **1. Los Modelos Económicos**

### **1.1 Modelo Económico Liberal<sup>5</sup>**

El modelo económico liberal tiene como eje principal a la libertad individual en todos los ámbitos. Por ello, el individuo es el sujeto más importante en el mercado y no el Estado. En términos generales, el progreso económico es consecuencia del despliegue de dicha libertad en la búsqueda de la riqueza individual.

De este modo, la propiedad privada es el instrumento que sirve al mercado. Ésta se configura como un derecho subjetivo absoluto que comporta un poder de disposición sobre los bienes de producción. En consecuencia, quienes tengan la propiedad del capital ahorrado serán los capaces de invertir para obtener mayor riqueza. Por ello, para el modelo socialista, la propiedad privada es la causa de la división de clases.

Para el liberalismo, el orden más justo es el determinado por la competencia. Es decir, aquella situación en la que los agentes económicos, empresas y consumidores, tienen una efectiva libertad tanto de ofrecer bienes y servicios, como de elegir de quién y en qué condiciones los adquieren. Cualquier otra intervención destruye ese orden. Por lo tanto, el papel del Estado debe limitarse a dejar actuar a la libertad. El gobernante violaría la propia dignidad humana si al hacer uso de los poderes del Estado, tratase de suplantar esa libertad.

La libertad de intercambio, según el liberalismo, beneficia a todos los miembros de la sociedad, tanto al que compra como al que vende. Cuando un sujeto produce mercancía, quien compra se ahorra de fabricar bienes que necesita y que tendrían un costo superior. No obstante, el beneficio no es en la misma medida para todos. Los industriales y comerciantes, tienden siempre al monopolio, y sus intereses privados están en contraposición con los intereses generales. Ese es el curso normal del circuito económico y, por lo tanto, las deficiencias del mercado se solucionan en el mercado mismo.

---

<sup>5</sup> Sobre el Modelo Liberal hemos seguido a: RODRÍGUEZ CASADO, V., *Los orígenes del capitalismo y del socialismo*, Espasa-Calpe, Madrid 1981; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las Empresas...*, op. cit. y IBÁÑEZ LANGLOIS, J. M., *Doctrina Social de la Iglesia*, EUNSA, Pamplona 1987.

De acuerdo con estos principios, es sencillo concluir que en este modelo no existe espacio para la intervención del poder público en ninguna forma. El Estado tiene reservado el papel de observador del juego que transcurre entre la oferta y la demanda. Así, las injusticias que devienen del reparto desigual de los bienes y servicios, son reconocidas como consecuencias propias del libre comercio. Entre ellas se destacan: la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de una inmensa mayoría; la disociación entre el capital y el trabajo, y, finalmente, la libre competencia económica desregulada.

En general, los grupos sociales que no pueden ver satisfechas sus necesidades, no pueden ser auxiliados por el Estado. El poder público está impedido de intervenir tanto como regulador y como agente económico. Los privados son los únicos quienes, en ejercicio de su libertad y gozando de la propiedad del capital, pueden decidir hacerse empresarios. Asimismo, son libres de elegir el sector económico al que ha de pertenecer su empresa, y generalmente, será el que les represente mayor beneficio económico propio.

En consecuencia, la iniciativa privada casi nunca se orientará a sectores económicos que supongan un mayor aporte de capital con un menor o nulo margen de ganancia. Tampoco será atractivo iniciar actividad empresarial allí donde la población no tiene poder adquisitivo, aunque signifique un beneficio general para todas las clases. Generalmente, estas zonas son las rurales, donde la necesidad de servicios y bienes de calidad es mucho mayor que en la ciudad. Sin embargo, a la luz del liberalismo, la directa satisfacción de las necesidades de esta población no es responsabilidad del Estado, pues el mercado mismo suple estas fallas con el tiempo.

Se critica en este modelo los abusos y efectos sociales perniciosos que históricamente ha producido; también, los elementos ideológicos de signo materialista que han acompañado su desarrollo. Así, las falencias de este modelo lo hacen insostenible en cualquier Estado que aspire a la justicia social, que es el ideal de los Estados de Derecho. Sus instituciones como sistema económico no son rechazables en sí mismas, sino en la forma liberal que se han asumido históricamente. Éstas son rescatables bajo la configuración de un orden económico justo. Los defectos que presentó el liberalismo estimularon el nacimiento de una propuesta ideológica opuesta, el socialismo.

## 1.2 El Modelo Económico Socialista<sup>6</sup>:

El pensamiento económico socialista posee tres etapas: primero, el reconocimiento de la lucha de clases; segundo, la desaparición de la propiedad privada y la aceptación de la necesidad de una dictadura; y por último, la instauración del Estado dirigista para el desarrollo social.

Para este modelo, la lucha de clases nace por la oposición de un proletariado numeroso y empobrecido, que se enfrenta a un número reducido y enriquecido de individuos que constituyen la burguesía. La causa de esta división es la propiedad privada y por ello debe ser destruida. El medio para conseguirlo es el acto revolucionario, mediante el cual se niega la libertad del individuo para atribuirlo a la colectividad. Mediante la revolución se toma posesión de todos los bienes y se instaura la dictadura hacia la abolición definitiva de toda clase.

El estado totalitario nace por la imposibilidad de redistribuir la riqueza expropiada de la burguesía. Es impracticable desarticular en fragmentos iguales las grandes compañías, como, por ejemplo, las factorías y empresas mineras y de transporte. Así, la ulterior redistribución de los medios de producción expropiados es reemplazada por la gestión de éstos a cargo del nuevo omnipresente Estado dictador.

El paso de los medios de producción a manos del Estado totalitario, permite planificar la economía en la forma más racional posible, para ponerla al servicio de los fines sociales, pues, cuando la propiedad de las empresas está en manos de particulares, éstos tratarán de obtener el máximo de utilidades para su grupo.

En la gestión del Estado dirigista, la producción de bienes es ordenada por la autoridad y no por la libre voluntad de los individuos consumidores. Asimismo, el dictador totalitario asigna a cada uno su puesto en la división social del trabajo. Además, el gobernante determina qué, cómo, y cuánto debe producirse y consumirse.

---

<sup>6</sup> Sobre el Modelo Socialista hemos seguido a: MILLÁN PUELLES, A., *Economía...*, op. cit.; IBÁÑEZ LANGLOIS, J. M., *Doctrina...*, op. cit. y RODRÍGUEZ CASADO, V., *Los orígenes...*, op. cit.

El socialismo se presenta como la solución al problema generado por el liberalismo económico, pero paradójicamente genera uno mayor: la anulación de la libertad y de la individualidad, que constituye el mayor error conceptual y práctico de esta ideología. La incompreensión de que no puede edificarse un orden económico que merezca el calificativo de justo sobre la negación de la libertad personal, es la sentencia del fracaso del socialismo.

A ningún socialista se le ocurrió pensar que la entidad a quien se otorgó los poderes más ilimitados pudo llegar a actuar en una forma que él personalmente desaprobaba. En términos generales, aunque en el socialismo se pone fin a las clases explotadas y a los que viven del trabajo ajeno, no desaparecen todas las desigualdades sociales. En este modelo, aunque todos deben trabajar, no todos reciben el mismo salario. Ésta es la manera en la que se mantiene la diferencia de las riquezas, porque se distribuye según el trabajo y no según las necesidades. La gestión de las empresas expropiadas en manos del Estado dictador no cumple las expectativas, luego de presentarse como la solución a desigualdades que el liberalismo crea, es más, también las mantiene.

Como se puede apreciar, en la ideología socialista sí es posible que el Estado actúe como empresario. No obstante, no lo hace en la forma idónea, pues, no se trata de un Estado de derecho, sino de una tiranía. Además, porque el Estado no debe suprimir íntegramente la libertad de los individuos y reemplazarlos en el ámbito en el que sólo a ellos les corresponde actuar, en principio. La solución a las falencias del capitalismo no es lo propuesto por el socialismo.

### **1.3 Modelo Social de Mercado:**

El profesor ARIÑO ORTIZ ha definido la Economía de Mercado como *“aquel modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada y no al Estado. Éste no entra más que en aquellos casos en los que la iniciativa privada no puede hacerlo o no lo hace con la extensión y alcance que la sociedad necesita”*<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las empresas...*, op. cit., p.131.

La definición esgrimida por ARIÑO ORTIZ se correspondería, en estricto, con lo que se denomina como Economía Social de Mercado. Ello porque, la Economía de Mercado es la conocida Economía Liberal, la misma que no contempla ningún tipo de intervención estatal. Empero, no es que el profesor haya tenido una confusión de términos, sino que él efectúa una interpretación de lo que en la constitución española se reconoce como Economía de Mercado para el marco de la libertad de empresa.

La aceptación del modelo social de mercado por el Estado, atravesó un proceso de avance paulatino sobre una nueva valoración de la igualdad y una más ajustada comprensión de la libertad. De acuerdo con DE MIGUEL GARCÍA se pueden identificar una serie de etapas que se agrupan de la siguiente manera<sup>8</sup>:

- a. *Intervencionismo Moderado o conservador*: la actividad policial del Estado iba dirigida a la defensa de la propia libertad y a corregir las injusticias sociales nacidas del ejercicio de aquella. Así, la *actividad prestacional* se reducía a motivos asistenciales, como la realización de obras públicas.
- b. *Intervencionismo Industrial*: posteriormente, gracias a la revolución industrial, nacieron nuevas necesidades de carácter económico (electricidad, gas, teléfono, ferrocarril, etc.). En consecuencia, la actividad de fomento y policía tradicionales dejaron de ser suficientes para satisfacer la prestación de nuevas necesidades. Ello obligó a la Administración a extender el ámbito de actuación que poseía y a adoptar una técnica nueva, “*el servicio público*”. En el marco de la subsistencia del liberalismo que limitaba la participación económica del Estado, surgen figuras como la *Concesión*. Mediante ella se distribuye la titularidad del servicio para el Estado, y la explotación para los particulares.
- c. *Directa Gestión de las Actividades económicas*: las actividades económicas públicas serán en un primer momento solo de carácter prestatario, y más adelante, productoras de bienes. El resultado fue el desplazamiento de la categoría de servicio público por una

---

<sup>8</sup>DE MIGUEL GARCÍA, P., *El intervencionismo y la empresa pública*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1974.

nueva, “*la Empresa Pública*”. Por supuesto, existieron una serie de circunstancias político – económicas que coadyuvaron a su aparición como por ejemplo, las guerras mundiales. La destrucción masiva en los distintos aspectos de la vida de los países involucrados requería una solución inmediata por parte de la Administración. Era necesario intentar restablecer el equilibrio quebrado por el enfrentamiento bélico. Así, el Estado concentró “*en sus manos*” todas las fases del mercado: *producción, distribución y consumo*. La popularidad del socialismo, la caída del sistema concesional, pero sobre todo la “*menesterosidad social*” como consecuencia de la transformación de la vida rural a urbana, determinaron un cambio de actitud en el Estado que abandona la idea de *democracia política* por *democracia social*.

- d. *Intervencionismo Programador y Conformador de la vida social*: implica la declaración por el Estado de aquellos objetivos que se consideran de preferente interés o utilidad pública, sin que ello signifique la titularidad exclusiva de los mismos. El Estado hará lo que nadie es capaz de hacer por él. La planificación económica es utilizada como instrumento de la política económica con independencia del sistema económico por el que se rige el estado.

Los países que adoptan este modelo lo hacen comúnmente mediante una declaración literal. Sin embargo, también es frecuente que lo adopten a través de una fórmula conocida con el nombre de Subsidiariedad. Según el diccionario VOX, el término proviene etimológicamente de *subsidiarie cohortes*<sup>9</sup> y hace referencia a las tropas de reserva que están detrás del frente, en segunda línea. El diccionario COROMINES<sup>10</sup> precisa que la palabra viene de los términos *sub (de bajo) sedere (estar sentado)* y hace referencia al que está sentado bajo otro. En general, el término alude a aquel que actúa cuando no actúa otro.

El origen del concepto se lo debemos a su aparición por primera vez en la Encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XI: “*Es verdad y lo prueba la historia palmariamente, que la mudanza de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes hacían las asociaciones*

---

<sup>9</sup> *Diccionario VOX, Latín-Español*, Larousse Editorial S.L., 21ª Edición, Reimpresión 2008, Barcelona 2008, p. 484.

<sup>10</sup> COROMINES, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid 2008, p. 517.

*pequeñas, hoy no las puedan ejecutar sino las grandes colectividades. Y sin embargo, queda en la filosofía social fijo y permanente, aquel principio, que ni puede ser suprimido ni alterado: como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para recomendarlo o a una comunicad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, avocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Todo influjo social debe por naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo, nunca absorberlos y destruirlos”<sup>11</sup>.*

La subsidiariedad es un principio inherente a la economía social de mercado. Ésto porque, tiene como presupuestos: a) El reconocimiento por el Estado del respeto a la libertad individual; b) La propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales; y, c) Los mecanismo de intervención estatal para salvaguardar el interés general. Este principio le permite a la Administración pública actuar como sujeto económico, y no únicamente como poder de coacción (policía) y estímulo (fomento).

La subsidiariedad es definida como “*el instrumento fundamental para la mejor comprensión de la forma en que ha de ser configurado el poder público en su servicio a la sociedad*”<sup>12</sup>. Este principio no podrá desplegar los efectos de su esencia sin la comprensión amplia del precepto humano de solidaridad social y de las obligaciones propias del poder público. Por ello, se define como “*la actividad de un ente superior solamente ante la deficiencia o nula actividad de uno inferior, procurando poner los medios para que el inferior pueda realizarla sin su intervención*”<sup>13</sup>.

Existen dos dimensiones de la subsidiariedad: vertical y horizontal. La subsidiariedad vertical es intergubernativa y se refiere a las relaciones que mantienen el gobierno central, regional y local con la economía. El Estado central debe respetar las competencias de los gobiernos inferiores y no interferir en ellas, en especial en materias de servicios públicos y de desarrollo. La subsidiariedad horizontal, en cambio, es aquella que

---

<sup>11</sup> Pío XI, *Quadragesimo Anno*, Ed. Paulinas, n.80.

<sup>12</sup> PÉREZ SÁNCHEZ, P., *El Principio de Subsidiariedad: su función en el orden social*, Mar Adentro, Lima 2013.

<sup>13</sup> CHANG CHUYES, G., *La Subsidiariedad...*, op. cit., p. 138.

vincula al Estado con la sociedad, específicamente con los actores económicos particulares. La regla consiste en que el Estado reduce su intervención al mínimo esencial, dejando libertad a las personas y empresas para actuar en la vida económica. En este caso es cuando se habla, propiamente, del rol subsidiario del Estado, entendido como abstención y como sustitución de las deficiencias de la iniciativa privada

La subsidiariedad horizontal o económica posee dos vertientes: una positiva y otra negativa. La vertiente negativa es la prohibición al poder público administrativo de intervenir cuando el mercado funciona correctamente, esto es, cuando las necesidades básicas del mercado relevante son satisfechas de forma regular. En sentido contrario, cuando se identifican fallas del mercado, como el desigual reparto de bienes y servicios o la inexistencia de iniciativa privada en sectores estratégicos, el Estado está obligado a intervenir para salvaguardar el interés general. Pero antes, el Estado deberá agotar cualquier otra vía que sirva de estímulo para la iniciativa privada. La intervención como agente económico es categóricamente imperante sólo como *última ratio*.

Esta oportunidad se abre únicamente cuando está en riesgo lo que sólo por el Estado puede ser asegurado: el orden y la seguridad pública. Estos bienes jurídicos de realización colectiva funcionan como garantías para restringir el afán dirigista del Estado: *“La idea del cometido propio del Estado como una ayuda a todos los ciudadanos para la consecución del bien común es lo que se expresa con la fórmula de la función subsidiaria esencialmente atribuida a ese organismo. Con ello no se pretende señalar lo que de hecho es y hace el Estado en todas las ocasiones. (...) no es en manera alguna secundario para la vida del hombre que el Estado sea subsidiario, como tampoco lo es ni para el Estado ni para los gobernantes. Y en términos positivos: es esencial para el cometido propio del Estado que su actuación tenga un sentido subsidiario para la vida social y, a través de ella, para todos los ciudadanos en tanto que ciudadanos, o sea en cuanto hombres que conviven, porque ello les es indispensable para su bien común”*<sup>14</sup>.

Cuando el liberalismo sostenía que el Estado no puede ser empresario, porque no puede asumir la responsabilidad por las vidas ajenas, se estaba abriendo el camino para la conceptualización del

---

<sup>14</sup> MILLÁN PUELLES, A., *Economía...*, op. cit., p. 417.

Principio de Subsidiariedad. Así, MILLÁN PUELLES afirma: “*si la función del Estado no puede ser definida como la de descargar a ningún hombre de sus responsabilidades personales solo cabe que el Estado estribe en ayudar a todos en algo que a todos ellos les concierne, es decir, la consecución del bien común. Es lo que se expresa con la fórmula de la función subsidiaria esencialmente atribuida al Estado*”<sup>15</sup>.

## **2. El Modelo Peruano: La Subsidiariedad**

### **2.1 Introducción:**

La Constitución de 1979 fue el primer texto constitucional en desarrollar una constitución económica formal. Ésta describió de manera articulada una serie de reglas aplicables a la actividad económica. El objetivo de estas normas era proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica<sup>16</sup>. Los artículos del 110° al 117° consagraron principios como:

- *El régimen económico se fundamenta en la justicia social.*
- *El trabajo es la fuente principal de riqueza.*
- *El Estado promueve el desarrollo económico y social.*
- *La racional utilización de los recursos.*
- *El pluralismo económico.*

El artículo 115° de la constitución de 1979 merece especial mención puesto que declaró como modelo económico peruano el de la Economía Social de Mercado: “*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social*”. Adoptar la economía social de mercado en el Perú representó llevar al ámbito económico el conocimiento de que la libertad humana rige todas las decisiones de las personas. Son ellas las que pueden decidir disponer o no de su propiedad, o formar asociaciones para realizar una actividad profesional con destino al mercado. Esto es la libertad de empresa.

---

<sup>15</sup>MILLÁN PUELLES, A., *Economía...*, op. cit., p. 421.

<sup>16</sup>BLUME FORTINI, E., *La constitución económica Peruana y el Derecho de la Competencia*, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo>.

Asimismo, representó el reconocimiento de las normas del Derecho de la Competencia. Por medio de éste, la Administración pública interviene lícitamente en el mercado para fijar un sistema institucional formado por reglas. Por ello, está facultada para supervisar su cumplimiento e imponer sanciones de ser el caso<sup>17</sup>.

Aunque la constitución de 1979 no reconoció textualmente la subsidiariedad económica, la declaración del artículo 115° sobre el carácter social de nuestra economía, la incluye junto con la idea de solidaridad. Ambos conceptos son lo más representativo y definitorio de la noción constitucional de Estado social de Derecho. Por ello, este texto constitucional se convirtió en el precedente clave para la incorporación literal del Principio de Subsidiariedad en la constitución de 1993, vigente al día de hoy.

El artículo 60° de la Constitución Política peruana vigente establece lo siguiente: *“El estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”*.

La economía social de mercado peruana le otorga al Estado un rol subsidiario para corregir las imperfecciones del mercado que ponen en riesgo el interés general. De este modo, la Administración pública podrá actuar cuando no lo hagan los privados en forma eficaz y eficiente, combatiendo la exclusión de determinados sectores de la población. Se trata de un papel encaminado a que la satisfacción de las necesidades personales se dé en condiciones de igualdad.

Así lo dice también BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT: *“el estado se significa un ente subsidiario, porque como expresara Thomas Jefferson, el hombre goza de los poderes inherentes al desarrollo de su libre personalidad y su libertad, y solo delega en las autoridades aquellos*

---

<sup>17</sup> FALLA JARA, A., Notas de Derecho de la Competencia, Lección I, *pro-manuscrito*, Universidad de Piura, Piura 2014.

*poderes que exceden de su capacidad*”<sup>18</sup>. En consecuencia, “*las autoridades tienen como misión incitar, sostener y suplir, si es preciso, las carencias de las comunidades y personas libres, pero no pueden interferir en la determinación responsable de sus propias acciones*”<sup>19</sup>. Es decir, la regla general es la libre iniciativa privada, pudiendo intervenir el Estado cuando ésta es insuficiente.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado y explicado este principio a través de su jurisprudencia, señalando<sup>20</sup>:

- *No pone en discusión el papel del Estado sino que la aprecia en su función reguladora y excepcionalmente en su participación como agente económico.*
- *Se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.*
- *Las acciones del Estado están vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración, o sustitución en vía supletoria, complementaria o de reemplazo de la iniciativa privada.*

Según CHANG CHUYES, el supremo intérprete admite que el principio de subsidiariedad rige en el ordenamiento peruano no solamente en su vertiente negativa sino también en la positiva<sup>21</sup>. El propio Tribunal ha dicho que: “*El fundamento del Principio de Subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo*”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ – CRUZAT, J. M., *El Principio de Subsidiariedad y la administración local*, Marcial Pons, Madrid 1999, p.13.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>20</sup> STC 034-2004-AI/TC del 15/02/2005; STC 7320-2006-AA/TC del 23/02/2006; STC 1535-2006-AA/TC del 31/01/2008; STC 1963-2006-AA/TC del 5/12/2006.

<sup>21</sup> CHANG CHUYES, G., *La Subsidiariedad...*, op. cit., p. 138.

<sup>22</sup> STC 1535-2006-PA/TC del 31/01/2008.

Luego del reconocimiento del Principio de Subsidiariedad Económica, era necesaria una reestructuración de la forma en la que había venido funcionando la actividad empresarial del Estado en sus tres niveles de gobierno. Éste fue el contexto propicio para que en el año 1999 mediante la Ley N° 27170 se creara el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE.

Éste, nació como una iniciativa para llevar un control más eficaz de las empresas públicas que el desarrollado por la desaparecida Oficina de Instituciones y Organismos del Estado. El FONAFE es una empresa de Derecho público encargada de la representación de las participaciones, también llamadas “acciones”, del Estado en las empresas públicas nacionales. Su creación supuso un gran paso en la ordenación de la empresa pública como técnica de intervención administrativa en el mercado. No obstante, desde su aparición se dejó claro que en el *holding* no estarían incluidas las empresas públicas regionales y/o municipales, tal como consta en el numeral 2 del artículo 1 de la ley en mención. En la exposición de motivos de la misma ley no existe ninguna mención a las razones que llevaron al legislativo a efectuar dicha exclusión.

A través de la exclusión textual de las empresas públicas regionales y municipales del ámbito de funciones del FONAFE, éstas pasaron a quedar reguladas únicamente por la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado del 02 de diciembre de 1988, desde su artículo 70° hasta el artículo 86°. Sin embargo, en ninguna parte de esta ley constaba quién ejercería la administración de las empresas regionales y municipales.

La situación jurídica respecto a las empresas regionales y municipales se volvería aún más gravosa a partir del año 2008. Mediante Decreto Legislativo N°1031, Decreto que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado del 23 de junio del 2008, se derogó la antigua Ley N° 24948 Ley de la Actividad Empresarial del Estado. En ese sentido, la publicación del Decreto en mención tuvo dos consecuencias: 1) que dicha norma sería aplicable solamente a las empresas que se encuentran bajo el ámbito de administración del FONAFE, es decir solo empresas nacionales, y 2) que con la derogación de la Ley N° 24948 las empresas públicas regionales y municipales se quedaban sin un marco jurídico que las regule.

Al respecto, la intervención del Estado como operador económico es válida en los tres niveles de gobierno, y si en los niveles descentralizados no existe un marco normativo que regule la actividad empresarial pública, el Modelo Económico Peruano de Subsidiariedad sufre de una grave deficiencia normativa. En consecuencia, lo que ha ocurrido en el transcurso de los años es que las empresas regionales y municipales nazcan sin un proceso ni rumbo homogéneo.

## **2.1 Requisitos de la Subsidiariedad:**

El artículo 60° de la Constitución, como toda norma, posee un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho de esta disposición es la subsidiariedad misma, y una de las consecuencias jurídicas es la creación de la empresa pública. Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía como agente económico en cualquiera de sus niveles de gobierno, posee dos fases: 1) la primera, es el cumplimiento de los requisitos de la subsidiariedad y 2) la segunda, es la creación de la empresa pública nacional, regional o local, con sus propios requisitos.

Siguiendo a CHANG CHUYES<sup>23</sup> los requisitos de la subsidiariedad son cuatro: elemento material, elemento teleológico, elemento eficiente y elemento formal. El elemento material es el mercado relevante en el cual existe una demanda insatisfecha. El Decreto Legislativo N° 1034, Ley de represión de las conductas anticompetitivas, ha contemplado en su artículo 6° que el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante es el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Por su parte, el mercado geográfico relevante, es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.

La demanda insatisfecha en el mercado relevante puede deberse por dos causas: o por la nula actividad privada o por la actividad privada insuficiente. Si la demanda insatisfecha se debe a la nula actividad

---

<sup>23</sup> CHANG CHUYES, G., “Regulación e intervención del Estado en la economía”, *Compendio de experiencias de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras privadas de fondo de pensiones*, Superintendencia de Banca, Seguros, y Administradoras privadas de pensiones – Cooperación Suiza SECO, Lima 2016, p. 19.

privada, el Estado está obligado a producir bienes o prestar servicios esenciales para la comunidad, de forma temporal, hasta poner todos los medios necesarios para incentivar a la iniciativa privada. En el otro supuesto, el Estado actúa porque en un determinado territorio, la altísima demanda de un bien o servicio, no está siendo satisfecha por la actividad empresarial privada. La demanda es insatisfecha, a pesar de que se producen dichos bienes o se prestan dichos servicios. La Administración pública consigue saber eso por medio de dos presunciones:

1. *Presunción de oferta privada suficiente: en caso la empresa o entidad pública compite con dos o más empresas privadas no vinculadas, se presume que la demanda puede ser satisfecha por los privados, salvo que la empresa o entidad pública demuestre que los privados no pueden satisfacerla o existen barreras de entrada (estratégicas) que impiden el ingreso de un nuevo operador económico.*
2. *No aplicación de la presunción: en caso la empresa o entidad pública concurre con una empresa privada (o dos vinculadas), o no tenga competencia en el mercado. En este caso la carga de la prueba corre de parte del denunciante, quien debe demostrar que la empresa privada puede satisfacer la demanda del mercado o la empresa pública es la barrera (estratégica) que desincentiva el ingreso de otros operadores privados<sup>24</sup>.*

El mercado relevante en el cual existe una demanda insatisfecha debe ser probado, debido a que es el elemento fáctico que justifica la intervención empresarial del Estado en cualquiera de sus niveles de gobierno<sup>25</sup>. Por ello, la Administración pública con la potestad de crear una empresa pública regional y/o municipal, según sea el caso, deberá verificar la demanda insatisfecha, pero delimitada a su ámbito geográfico específico (región o localidad). Este es el primer paso previo para crear una empresa pública regional o municipal.

---

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> CHANG CHUYES considera que la Administración Pública idónea para emitir un dictamen sobre el real defecto en la iniciativa privada, es el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y la Propiedad Intelectual (Indecopi), (cfr. “Regulación...”, op. cit., p. 18), idea que comparto. Es el Indecopi, quien también tiene a cargo la defensa de la competencia en el mercado, el organismo a fin para emitir un dictamen vinculante que acredite la existencia de una iniciativa privada defectuosa.

El elemento teleológico de la subsidiariedad viene determinado por el interés público o por una conveniencia en el ámbito nacional. El interés general debe estar debidamente vinculado al elemento material, pues de lo contrario la demanda no sería satisfecha. Por su parte, el elemento eficiente son los entes del Estado que pueden crear una empresa pública o autorizar que un ente público pueda realizar actividad empresarial. Finalmente, el elemento formal es la autorización de un ente para realizar una actividad empresarial o crear una empresa pública. La autorización es otorgada por ley del Congreso de la República en caso que el mercado relevante sea de alcance nacional.

El cumplimiento de esta primera fase para la intervención del Estado como agente económico tiene como consecuencia la creación de la empresa pública. En el siguiente capítulo se explicarán los elementos para la creación de una empresa pública, y su concreción para el caso de una empresa pública regional y municipal.



## **CAPÍTULO II**

### **CREACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA REGIONAL Y MUNICIPAL**

La creación de la empresa pública se constituye como el resultado de la subsidiariedad. No obstante la creación misma es todo un proceso conformado por sus propios elementos. Se pueden identificar cuatro elementos:

- Elemento final: El fin de la creación debe ser de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En cualquiera de los tres niveles, se deberá especificar cuál es el interés público protegido y la naturaleza de la conveniencia, sea social, política, económica, etc. Asimismo, el fin buscado deberá estar sustentado en la ley.
- Elemento material: El objeto de la creación es una empresa y no otra cosa. Por lo tanto, este elemento define qué es una empresa pública en el Perú.
- Elemento eficiente: El Artículo 60° señala que es el Estado quien puede crear una empresa pública. No obstante, el término “Estado” posee una definición en sentido amplio y otra en sentido estricto. En el estudio del presente elemento se explicará cuál es el sentido que ha utilizado la constitución, y en suma, quienes tienen adjudicada la potestad de crear una empresa pública regional y municipal.

- Elemento Formal: Este requisito se refiere al procedimiento de creación. La constitución señala que una empresa pública debe crearse por Ley expresa, entendiéndose por “ley” a la categoría que agrupa a las normas con rango de ley. En ese sentido, la norma con rango de ley varía según el alcance que tenga la empresa, el cual podrá ser nacional, regional o local.

## **1. Elemento Final**

### **1.1 El impulso económico regional y/o municipal: fin último de la actividad empresarial descentralizada**

La economía social de mercado coloca en primer lugar el respeto por la libertad individual en todos los aspectos. En el ámbito económico, una consecuencia de ello consiste en que serán los privados quienes, en principio, procuren por sí mismos los bienes y servicios que satisfagan sus necesidades básicas. Por lo tanto, es la iniciativa privada de quien depende el desarrollo económico de una población.

Sin embargo, el Estado no puede desentenderse de los supuestos en los que el mercado es insuficiente y producen desigualdades como, por ejemplo, el mayor desarrollo económico de unas regiones y no de otras. Para salvaguardar el interés general en estos casos se pensó en una solución jurídica mediante el principio de subsidiariedad.

Como se ha explicado, el artículo 60° establece dos fases para la intervención del Estado en el mercado como agente activo. La primera fase es cumplimiento de los requisitos de la subsidiariedad. El primer requisito es la identificación del mercado relevante en el cual existe una demanda insatisfecha. Éste es el elemento fáctico que, de no ser subsanado por la intervención de Estado, pone en riesgo la satisfacción oportuna de las necesidades de los administrados y, en suma, un asunto de interés general como lo es el desarrollo económico de una determinada región o localidad.

Por ello, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), señala en su artículo 4° que los Gobiernos Regionales tienen por finalidad fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada. El desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo

económico, social, poblacional, cultural y ambiental, a través de técnicas que permitan el crecimiento económico equitativo en el territorio regional.

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local a través de planes aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales. Asimismo, el artículo X de la misma norma, señala que los gobiernos locales promueven el desarrollo integral, para viabilizar el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental.

Siguiendo esta línea, el fin perseguido por una empresa pública descentralizada, como técnica de actividad administrativa, es el impulso económico de una región o localidad, según sea el caso. El Estado no nació para ser empresa, no obstante, realiza actividad empresarial toda vez que es garante por la prestación de ciertos bienes y servicios.

Por ello, cuando se satisface la demanda ya no por acción del Estado sino por la participación de la iniciativa privada no hay más razón jurídica que sostenga la continuidad de la actividad empresarial pública regional y/o municipal. Así, este tipo de intervención pública es siempre temporal. Hablo de impulso económico precisamente porque lo que se busca a través de la creación de una empresa pública es que la economía de una determinada región o localidad se potencie, y posteriormente tome ritmo ascendente, ya no por acción de la intervención pública sino por iniciativa de sus particulares y en consecuencia, se mantenga el desarrollo integral de una región o localidad.

El fin último de una empresa pública regional o local solo puede ser de interés regional o local. No aplica como fin último para este tipo de empresas la conveniencia nacional. Ello es así porque, cuando la actividad empresarial del Estado es de conveniencia nacional, significa que las ventajas de dicha actividad se desplegarán a todo el territorio nacional. La conveniencia nacional como fin de la actividad empresarial pública aplica solo para empresas nacionales.

## 2. Elemento Material:

### 2.1 La Empresa Pública: Definición y Características

Uno de los retos más difíciles para el estudio de la institución de la Empresa Pública regional y municipal, es definirla. Es preciso saber qué es lo que el Estado creará. Puesto que ya he señalado el fin que deben perseguir estas entidades, queda analizar cuáles son sus características constitutivas. Para ello me remitiré en primer lugar a la definición de empresa pública en general.

#### 2.1.1 Según la doctrina

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por empresa se entiende “*la unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*”<sup>26</sup>. La palabra empresa, en efecto, puede usarse para señalar tanto a la actividad económica misma, como a la unidad productiva o sustrato patrimonial, como al sujeto quien realiza la actividad y dirige la organización.

Ésto hace del término empresa, uno análogo, es decir que se refiere no a uno sino a varios significados. Sin embargo, me interesa referirme al sentido funcional, o sea, al de empresa como actividad. Ésta puede definirse como “*la organización estable de los medios materiales y personales para la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado*”<sup>27</sup>.

DE MIGUEL GARCÍA sostiene que la empresa pública en primer lugar es una empresa, es decir, una combinación de los factores de producción dirigida a la dispensación de bienes o prestación de servicios y en segundo lugar, que el carácter público le viene dado por el interés general, el cual determina su propia existencia y su propiedad y dirección en manos de la Administración pública como cualificada mandataria del mismo<sup>28</sup>. Por lo tanto, la empresa pública es un instrumento para la gestión

---

<sup>26</sup> <http://www.rae.es/>

<sup>27</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, A., “Notas de Derecho Mercantil Lección I”, *pro-manuscrito*, Universidad de Piura, Piura 2014, p. 14.

<sup>28</sup> DE MIGUEL GARCÍA, P., *El Intervencionismo...*, op. cit., p. 297.

de la actividad económica de la Administración pública, sin duda, una forma de actuación administrativa.

Por otro lado, según LAGUNA DE PAZ, la empresa pública puede definirse como “*el instrumento de intervención pública y bajo dirección pública que se orienta a la realización de una actividad económica para lo que normalmente se aplica el Derecho Privado*”<sup>29</sup>. En ambas definiciones se pueden encontrar las notas propias que sustantivizan el concepto: a) Presencia de la administración, b) Individualidad, y c) Realización de una actividad económica.

#### **a) Presencia de la Administración pública**

Una parte de la doctrina sostiene que la presencia de la Administración pública consiste en que por lo menos la mayor parte de la propiedad y la dirección de la organización se encuentre en manos públicas. Esto es así porque en una sociedad, la participación financiera se traduce en poder efectivo de dirección de la empresa. No obstante, esto sólo funciona en el caso de las sociedades anónimas en las que rige la regla de la proporcionalidad entre la participación financiera y la administrativa.

En cambio en el caso de las sociedades de accionariado mixto, es decir, con participaciones privadas y públicas a la vez, es frecuente observar la práctica de convertir a la Administración pública en accionista privilegiado. Esto es que, pese a tener una participación económica minoritaria puede tener la dirección de la empresa. Sin embargo, DE MIGUEL GARCÍA<sup>30</sup> sostiene que el problema surge en saber si tal conjunto de privilegios implica, realmente, poner la empresa en manos públicas.

Por ello propone dos soluciones: 1) La vía democrática, en la que sólo son empresas públicas aquellas en las que la Administración participe mayoritariamente; y 2) La vía autoritaria: en la que sólo son empresas públicas aquellas en las que la Administración pública ha “declarado” que lo son mediante una

---

<sup>29</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las empresas...*, op. cit., p.186.

<sup>30</sup> DE MIGUEL GARCÍA, P., *El Intervencionismo...*, op. cit., p. 302.

ley. Tal declaración tendría un sentido análogo a la declaración de dominio público o de servicio público. En este caso, el autor deja claro que la declaración no garantizaría la dirección en manos públicas de la empresa, pero sí el establecimiento de unas cargas que no existirían en otro caso.

## **b) Individualidad**

Respecto a la individualidad, SÁNCHEZ CALERO<sup>31</sup> sostiene que el empresario público, para ser tal, ha de realizar la actividad económica con una cierta autonomía con relación a la Administración general. Esto, porque existen casos en que la Administración pública realiza directamente las actividades económicas a través de sus órganos.

En estos supuestos, el problema surge porque su actuar se imputa a la personalidad jurídica a la cual está adscrita. En cambio, cuando la Administración pública crea un ente distinto de ella para que realice específicamente la actividad económica, la autonomía de la que gozará será consustancial a su existencia como una unidad jurídica diferenciada.

Por ello, para DE MIGUEL GARCÍA la individualidad se reconduce al concepto de personalidad jurídica, dice: “(...) *La indudable ventaja que tiene la personalidad jurídica como módulo básico de la estructura organizativa, es precisamente la perfecta delimitación <ad initio> de los atributos que corresponden a la figura que la ostente y que en nada se enturbia por el hecho de que se impongan limitaciones concretas, toda vez que este caso bastará con deducir de la totalidad de atributos que integran la personalidad jurídica plena, aquellos que expresamente le son negados. La personalidad jurídica sigue siendo, sin duda, el soporte más idóneo, y podríamos afirmar que el único, para apoyar sobre él esa individualidad consustancial a la empresa*”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006.

<sup>32</sup> DE MIGUEL GARCÍA, P., *El Intervencionismo...*, op. cit., p. 306.

Por lo tanto, aunque se generan dudas sobre si una Administración pública que realiza actividad materialmente económica es una empresa, la personalidad jurídica es el único factor que puede proporcionar la claridad suficiente. Éste es el elemento que, en efecto, determina dentro de los distintos supuestos la existencia de una verdadera empresa pública, así como ayuda a decidir qué régimen jurídico es el aplicable a la misma.

### c) Realización de una actividad económica

Éste último rasgo es la pieza que compacta la identificación de una empresa pública, porque podemos encontrar ciertos entes con personería jurídica, creados por la Administración pública, con forma societaria, pero que realizan actividad administrativa<sup>33</sup>. Sin embargo, no son empresas en sí mismas porque una empresa debe realizar una actividad cuyo objetivo sea económico como es la producción, circulación y/o venta de productos o servicios.

Finalmente, existe en la doctrina una controversia mercantilista sobre la identificación del objetivo económico con el ánimo de lucro. DE MIGUEL GARCÍA, al respecto, sostiene: *“aunque el lucro sea el fin normalmente buscado por el empresario, este fin es meramente subjetivo o último, toda vez que el auténtico fin primario de la empresa, y éste si tiene un carácter esencial, es la producción de bienes y prestación de servicios, con independencia de sus efectos positivos o negativos sobre la economía de su titular”*<sup>34</sup>.

En consecuencia, el objetivo económico de la actividad no es el lucro, sino la concatenación de actos de comercio bajo una estructura organizada. En el caso de las empresas públicas, el fin último no recibe el nombre de lucro sino de interés general. La empresa pública no pierde su carácter de empresa por el hecho de ejecutar una actividad que no sea rentable bajo una perspectiva económica, puesto que su rentabilidad se mide en términos sociales.

---

<sup>33</sup> Se explica con mayor detalle en el apartado sobre “La forma social” de la empresa pública en la página 42 y siguientes.

<sup>34</sup> DE MIGUEL GARCÍA, P., *El Intervencionismo...*, op. cit., p. 317.

### 2.1.2 Según la normativa

En el Perú, el D. Leg. N° 1031 no ha definido lo que se debe entender por empresa pública, sin embargo el artículo 3° ha señalado lo siguiente: *“La actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Las empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil”*.

Asimismo, el artículo 4° de la mismo decreto señala lo siguiente:

*“La actividad empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes formas:*

*4.1 Empresas del Estado con accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.*

*4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.*

*4.3. Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación. El accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye Actividad Empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas”*.

Por su parte, el numeral 3° del artículo 14 del D. Leg. N° 1044, Ley de represión de la competencia desleal, señala: *“La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o*

*empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial”.*

Del sentido literal del texto de las normas citadas podemos extraer algunas conclusiones preliminares que nos acercarán a lo que se admite como empresa pública en el Perú:

- a.- La actividad empresarial del Estado puede ser desarrollada directamente por una entidad pública o, de forma indirecta por una empresa pública.
- b.- La actividad empresarial del Estado se puede desarrollar en cualquier sector económico como, por ejemplo, electricidad, finanzas, hidrocarburos, y remediación, saneamiento, infraestructura y transporte, entre otros.
- c.- Las empresas públicas pueden ser de accionariado único o accionariado privado. Las de accionariado único poseen capital totalmente público. Las de accionariado privado poseen accionariado mayoritariamente público. Por lo tanto, no son empresas públicas aquellas en las que el Estado tiene participación minoritaria.
- d.- Las empresas públicas pueden ser empresas con potestades públicas o empresas sin potestades públicas. Las empresas con potestades públicas las utilizan para realizar actividad administrativa y no realizan actividad económica. Contrario sensu, las empresas sin potestades públicas realizan actividades propiamente económicas.
- e.- Las empresas de accionariado público o privado sólo pueden ser sociedades anónimas. En cambio, las empresas con potestades públicas pueden adoptar, aparentemente, cualquier forma social.
- e.- Las empresas públicas se rigen por normas de derecho público y por normas de derecho privado.

De lo expuesto, se puede decir que el legislador peruano ha adoptado de forma total sólo uno de los tres rasgos constitutivos del concepto de empresa pública, propuestos por la doctrina: *la*

*presencia de la Administración pública.* Por este rasgo, una empresa pública debe tener la mayor parte de la propiedad y dirección de su organización en mano pública. Esto también se conoce como el Principio de proporcionalidad de las sociedades anónimas. Mediante este principio el poder económico mayoritario dentro de la empresa se traduce en poder administrativo efectivo de la misma. Así, al rechazarse como empresas públicas peruanas a aquellas en las que el Estado tiene accionariado minoritario, se acepta tácitamente este principio. Asimismo, la adopción de dicho rasgo (presencia de la Administración pública) se evidencia en la aceptación de empresas que son públicas por el hecho de haber sido declaradas como tal en su ley de creación.

Respecto a la individualidad como rasgo constitutivo del concepto de empresa pública, puede decirse que en el Perú ha sido aceptado de forma parcial. Recordemos que la individualidad se refiere a que toda empresa pública debe tener su propia personalidad jurídica. Sin embargo, el artículo 60° de la constitución prevé: “*el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta”*. **La actividad empresarial directa** la realiza una entidad pública al mismo tiempo que desarrolla las funciones propias de su naturaleza. De otro lado, **la actividad empresarial del Estado indirecta** se desarrolla cuando el Estado se vale de una persona jurídica distinta, creada para tal fin, es decir, una empresa pública.

El D. Leg. N° 1044 es la norma que confirma la existencia de actividad empresarial del Estado de forma directa. Esto porque, mediante su artículo 14° la establece como un supuesto de actividad empresarial anticompetitiva, aquella que se desarrolla contraviniendo lo establecido por el artículo 60°. Por su parte el D. Leg. N° 1031 establece que la actividad empresarial sólo puede ser desarrollada por una persona jurídica con forma social mercantil, la cual será un sujeto de derechos y deberes por sí mismo. Por lo tanto en el Perú, se acepta la personalidad jurídica (individualidad) como rasgo de la empresa pública sólo para los casos de actividad empresarial indirecta.

Esto es particularmente perjudicial desde el punto de vista conceptual, pero también por los efectos prácticos a los que conlleva. La actividad empresarial directa no crea una empresa pública, y en consecuencia, el mismo ente público desarrolla actividades económicas a la par de actividades administrativas. Desde el punto de vista contable y tributario, constituye una ardua tarea diferenciar las operaciones de una u otra naturaleza. En cambio, una persona jurídica con forma societaria mercantil posee sus propios libros contables, con lo cual el control y la fiscalización del uso y destino de los fondos públicos pueden desarrollarse con mayor celeridad y eficacia.

Por último, en el Perú también se ha aceptado de forma parcial el rasgo correspondiente a la realización de una actividad económica. Esto porque, se acepta como empresa pública a personas jurídicas que realizan una actividad propiamente económica (producción, distribución, comercialización de bienes y servicios), pero también a aquellas personas jurídicas que, en su lugar, desarrollan actividad administrativa. Estas empresas han sido descritas en el numeral 3 del artículo 4° del D. Leg. N° 1031. Allí se establece que también son empresas públicas las de propiedad estatal, cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Es en el ejercicio de tales potestades que, realizan actividad administrativa.

Estas empresas son públicas porque su ley de creación las declara como tal y porque tendrán potestades públicas que utilizarán en el desarrollo de sus actividades. Coincidimos con la doctrina en que, en estos casos estamos frente a verdaderas administraciones públicas autónomas y no ante empresas públicas propiamente dichas. A este tipo de empresas les falta el último rasgo. Para el caso de Perúpetro, por ejemplo, esta empresa pública tiene como giro de su negocio, la administración de los lotes petroleros del país a través de contratos de concesión, actividad que por su propia naturaleza no es económica sino esencialmente administrativa. Perúpetro participa en la contratación como si fuera titular de los lotes petroleros, es decir como el Estado, y es quien decide a qué empresa privada otorgar la concesión.

Según la definición establecida en la doctrina, sería incorrecto que empresas públicas realicen actividad administrativa, pero según la legislación peruana, no lo sería. Aparentemente, en el Perú, una persona jurídica mercantil es la adecuada para realizar actividad administrativa, porque su forma privada permitiría recurrir a la aplicación del derecho privado. Se piensa que, la flexibilidad del régimen privado es la ventaja con la que se consigue mayor operatividad y agilidad de las actividades administrativas, mayor eficiencia en la gestión, y en consecuencia, mejor prosecución de los intereses generales. Este fenómeno es conocido como la huida del derecho administrativo. Se denomina así a la formas de actuación administrativa que buscan sujetarse al derecho privado, para evadir los controles y formalidades propias del derecho público.

LAGUNA DE PAZ ha dicho al respecto: *“Como justificación, en el discurso político, profesional, e, incluso, académico –desde una superficial cultura de la eficacia– con frecuencia se aduce que el Derecho Administrativo –lento, rígido y burocrático– para muchas actividades que asume la Administración, sencillamente no sirve. Con este pretexto se usa y abusa de las vías excepcionales de flexibilización del sistema que contiene el propio Derecho Administrativo, liberando de garantías las enajenaciones patrimoniales o recurriendo a la contratación directa para casi un tercio de las operaciones que concierne la Administración (...) A veces se da un paso más. Con la excusa de conseguir mayor operatividad y eficacia –no siempre demostrada–, la Administración crecientemente encomienda la realización de tareas a entes públicos creados ad hoc –a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho privado- o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla”*<sup>35</sup>.

No obstante, la instrumentalización de formas societarias para realizar actividad administrativa, no garantiza la sujeción automática y absoluta de tales actividades al derecho privado. El régimen aplicable a la actividad sigue, en principio, a la naturaleza

---

<sup>35</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* N° 136, Enero – abril 1995, p. 202.

de la actividad misma. Si la actividad que desarrolla la empresa es administrativa, al ser una actividad de naturaleza pública debería aplicársele el derecho público. El derecho público es el que asegura suficientemente los principios y contenidos que la actividad pública exige. Sin embargo, en la práctica peruana, esto no siempre se cumple, y es en esos casos en los que se presenta la huida del derecho administrativo.

### 3. Elemento Eficiente:

La constitución señala que quien puede crear una empresa pública es el Estado. El término “Estado” puede ser entendido en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio, el Estado es el conjunto de instituciones que ejercen poder público sobre un conglomerado social, política y jurídicamente constituido. Así, cualquier organización que ejerce poder público es órgano del Estado. En sentido estricto, en cambio, el Estado es una persona jurídica y dentro de él, se inscriben personificados sólo tres órganos: el legislativo, judicial y administrativo<sup>36</sup>. Por ello, a la luz de esta definición, cualquier otro ente que goce de su propia personalidad jurídica no puede ser órgano del Estado.

En el régimen peruano, el artículo 188° de la Constitución Política del Perú contempla que: *“El proceso de descentralización se realiza por etapas... que permitan una adecuada... transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales”*. En ese sentido, la descentralización territorial es una concesión de “autonomía” y no de “soberanía”, porque estos entes territoriales (gobierno regional y local) se encuentran encuadrados en un orden más amplio por su vinculación al ordenamiento jurídico nacional, fundado en la Constitución<sup>37</sup>. Así lo establece también el artículo 191° de la constitución: *“Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica, y administrativa...”*. El Tribunal constitucional ha dicho sobre la autonomía de las regiones y municipios que: *“es el derecho y*

---

<sup>36</sup> ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra Editores: Universidad de Piura, Lima, 2010.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 52 a 56.

*capacidad efectiva de gobernar, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia*”<sup>38</sup>.

En ese sentido, la autonomía de los gobiernos regionales y locales se manifiesta en primer lugar en que gozan de personalidad jurídica. La región y el municipio han sido constituidas como personas jurídicas con sus propios órganos de naturaleza legislativa (consejo regional o municipal) y administrativa (gobernador regional y alcalde). Por lo tanto, desde la definición “Estado – persona jurídica”, la región y el municipio no son órganos del Estado. Así, dado que en el Perú la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) y la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipales (LOM), le otorgan a la región y el municipio, la facultad de crear sus propias empresas públicas; el artículo 60° de la constitución al referirse al “Estado”, se está refiriendo a la definición de éste en sentido amplio y no en sentido estricto. Sólo así se entiende que la región y el municipio puedan crear empresas públicas. En consecuencia, en la creación de una empresa pública regional y local, quienes representan al Estado (en sentido amplio), son la región y el municipio, respectivamente.

Ahora bien, un punto importante a tratar es la cuestión sobre si el Gobierno Nacional puede crear empresas públicas regionales y locales. Al respecto, mediante la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, se estableció que los niveles de gobierno inferiores al gobierno nacional, es decir, la región y el municipio, tienen atribuciones dentro del ámbito territorial de su jurisdicción. Así, el numeral 2 del artículo 7° de la ley en mención, ha establecido que el gobierno nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República; por su parte, los gobiernos regionales y los gobiernos municipales, la tienen en su respectiva circunscripción territorial.

Lo establecido en la ley ha concretado el contenido del Principio de subsidiariedad en su dimensión vertical. La subsidiariedad vertical sienta sus bases sobre el contenido axiológico de Principio de gobierno de las mayorías y de respeto a las minorías, el Principio de autonomía político-social<sup>39</sup> y el principio de descentralización. Esto es así porque mediante

---

<sup>38</sup> *Ibíd.*

<sup>39</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ – CRUZAT, J. M., *El Principio de Subsidiariedad (...)*, Ob. cit., p. 15

la subsidiariedad vertical “*se restringe el ámbito de responsabilidad y de determinación competencial de las autoridades situadas en los niveles superiores del poder público en beneficio de la atribución del ejercicio de responsabilidades públicas a las instancias de ámbito inferior*”<sup>40</sup>. Se entiende por lo tanto que, las instancias superiores del poder no deben hacer aquello de lo que son capaces de hacer por sí solas las instancias inferiores.

En el Derecho Comparado, la Carta Europea de Autonomía Local destaca en su artículo 3º que el Principio de autonomía constituye el soporte ideológico e institucional del Principio de subsidiariedad en su dimensión vertical. De acuerdo con BRÁNDES SÁNCHEZ-CRUZAT, en dicha definición del principio de autonomía local se ha establecido una presunción de carácter general en favor de la atribución competencial de una parte sustancial de los asuntos públicos en favor de entes locales que asumen la dirección y gestión bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes<sup>41</sup>.

En consecuencia, el ejercicio de las competencias públicas debe incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. Por lo tanto, si el contenido nuclear de la autonomía local (municipal y regional) es el derecho de los municipios de intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, es jurídicamente válido y necesario que sean ellos quienes sean los titulares de la creación de empresas públicas regionales y locales, y no el gobierno nacional.

En consecuencia, a la luz de la subsidiariedad vertical, el Gobierno Nacional no puede hacer aquello que tienen asignado hacer los niveles descentralizados de gobierno. El Gobierno Central, entonces, sólo puede crear empresas nacionales y no tiene la facultad de crear una empresa pública regional y/o municipal. Por ello, tiene sentido que las empresas regionales y locales hayan sido excluidas del holding del FONAFE, puesto que éste pertenece gobierno nacional. En cambio, las empresas regionales y locales pertenecen a sus respectivas regiones y municipios. Así también, tiene sentido que el artículo 42º de la Ley orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) señale que el régimen jurídico del sector

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, J. M., *El Principio de Subsidiariedad (...)*, Ob. cit., p. 51

empresarial de ámbito nacional, se rige por las normas que regulan la actividad empresarial del Estado, o sea el D. Leg. N° 1031, el cual solo aplica a las empresas del FONAFE o sea sólo las empresas públicas nacionales.

A continuación se explicará la base legal por la cual se ha atribuido a los gobiernos regionales y locales la facultad de crear empresas públicas respectivamente.

### **3.1 El Gobierno Regional**

En el artículo 35° de la Ley de descentralización, se detallan las competencias exclusivas de los gobiernos regionales. En el literal f) de la disposición en mención se ha contemplado como una de dichas competencias la de: *“Promover la formación de empresas y unidades económicas regionales para concertar sistemas productivos y de servicios”*.

Asimismo, el literal f) del numeral 1 del artículo 10° de la LOGR, la confirma como una facultad exclusiva. También el Literal j) del artículo 15 de la misma ley establece como una de las atribuciones del Consejo Regional, la de *“aprobar la creación, venta, concesión o contratos, disolución, de sus empresas y otras formas empresariales, bienes y/o activos regionales, conforme a la Constitución y la ley”*. La norma es precisa y clara. No cabe duda que la Administración pública a quien se le ha atribuido la facultad de crear una empresa pública regional es el Gobierno Regional.

Las normas citadas otorgan sentido a la decisión del legislador de haber excluido del ámbito del FONAFE a este tipo de empresas. Este nivel de gobierno es el llamado a esta tarea porque tal como lo dice el artículo 5° de la LOGR: *“La misión de los gobiernos regionales es la de organizar y conducir la gestión pública de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, en el marco de políticas sectoriales, para contribuir al desarrollo integral y sostenible de la región”*, (el subrayado es agregado).

Además de la ley como fundamento jurídico, la insuficiente iniciativa privada en el ámbito regional es el fundamento fáctico para que el Gobierno Regional sea la Administración pública idónea con la

facultad de crear una empresa pública regional. En el capítulo anterior se explicó que, el mercado relevante con una demanda insatisfecha es la circunstancia habilitante de la actividad empresarial pública. Allí quedó establecido que para identificar una demanda insatisfecha era preciso a) delimitar geográficamente el lugar donde se produce el bien o se presta el servicio, y b) cuál es dicho bien o servicio con una alta demanda insatisfecha.

Así, dado que el Gobierno regional está circunscrito a un espacio geográfico determinado con una población determinada, no hay nadie mejor que él para conocer las necesidades de su territorio y para velar por su propio desarrollo económico. Así también lo dice el artículo 6° de la Ley en mención: *“El desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo social, poblacional, cultural y ambiental, a través de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional, orientado hacia el ejercicio plenos de los derechos de hombres y mujeres con igualdad de oportunidades”*.

Una empresa pública regional es por tanto un instrumento de intervención pública en la economía de una región. Es una organización con forma societaria mercantil, creada por un Gobierno Regional en pro de impulsar el desarrollo económico de la región, para ejecutar una actividad de carácter económico y temporal, en principio. También podrá constituirse como una empresa con potestades públicas de acuerdo al ordenamiento peruano.

### **3.2 El Gobierno Local**

La LOM, es la norma que atribuye a los Gobiernos Locales la facultad de crear empresas públicas municipales. Los numerales 24 y 25 del artículo 20° detallan las atribuciones del alcalde vinculadas a este tema. En primer lugar, la de proponer la creación de empresas municipales bajo cualquier modalidad legalmente permitida, sugerir la participación accionaria, y recomendar la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos municipales. En segundo lugar, la atribución de supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las

empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector público.

La estructura orgánica de las municipalidades está compuesta por el consejo municipal y la alcaldía. Ambos son órganos que trabajan en conjunto. En ese sentido y según la LOM, es el Consejo Municipal como órgano legislativo y fiscalizador quien está a cargo de la aprobación de la propuesta del Alcalde de crear una empresa pública municipal. Así lo establece el artículo 35° de LOM: “*las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores (...)*”. Solo después de creada, el Alcalde entonces es responsable de buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las mismas.

#### **4. Elemento Formal**

##### **4.1 El acto de constitución: Norma con rango de ley**

De acuerdo con la constitución, toda empresa pública se crea mediante un acto legislativo. En este apartado queda por estudiar cuales son las normas con rango de ley en el ámbito regional y municipal que crean empresas públicas regionales y municipales respectivamente.

##### **a) Para la Empresa Pública Regional: Ordenanza Regional**

Según el artículo 11° de la LOGR, la estructura orgánica de los gobiernos regionales está conformada por los siguientes órganos:

- *El consejo regional*, quien es el órgano normativo y fiscalizador del gobierno regional integrado por los consejeros regionales.
- *El gobernador regional*<sup>42</sup>, como órgano ejecutivo del gobierno.
- *El consejo de coordinación regional*, como órgano consultivo y de coordinación del gobierno regional con las municipalidades,

---

<sup>42</sup> Mediante la Ley N° 30305 del 10/03/2015, Ley de reforma de los artículos 191°, 194° y 203° de la Constitución Política del Perú, se varió la denominación de “presidente regional” a la de “gobernador regional” y la de “vicepresidente regional” por la de “vicegobernador regional”.

integrado por los alcaldes provinciales y por los representantes de la sociedad civil.

Según lo estipulado por la citada norma, el Consejo Regional es el encargado de la emisión de normas. Así también lo confirma el literal a) del artículo 15° de la LOGR que contempla como una de sus funciones: “*aprobar, modificar o derogar las normas que regulen o reglamenten los asuntos y materias de competencia y funciones del gobierno regional*”. Así de acuerdo con el artículo 37° de la LOGR, el Consejo Regional está facultado para emitir dos tipos de normas: las Ordenanzas Regionales y los Acuerdos de Consejo regional.

En ese sentido, el artículo 38° de la misma ley establece que: “*las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia. Una vez aprobadas por el Consejo Regional son remitidas a la Presidencia Regional para su promulgación en un plazo de 10 días naturales*”. Mientras que los Acuerdos de Consejo Regional según el artículo 39°: “*expresan la decisión de este órgano sobre asuntos internos del Consejo Regional, de interés público, ciudadano, institucional o declara su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional. Los acuerdos regionales serán aprobados por mayoría simple de sus miembros, el reglamento del Consejo Regional podrá aprobar otras mayorías para aprobar normas*”.

Para averiguar cuál de estas dos normas es la idónea para crear una empresa pública regional, es preciso recurrir al numeral 4 del artículo 200° de la Constitución. En dicha disposición se prevén las normas contra las que procede la Acción de Inconstitucionalidad: “*procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso, normas regionales de carácter general (...) que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*”. Como se lee, en el ámbito regional las normas con rango de ley son aquellas que tienen carácter general, es decir las Ordenanzas Regionales, tal y como lo determina el artículo 38° de la LOGR. En consecuencia, al ser las normas con rango de ley en el ámbito regional, solo por Ordenanza regional se puede crear una empresa pública regional.

Aunque el artículo 37° de la LOGR señala que el gobernador regional puede emitir dos tipos de normas: los Decretos Regionales (reglamento) y las Resoluciones Regionales, tales disposiciones constituyen esencialmente actos administrativos y no legislativos. Ello es así por las definiciones establecidas en los artículos 40° y 41° de la misma ley. Por lo tanto, por medio de éstas no se pueden crear empresas públicas.

Asimismo, el Consejo Regional es el único facultado para aprobar la creación y disolución de una empresa pública regional en concordancia con el literal j) del artículo 15° de la LOGR, el cual establece como otras de sus facultades la de: *“aprobar la creación, venta concesión o contratos, disolución de sus empresas y otras formas empresariales, bienes y/o activos regionales, conforme a la Constitución y la Ley”*.

La LOGR no señala si la aprobación del Consejo Regional debe darse por mayoría simple o calificada. Si la ley no ha hecho diferencia, debe regir la regla general. El artículo 106° de la constitución establece que sólo las leyes orgánicas requieren para su aprobación o modificación, el voto favorable del número legal de miembros del congreso. Esto es, mayoría calificada. Por ello, debido a que la Ordenanza regional no es una ley orgánica, rige la mayoría simple para la creación de una empresa pública regional. Aprobada la Ordenanza regional, el gobernador regional solo tiene encomendada la promulgación según el literal o) del artículo 21° de la LOGR.

***b) Para la Empresa Pública Municipal: Ordenanza Municipal***

Según el artículo 4° de la LOM, la estructura orgánica de las municipalidades está conformada por los siguientes órganos:

- *El Consejo Municipal*, conformado por el alcalde y el número de regidores que establezca el jurado de elecciones, ejerce funciones normativas y fiscalizadoras.
- *La Alcaldía*, es el órgano ejecutivo del gobierno local. Es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa.

Al igual que el Consejo Regional, el Consejo Municipal es el encargado de la emisión de normas. Así consta en el numeral 8 del artículo 9° de la LOM que contempla como una de sus funciones: *“Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos”*. De acuerdo con el artículo 39° de la misma ley, el Consejo Municipal está facultado para emitir dos tipos de normas: las Ordenanzas Municipales y las Resoluciones de Consejo.

Las Ordenanzas Municipales son definidas en el artículo 40° como: *“normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa”*. En cambio, el artículo 41° establece que: *“Los acuerdos son decisiones que toma el concejo, referidas asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional”*.

Para averiguar cuál de estas dos normas es la idónea para crear una empresa pública municipal, también es preciso recurrir al numeral 4 del artículo 200° de la Constitución, ya citado. En él se prevén las normas contra las que procede la Acción de Inconstitucionalidad, entre las que figura la ordenanza municipal. De acuerdo con ello, no cabe duda que en el ámbito municipal las normas con rango de ley son las ordenanzas municipales. Por lo tanto, es a través de éstas que se crean a las empresas públicas municipales.

No obstante, en la LOM existe un requisito adicional que no aparece en la LOGR. Aquí, el proceso de creación de una empresa pública se inicia con la propuesta del Alcalde de acuerdo con numeral 24 del artículo 20°. El Artículo 35° de la misma ley completa el procedimiento de creación de una empresa pública municipal: *“Las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo de consejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores (...)”*.

De acuerdo con las citadas disposiciones, la creación de una empresa pública municipal es propuesta por el Alcalde y aprobada posteriormente por el concejo municipal mediante mayoría absoluta. La

ley no menciona en qué oportunidad debe ser presentada la propuesta. Sin embargo, al sujetar la aprobación a la mayoría absoluta, se interpreta que la propuesta debe presentarse en sesión de Consejo Municipal.

#### **4.2 El contenido del acto de constitución:**

El pacto social es el acuerdo de voluntades de los socios por el que nace la sociedad<sup>43</sup>. Sin embargo, la empresa pública no nace por pacto social, es decir, no es el producto de un acuerdo de voluntades. La empresa pública es la consecuencia del ejercicio de una potestad pública administrativa y por ello se crea por ley. No obstante, el contenido de la norma con rango de ley que crea la empresa pública con forma societaria mercantil debe remitirse a lo dispuesto por la LGS. Interpretando el artículo 54° de la LGS, el acto de constitución debe contener lo siguiente:

1. Los datos de los fundadores,
2. La manifestación expresa de la voluntad de los accionistas de constituir la forma social que corresponda;
3. El monto del capital y las acciones en que se divide;
4. La forma como se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista en dinero o en otros bienes o derechos;
5. El nombramiento y los datos de los primeros administradores; y,
6. El estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

##### **a. Forma Social de la empresa:**

La Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Modificadorias del D. Leg. N° 1031, estableció que algunas de sus normas sí son aplicables a las empresas de los tres niveles de gobierno. Es decir, pese a la exclusión de las empresas públicas regionales y municipales del ámbito de aplicación del D. Leg. N° 1031, el legislador eligió un grupo de artículos para ser aplicados a la actividad empresarial descentralizada (regional y local).

El artículo 4° del D. Leg. N° 1031 es una de dichas disposiciones. De acuerdo con esta norma, la actividad empresarial del Estado en sus

---

<sup>43</sup> NORTHCOTE SANDOVAL, C., GARCÍA QUISPE, J. L., TAMBINI ÁVILA, M., *Manual Práctico de la Ley General de Sociedades*, Instituto Pacífico, Lima 2012, p. 17.

tres niveles de gobierno solo puede desarrollarse bajo alguna de las siguientes formas:

- De accionariado único: son empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones. Por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.
- De accionariado privado: son empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas. En ellas, el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y ejerce el control mayoritario de la Junta General de Accionistas. Aquí existen accionistas minoritarios no vinculados al Estado. Cabe resaltar, que en doctrina estas empresas son denominadas como de capital mixto.
- Con potestades públicas: son empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.

Según la ley, la empresa pública puede adoptar cualquier tipo de forma social aprobada por la LGS. Los tipos previstos en la ley se dividen en dos grandes grupos: las sociedades de personas y las sociedades de capital. En las primeras, para adquirir la calidad de socio, interesan las cualidades personales y no el aporte de capital. Por ello, en este tipo de sociedades, la responsabilidad es siempre solidaria. En cambio, en las segundas, el aporte dinerario es fundamental para adquirir la calidad de socio y para fijar las responsabilidades de cada uno. La responsabilidad limitada es un rasgo común en este tipo de sociedades.

De acuerdo con ello, las empresas públicas sólo pueden constituirse como sociedades de capital, en las que importa el aporte económico, porque el Estado no posee cualidades personales como una persona natural y para asociarse con privados no le importan sus cualidades personales sino la capacidad de aporte monetario a la futura empresa. Por lo tanto, si las empresas solo pueden constituirse como sociedades de capital, no es cierto que las empresas con potestades públicas puedan constituirse como cualquier tipo social, sino sólo como sociedades de capital según la LGS: sociedad anónima, sociedad anónima abierta, sociedad anónima cerrada y la sociedad en comandita por acciones. No

obstante, la sociedad anónima es la forma social tradicional que adoptan las empresas públicas sean de accionariado único o privado, o con potestades públicas.

El artículo 3° de la LGS señala que la sociedad anónima puede constituirse por dos formas: en un solo acto o en forma sucesiva. En la forma simultánea de constitución, todos los socios fundadores o primigenios participan en un solo acto para suscribir el pacto social y la totalidad de las acciones que conforman el capital. En cambio, en la constitución por oferta a terceros o en forma sucesiva, los socios suscriben un “Programa de fundación”, en virtud del cual se hace un ofrecimiento a terceras personas para que suscriban el capital social<sup>44</sup>.

Ahora bien, una empresa pública puede ser de accionariado totalmente público (accionariado único) o de accionariado mixto (accionariado privado). Si la empresa pública es de accionariado único, dado que el gobierno regional y/o local es el único socio, lo correspondiente es la constitución simultánea. El acto único de constitución tendrá lugar en la sesión de Concejo en la que se propone la creación de la empresa y se redacta la Ordenanza regional y/o municipal que crea la empresa.

En cambio, si se trata de una empresa pública de accionariado privado (o sea mixto), cuyo capital puede ser suscrito por privados hasta por el 49%, lo correspondiente es la constitución sucesiva, pues, para captar la inversión privada siempre se necesitará de más de un solo acto. En realidad, en el ordenamiento peruano no existe nada sobre el funcionamiento de la forma de constitución de las empresas de accionariado privado.

En el derecho comparado español, para la gestión de los servicios públicos existen múltiples tipos de contratos. Uno en particular es el llamado “Contrato de Sociedad de Economía Mixta”, por el cual el Estado acuerda con inversionistas privados, formar una empresa de capital mixto a quien se le concede la gestión de un servicio público. Pero lo más importante del caso español, es que para que el Estado contrate con los inversores privados, deberá realizarse una licitación

---

<sup>44</sup> NORTHCOTE SANDOVAL, C., GARCÍA QUISPE, J. L., TAMBINI ÁVILA, M., *Manual...*, op. cit., p. 17.

pública, pues el Estado no contrata con quien quiere sino con quien puede. Es decir que la etapa previa a la firma del contrato, en la que se busca el capital privado, funciona por licitación pública. Luego se firma el contrato y la empresa se crea con la inscripción en registros.

En el Perú, en cambio, las empresas públicas nacen por norma con rango de ley, por lo tanto la empresa pública de accionariado privado (mixto) deberá nacer por una Ordenanza regional o municipal. Pero, la etapa previa a la emisión de la ordenanza puede equipararse al caso español que hemos descrito. Es decir, la etapa en la que se busca el capital privado podría funcionar como una licitación pública. El problema es que en el Perú no hay un régimen único de contrataciones, pero lo que sí existe es el régimen de las Asociaciones Público Privadas (APP), las cuales tienen en común con las empresas públicas de accionariado privado (mixto), la participación accionarial pública y privada a la vez. Así, la fase *in fieri* del régimen de las APP puede ser equiparable a esta primera etapa previa a la emisión de la ordenanza que crea la empresa pública de accionariado mixto.

Así, la constitución de una empresa pública de accionariado privado podría tener dos etapas, y cada una iniciaría con una sesión de Concejo. En la primera sesión de Concejo que inicia la primera etapa, se aprobaría el “Programa de Constitución” mediante Resolución de Concejo (acto administrativo). Este programa debería contener la convocatoria a los inversores privados. La selección se efectuará equivalentemente a lo previsto en los artículos 31° y 32° del Decreto Supremo N° 127-2014-EF, Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas. Seleccionados los inversores, se suscriben las acciones.

En la segunda sesión de Concejo, que iniciaría la segunda etapa, se podrán invitar a los socios minoritarios, pero su presencia no es necesaria. Como se ha dicho, la potestad de crear la empresa es de la Región o del Municipio, y lo hace mediante un acto legislativo. El objetivo de esta sesión es, precisamente, la elaboración de la Ordenanza que crea la empresa pública de accionariado privado.

En consecuencia, el acto formal de inscripción de la Ordenanza en los registros públicos, no es constitutivo de la empresa pública. Tampoco le otorga personalidad jurídica, pues ésta le viene dada por la norma con

rango de ley. Sin embargo, la inscripción es necesaria para efectos de adquisición del número de Registro Único del Contribuyente (RUC).

## **b. El Capital Social**

Respecto al capital social, el artículo 51° de la LGS señala: *“en la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima”*.

La Ordenanza municipal o regional deberá indicar con cuanto capital social se funda la empresa pública regional o municipal. Asimismo, especificar en cuantas acciones está dividido. Este dato es de vital importancia porque, en el caso de las empresas de accionariado único y las empresas con potestades públicas, éstas se crean con fondos íntegramente públicos. En ese sentido, es preciso saber qué cantidad del presupuesto asignado a la región o localidad está siendo destinado a la creación de la empresa pública.

De otro lado, para el caso de las empresas de accionariado privado es importante este dato, toda vez que las acciones constituyen valores que representan la participación de cada socio en el capital social. Además, determinan el ejercicio de los derechos de cada accionista<sup>45</sup>.

No existe un mínimo legal de capital social con el que una empresa pública regional y/o municipal debe iniciar sus actividades. Sin embargo, por ejemplo, para el caso de las Cajas Municipales, el artículo 4° del Decreto Legislativo 157-90-EF establece que el capital mínimo pagado para el establecimiento y funcionamiento de una Caja Municipal de Ahorro y Crédito debe ser de cien Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

---

<sup>45</sup> RAMÍREZ OTERO, L., “Notas de Derecho de Sociedades Lección V”, *pro-manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2013, p. 70.

### c. La Junta General

La sociedad anónima ordinaria tiene 3 órganos: la Junta General, el Directorio y la Gerencia General. De acuerdo con GARCÍA PITA, se trata de centros de decisión que se hallan insertos dentro de la estructura de la sociedad, dentro de su propio cuerpo, formando parte de él<sup>46</sup>.

La Junta General es el órgano soberano de la sociedad, a ella se refiere el artículo 111° de la LGS: “*La Junta General de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia*”. Es supremo no porque tenga poderes omnímodos, sino porque sus miembros no son nombrados y removidos por alguien, son los socios.

Si una empresa pública es de accionariado único o es una empresa con potestades públicas, el único socio es la región o el municipio. En estos tipos de empresas entonces, no existe la Junta General. De otro lado, si la empresa es de accionariado privado (mixto), la Junta General estará conformada por uno o más representantes de la región o el municipio, y, por los socios privados minoritarios. Las personas que representan a los gobiernos-socios en la Junta General serán, en principio, sus representantes legales, es decir, el gobernador regional y el alcalde. Sin embargo, también es posible que la región o el municipio nombren a otras personas como sus representantes en la Junta General.

El gobernador y el alcalde no actúan como personas naturales en la Junta General, sino como representante de la organización pública quien es el socio mayoritario de la empresa. Por lo tanto, no es un cargo el que ocupan y en consecuencia, no pueden ser removidos sin expresión de causa. Sin embargo, si la región o el municipio nombran uno o más representantes para que integren la Junta general, éstos si ocupan un cargo y por lo tanto podrán ser removidos.

---

<sup>46</sup> GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., “El Derecho de Sociedades en el Perú: un análisis comparativo”, *Revista Ita Ius Esto*, Piura 2012, p. 16.

#### **d. El Directorio**

Es el órgano supremo de administración de una empresa, tal como lo contempla el artículo 152° de la LGS: *“La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes”*. Asimismo el artículo 172° de la LGS señala: *“El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general”*.

El directorio es un órgano colegiado, por lo tanto debe tener más de dos miembros. Sobre los miembros, el artículo 7° del D. L. N° 1031° establece que: *“Para ser director de un Empresa del Estado se requiere ser una persona capaz, reconocida por su trayectoria profesional y solvencia ética y moral, familiarizada con el giro del propio negocio que realiza la empresa, poseedora de una amplia experiencia en la toma de decisiones estratégicas y de gestión empresarial”*.

Los miembros del Directorio ocupan un cargo porque, son nombrados y pueden ser removidos sin expresión de causa. El acto de nombramiento del directorio puede ser un acto administrativo o un acto privado. Si la empresa pública es de accionariado único o con potestades públicas, el acto de nombramiento es un acto administrativo. Esto porque, en estos tipos de sociedades no existe Junta General. El único socio es la región o el municipio. En ese sentido, es la Administración pública quien efectúa el nombramiento mediante una actuación propia en la que ejerce poder público. Por ello, el nombramiento de los directores se da por un acto administrativo.

En cambio, si la empresa pública es de accionariado privado (mixto), el acto de nombramiento es un acto privado pues en este tipo de empresas sí existe Junta General. El nombramiento del directorio es un acto de la Junta, quien es la sociedad misma. Por lo tanto, aquí el acto de designación no es susceptible de recurso administrativo alguno.

**e. El plazo de duración**

El artículo 19º de la LGS señala claramente que: *“la duración de la sociedad puede ser por plazo determinado o indeterminado”*. Para el caso de las empresas públicas regionales y/o municipales, casi siempre se tratará de empresas con plazo determinado. La intervención de Estado como operador económico no debe ser indefinida, sino temporal. No obstante, como explicaré luego, cuando el giro del negocio de la empresa es un servicio público, no puede establecerse un plazo de existencia. Se trata de una excepción a la regla general de la temporalidad.

Como se ha dicho, por el principio de subsidiariedad, los gobiernos regionales y/o locales crean empresas públicas para impulsar el crecimiento económico de la región o localidad. La intervención pública suple la iniciativa privada pero no la reemplaza. El resultado final esperado al término del periodo, es que sean los propios privados quienes mantengan el crecimiento, satisfaciendo eficientemente las necesidades de la región o localidad.



## **CAPÍTULO III**

### **VIDA Y EXTINCIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA REGIONAL**

#### **1. Régimen Jurídico Aplicable:**

La creación de una empresa pública regional o local, aunque constituye todo un proceso que enfrenta sus propias dificultades, no es la única etapa difícil en la vida de una empresa de dicha naturaleza. Uno de los principales retos luego de la creación de una empresa pública regional y/o municipal es determinar cuál será el régimen jurídico al que estará sujeta. El catálogo de posibilidades se reduce a tres: o bien estará sujeta íntegramente al derecho público, o bien íntegramente al derecho privado, o por último a ambos en singular orden y medida.

La Primera disposición complementaria, transitoria y modificatoria del D. Leg. N°1031 señala los artículos de esta ley que son aplicables a las empresas regionales y municipales, pese a estar excluidas del ámbito de aplicación del FONAFE y del propio D. Leg. N° 1031. El legislador eligió estos artículos por su generalidad para ser aplicados a la actividad empresarial de los tres niveles de gobierno. En primer lugar tenemos al artículo 3°, en cuyo segundo párrafo dice: *“Las empresas del estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil”*, (el subrayado es agregado).

La primera conclusión que se puede extraer del párrafo citado es que a las empresas de los tres niveles de gobierno se les aplica: 1) En primer orden, las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, y 2) en segundo lugar, las normas que rigen la actividad empresarial privada, es decir la LGS y el Código Civil.

De acuerdo con la ley, la Actividad Empresarial del Estado se rige en primer lugar por el derecho Público. Ésto porque, la actividad empresarial del Estado en el Perú se fundamenta en dos principios de este régimen: el Principio de subsidiariedad económica y el Principio de solidaridad. Así la actividad empresarial estatal no es promovida en mérito a los principios de rentabilidad, eficiencia, sostenibilidad y competitividad, objetivos que guardan relación con las empresas privadas por su propia naturaleza.

En ese sentido lo ha afirmado la Sala de Defensa de la Competencia: *“La administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como una empresa privada. Las empresas e instituciones públicas también persiguen finalidades políticas y suelen tener incentivos que más bien van en contra de la rentabilidad. De hecho suele ocurrir que la actividad pública no tiene que preocuparse de sus pérdidas, ya que no quiebra y sus pérdidas se sufragan con los recursos del Estado, esto es con los tributos de cada uno de los contribuyentes”*<sup>47</sup>.

No obstante, en otro fundamento la misma sala expone: *“Pese a que en la mayoría de casos la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria permite que esta ineficiencia se encuentre excepcionalmente justificada. Las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues pueden generar un beneficio en términos sociales, satisfaciendo la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional”*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> R. N° 2550-2010/SC1-INDECOPI recaída en el Expediente N° 170-2008/CCD, fundamento 16.

<sup>48</sup> *Ibidem*, fundamento 19.

El propio Indecopi señala que la actividad empresarial del Estado, en virtud de los principios que permiten su habilitación, está sujeta al derecho Público. Una empresa pública posee una relación primigenia con la entidad pública que la crea. Lo que existe detrás de una empresa pública es una Administración pública que utiliza ésta técnica para actuar como un privado en el mercado. Para la ejecución de dicha actividad se utilizan recursos económicos públicos. Por ello, la intervención que realiza la Administración pública en la economía está sujeta a los Sistemas Administrativos del Estado como por ejemplo el Sistema de Contrataciones Públicas del Estado, el de la Contraloría General y los demás sistemas de fiscalización, control y sanción sectoriales (energía, minas, comunicaciones, transportes, etc.), como se verá en líneas posteriores. Es correcto afirmar, por lo tanto, que a una empresa pública se le aplica el derecho público en su relación con la Administración pública.

Hasta aquí, queda claro que los fundamentos que sostienen la sujeción de las empresas públicas regionales y municipales al régimen público detrás de lo dispuesto por el D. Leg. N° 1031, son los principios que inspiran y permiten la intervención del gobierno en el mercado. No obstante, la ley ha dispuesto también que a las empresas públicas regionales y municipales se les aplique las normas del Régimen Privado.

Como lo he dicho en el apartado correspondiente, la variedad de empresas públicas responde al tipo de actividad que mediante su ley de creación (ordenanza regional y/o municipal) se la ha encomendado realizar. Las empresas públicas son heterogéneas: hay empresas públicas de mercado y empresas públicas con potestades administrativas. Este planteamiento no tiene únicamente un valor conceptual, la distinta condición se traduce en diferentes modelos de gestión, gobierno, y, por supuesto, régimen jurídico. Así se justificará la necesaria presencia del derecho Administrativo en una dosis suficiente para garantizar los principios y valores afectados por el tipo de actividad que llevan a cabo las empresas con potestades públicas. Mientras que se permitirá una mucha más amplia remisión al derecho privado en las empresas públicas de mercado<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las Empresas...*, op. cit., p. 330.

La remisión al derecho privado es necesaria porque es el régimen que contiene las normas que regulan la actividad empresarial en estricto. Por ello, el D. Leg. N° 1031 precisa en el artículo 6° sobre la Política de Dividendos: *“La distribución de dividendos en las Empresas del Estado se rige por la Ley General de Sociedades y demás normas de derecho privado que resulten aplicables. La Política de dividendos de las Empresas del Estado es aprobada por la Junta General de Accionistas, considerando sus necesidades de inversión”*.

## **2. El Negocio en sí**

De acuerdo al tipo de actividad que realizan, las empresas regionales y/o municipales pueden ser empresas públicas de mercado o empresas encargadas de actividades administrativas. En ese sentido, las empresas públicas de accionariado único o de accionariado privado son empresas de mercado. Esto es así, porque no tienen potestades públicas y sólo desarrollan actividades estrictamente económicas. Por otro lado, están las empresas públicas cuya ley de creación les ha otorgado potestades públicas, cuyo ejercicio les permite desarrollar actividades administrativas y no económicas. A continuación, analizaremos un ejemplo de cada una de ellas: las empresas públicas dispensadoras de ayudas públicas como empresas con potestades públicas y las empresas públicas de servicios públicos como empresas de mercado.

### **2.1 La Empresa Pública como dispensadora de ayudas públicas.**

#### **a) Definición de Ayudas públicas:**

*“Existe una gran distancia entre aquel primer impulso de intervención pública y el actual modelo de Estado de bienestar. Mientras entonces solo se trató de socorrer a los sectores más desamparados, con el correr del tiempo la asistencia se fue extendiendo a franjas más amplias de la población (...) luego se buscó promover el bienestar de manera general (...) se perdió de vista la importancia capital de idear mecanismos a través de los cuales el sector público prestara su auxilio sin resentir las potencialidades de las fuerzas sociales, alentando más bien, a dichas fuerzas a ser ellas, en el largo plazo, las que asuman la*

*responsabilidad en la búsqueda de soluciones a los problemas surgidos en el seno de la sociedad civil*<sup>50</sup>”.

DE LA RIVA expone con estas palabras el proceso que atravesó una forma o técnica de actuación administrativa que JORDANA DE POZAS denominó “de fomento”, y a la cual definió así: “*la acción de la Administración Pública encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos (...) tiene la particularidad de pretender conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que le conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate*<sup>51</sup>”.

Etimológicamente el término fomento viene del latín *fomentum*, contracción de *fovimentum* que alude a la acción de calentar, recalentar o abrigar, y cuyos efectos son vivificar, vigorizar, excitar, promover o proteger una cosa<sup>52</sup>. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ para referirse a la actividad de fomento acuñó la expresión “*acción dispensadora de ayudas y recompensas*”, definiéndola como el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados, privados o públicos, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aun por desarrollar, quedando en este último caso afectada a su realización<sup>53</sup>.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, ayudar consiste en “prestar cooperación”, que a su vez alude etimológicamente a “operar con otro”, para un mismo fin. DE LA RIVA sostiene que las ayudas públicas son beneficios que se otorgan por algo. El nexo entre lo dado y las actividades a las que se les debe aplicar configura la estructura, y por lo tanto la esencia de esta institución<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> DE LA RIVA, I. M., *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi S. R. L., Buenos Aires 2004, p. 67-68.

<sup>51</sup> Ibidem, op. cit., p.104.

<sup>52</sup> Ibidem, op. cit., p. 114 y 115.

<sup>53</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “La actividad administrativa de ayudas y recompensas, una alternativa conceptual, en la teoría de la administración pública”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, coord., Rafael Gómez – Ferrer Morant, Cívitas, Madrid 1989, pp. 751 - 768.

<sup>54</sup> Ibidem, op. cit., p. 123.

De acuerdo a la definición de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la dispensación de bienes puede ser por accionar **inmediato** de la Administración cuando la concede por sí misma, o **mediato** cuando se vale de un sujeto activo para la dispensación. En ese sentido, la empresa pública de dispensación de ayudas públicas calza en la segunda modalidad al constituirse en aquel sujeto del que el Estado se valdría para ejecutar ayudas públicas.

La definición no alude a la condición pública o privada de los beneficiarios de las ayudas, por lo tanto en principio pueden conferirse también a favor de entes públicos. Según DE LA RIVA, ello da origen a las llamadas ayudas públicas interadministrativas. No obstante, es más conveniente que una Empresa pública regional dispense ayudas sólo a administrados y no a otros entes públicos. Ello porque las ayudas son instrumentos utilizados para el impulso económico de una región o localidad. El objetivo de la actividad empresarial es que sean posteriormente los propios administrados quienes se hagan cargo por sí solos de conservar el equilibrio económico. Si las ayudas de las empresas públicas regionales se brindan a otros entes administrativos, de alguna manera se desvían bienes o derechos que servirían para otros privados.

Por otro lado, las ayudas poseen un **carácter no devolutivo**, por lo cual la doctrina las califica de gratuitas. Ante la pregunta entonces de cómo son retribuidas, es importante mencionar que MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ señaló que las ayudas públicas son “*ventajas afectadas, beneficios vinculados*”<sup>55</sup>. Así, aunque se produce un enriquecimiento económico en el destinatario del bien o derecho, no se brindan con el objetivo de un beneficio personal, sino con vistas a que se realice una actividad que contribuye a la consecución de un interés público concreto: el impulso económico de una región. En consecuencia, las ayudas serán retribuidas en tanto y en cuanto se apliquen a la actividad económica privada que coadyuvará a la reactivación del mercado regional.

En el ordenamiento peruano no existe un bloque normativo que regule de modo general estas técnicas utilizadas por la Administración Pública. En cambio, en España, por ejemplo, cuenta con una Ley General

---

<sup>55</sup> Ibidem.

de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)<sup>56</sup>. El Derecho Europeo también se ha pronunciado sobre las ayudas públicas como instrumento de impulso económico regional. El Tratado de Funcionamiento de Unión Europea (TFUE), no las define. Sin embargo, la práctica comunitaria las delimita bajo el precepto de no distorsionar la competencia interna. En ese sentido, se presumen compatibles con el mercado interior:

- *Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida es anormalmente bajo o con grave situación de subempleo.*
- *Las ayudas que fomentan la realización de un proyecto importante o pone remedio a una perturbación a la economía de una región.*
- *Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de ciertas actividades económicas de una región.*
- *Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio*<sup>57</sup>.

LAGUNA DE PAZ sostiene que la forma más común en que se gestionan ayudas públicas mediante empresas es a través de la participación en el capital social: *“La participación en el capital social de una empresa puede ser contemplada desde una doble perspectiva. En primer lugar supone la adquisición proporcional de la propiedad y por tanto el control y dirección de la empresa. En segundo lugar, la toma de participaciones puede conllevar la atribución a la empresa de una ventaja patrimonial no devolutiva, esto es, puede ser constitutiva de una ayuda pública”*<sup>58</sup>. Según el autor, se puede aportar al capital social de una empresa o para buscar su control, dirección y utilidades de ella, o meramente para ayudar a dicha empresa, hecho que se comprueba por la gratuidad del aporte.

---

<sup>56</sup> VINCES ARBULÚ, M., *La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: notas sobre su desarrollo en el ordenamiento peruano*, en <http://www.publicaciones.usat.edu.pe>.

<sup>57</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, Editorial Aranzadi S.A.U., Pamplona 2016, pp. 420 – 422.

<sup>58</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las Empresas...*, op. cit., p. 335.

## b) Características

LAGUNA DE PAZ habla de dos características esenciales respecto de las participaciones accionariales que son ayudas públicas: debe tratarse de una participación minoritaria y con carácter temporal.

- ***La participación minoritaria como regla***

El autor explica que se trata de una regla de oro debido a que las empresas públicas regionales se sostienen con fondos públicos limitados. El objetivo de estas empresas es la promoción o impulso económico regional colaborando con la iniciativa privada. Por lo tanto, *“no se les puede responsabilizar de llevar a cabo todo el conjunto de medidas que la promoción y reestructuración industrial requiere, necesidades que deben ser cubiertas por otros cauces”*<sup>59</sup>.

La participación debe ser minoritaria porque una participación mayoritaria presupone la existencia de importantes fondos de inversión con los que una empresa pública no cuenta. Además, admitir la participación mayoritaria supone convertir a las empresas públicas en instrumentos de publicación de empresas privadas. Ello porque, si se le permite a una empresa pública adquirir la mayoría de acciones de empresas privadas, podría controlarla totalmente. Asimismo, la mayoría del capital de la empresa privada estaría constituido por fondos públicos.

Las empresas públicas regionales y/o municipales no son instrumentos de nacionalización o suplantación de la iniciativa privada, sino que se trata de socios impulsores de la misma. En el fondo esto es la subsidiariedad horizontal. Las empresas públicas regionales y/o municipales deben ayudar a las empresas privadas, no sustituirlas. Los límites oscilan entre un mínimo del 5 por 100 y un máximo del 45 por 100 del capital social de la empresa privada. Ello asegura que la empresa pública regional no asuma la dirección de la empresa privada.

---

<sup>59</sup> LAGUNA DE PAZ J. C., *Las Empresas...*, op. cit., p. 396.

- ***El carácter temporal de la participación***

En cuanto a esta característica, LAGUNA DE PAZ sostiene que dado que las empresas públicas regionales tienen la vocación de beneficiar al mayor número posible de empresas, unida a la limitación de sus recursos se encuentra la temporalidad de la ayuda como participación accionarial. Una participación permanente significaría que la empresa elegida para ser ayudada (participada) posee un proyecto inviable.

*“La ayuda pública en participación es un proceso rotativo”<sup>60</sup>*, se trata de suministrar capital a las empresas (inversión) por un determinado tiempo, para luego desinvertirlo y dedicarse a nuevas inversiones. Otra razón por la que la ayuda es temporal, es porque la empresa pública regional y/o municipal misma tiene fecha de vencimiento.

Como se explicó, la misma ley que crea una empresa pública regional o local (ordenanza regional o municipal) está obligada a pronunciarse sobre el plazo durante el cual ésta desarrollará sus actividades, toda vez que el Principio de subsidiariedad así lo exige. El estado interviene en la economía por una razón, cuando dicha razón desaparece, no tiene sentido que siga interviniendo en el mercado como un agente más.

**c) El procedimiento: selección de la empresa privada y enajenación de las participaciones**

La empresa pública regional y/o municipal que se dedique a la dispensación de ayudas públicas deberá seleccionar empresas privadas que constituyan el más eficaz impulso al desarrollo regional. Esto supone una amplia discrecionalidad. No obstante, lo que debe jugar no es la autonomía de la voluntad de quienes gestionen la empresa pública, sino el Derecho público. LAGUNA DE PAZ sugiere que la forma de asegurar ello es la publicidad de las actuaciones de la empresa pública, la información suficiente a los sectores implicados acerca de las líneas y criterios de actuación de la empresa. Porque son en el fondo Administraciones públicas. Está claro que se debe promover empresas viables económicamente, no “salvar” empresas que violentan la lógica del mercado.

---

<sup>60</sup> Ibidem, op. cit., p. 399.

Por ello, al elegir la empresa privada que recibirá la ayuda en participaciones, deben cerciorarse de que sea una empresa sana. Podrán exigir a la empresa privada la presentación de cuanta información sea necesaria para valorar su situación técnica y financiera, así como sus proyectos de actuación. Decidida la participación, deberán entregarse los montos necesarios, no más.

Durante el plazo señalado, la empresa privada debe esforzarse por alcanzar el crecimiento económico proyectado en la información que presentó. Transcurrido el tiempo en el que la empresa pública es socio minoritario de la privada, los títulos de participación se enajenan. Ello porque se utilizan en nuevas inversiones. Sin embargo, este ciclo presenta dificultades como: que las empresas participadas sean PYMES, las cuales no suelen cotizar en bolsa, lo que cierra una importante vía de transmisión de acciones; o que la empresa privada tenga limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, etc.

Por dicha razón, LAGUNA DE PAZ propone la firma de un “Protocolo o Contrato de recompra”. Se trata de un contrato debidamente garantizado que se firma al decidirse la dispensación de la ayuda pública en participaciones una vez seleccionada la empresa privada. Mediante dicho contrato la empresa pública se asegura la recompra de las acciones, transcurrido el plazo. Que los socios de la empresa privada asuman dicha responsabilidad proporciona un alto grado de credibilidad de la empresa. Sólo cuando sea posible se utilizará la vía institucional de las Bolsas de Valores o la Subasta Pública como procedimiento de enajenación de los títulos.

Se ha explicado la dispensación de ayudas como giro del negocio posible tanto para empresas públicas regionales como para empresas públicas locales o municipales. No obstante, en nuestra legislación las empresas públicas regionales son las únicas que tienen esta posibilidad, pues el Artículo 35º de la Ley Orgánica de Municipalidades ha establecido una prohibición a la actividad empresarial local, señalando que ésta únicamente puede tener como objeto social la provisión de servicios públicos municipales. Los motivos de dicha decisión no han sido expuestos en ningún lado.

## 2.2 La empresa pública como proveedor de bienes o servicios.

Se trata de empresas públicas que tienen como giro del negocio una actividad propiamente económica de prestación de bienes o servicios. En este caso el Estado actúa como un empresario privado más. No hay ejercicio de potestades públicas. Su actividad, por lo tanto, se rige estrictamente por el régimen al que somete la actividad la actividad empresarial privada, es decir la LGS.

En este grupo se encuentran las empresas públicas municipales, las cuales según el artículo 35° de la LOM solo pueden tener como objeto social la prestación de servicios públicos municipales. ARIÑO ORTIZ define el servicio público como *“la actividad del Estado, directa o indirecta, encaminada a la consecución de fines de bienestar (...) indispensables para la vida social en un momento dado (...) cuya titularidad correspondía originariamente a los particulares (...), no supone ejercicio de poderes soberanos y se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico en las que son básicas la regularidad y continuidad”*<sup>61</sup>.

El servicio público es una técnica de actuación administrativa que, tradicionalmente, está conformada por dos elementos: uno subjetivo y uno objetivo. El elemento subjetivo es la reserva de la titularidad al Estado. Ésta es la llamada “publicatio”, que se efectúa por ley expresa. En ella se establece que solo el Estado puede realizar tales prestaciones. El elemento objetivo es el servicio calificado como público para el desarrollo individual y social.

En el Perú, nos encontramos con actividades despublicadas. Es decir, el elemento subjetivo ha desaparecido. Hoy en día se utiliza la noción de “servicio esencial” como técnica predilecta para cumplir con estos fines de interés general. El servicio esencial, en el Perú, es una actividad propiamente económica, porque se trata de un conjunto de prestaciones que pertenecen al mercado. Cuando la LOM dice que las empresas públicas municipales solo pueden tener como giro del negocio la prestación de servicios públicos municipales, se refiere a servicios esenciales municipales, que podrían estar o no publicados, aunque en

---

<sup>61</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Principios del Derecho Público Económico*, ARA editores, Lima 2004, pp. 491-492.

nuestro ordenamiento particular ninguno de estos servicios está publicado.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ define el servicio esencial como *“actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción del ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social, y que, por ello no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos, en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”*<sup>62</sup>.

En ese sentido, la prestación de servicios esenciales no implica la utilización de potestades públicas, sino en cambio la mera utilización de prestaciones de tipo técnico. En cambio, en las empresas públicas de dispensación de ayudas públicas, por ejemplo, sí existe una porción del poder público que se utiliza para modificar la situación jurídica de un privado. La empresa es un instrumento para utilizar una potestad pública. Por dicha razón, ese tipo de empresas pueden confundirse esencialmente con Administraciones públicas.

Los servicios esenciales son actividades que fueron devueltas al libre mercado, pero que por su esencialidad son reguladas por el Estado. Allí donde la actividad privada no las preste o las preste insuficientemente, el Estado está obligado a prestarlas. Por lo expuesto, se sostiene que la prestación de servicios esenciales es una actividad propiamente económica.

Objetivamente, se trata de una empresa que presta un servicio esencial, pero un servicio al fin y al cabo. En consecuencia, las empresas públicas municipales son empresas de mercado y por ello, sólo podrán ser empresas de accionariado único o accionariado privado. Para ambos casos el Estado tiene total control sobre ellas por el Principio de mayoría accionarial o proporcionalidad de las sociedades anónimas.

---

<sup>62</sup> Citado por BACA ONETO, V., “Servicio Público ...”, op. cit., p. 365.

### **3. Relación entre el Entidad Regional y/o Municipal y la empresa pública**

Un punto importante a tratar es la relación existente entre la Entidad y la empresa pública que crea. La importancia de estudiar esta relación radica en que estamos frente a empresas que usan total o mayoritariamente de capital público. En consecuencia, cualquiera sea el tipo de empresa pública por el que se opte, la dirección y gestión de la empresa está a cargo del gobierno regional o local que la crea. Por ello, debe controlar la realización de los fines a los que sirve este instrumento, incluso, puede ser responsable por los posibles daños causados por las instrucciones que ha recibido la empresa pública.

#### **3.1 El control de la Administración Pública sobre la empresa pública regional y/o municipal**

La auditoría es el examen crítico y sistemático que realiza una persona o grupo de personas independientes del sistema auditado. La auditoría gubernamental es un examen objetivo, sistemático y profesional de las operaciones financieras y/o administrativas de una entidad pública sujeta al Sistema Nacional de Control. Por ello, el control gubernamental es definido como el proceso de supervisión y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, con el fin de determinar el grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado<sup>63</sup>.

De acuerdo con lo que establece la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría Nacional de la República (LSNC), en su artículo 12°, el Sistema Nacional de Control (SNC) es “*el conjunto de órganos de control, de normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada*”.

El SNC es el conjunto de entidades encargadas de efectuar el Control Gubernamental mediante procedimientos específicos lideradas por la Contraloría General de la República (CGR). Ésta, como ente

---

<sup>63</sup> RAMÍREZ DIANDERAS, R. y YÁBAR SANTILLÁN, J. L., *Pioner Control Gubernamental, Sistema de Información Integral Actualizable*, Gaceta Jurídica, Lima 2016, p.13.

rector, dirige y supervisa la eficacia del sistema. Estas tareas son efectuadas a través de manuales, directivas, reglamentos, lineamientos, y procedimientos adicionales.

El artículo 3° de la LSNC ha establecido el ámbito de aplicación del SNC, es decir cuáles son las entidades sujetas al control por el Sistema independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. El literal b) del artículo 3° señala entre dichas entidades a: *“Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria”*<sup>64</sup>.

El numeral 3 del artículo 21° de la Ley de Descentralización, por su parte establece lo siguiente: *“Los Gobiernos Regionales y Locales están sujetos al control y supervisión permanente de la Contraloría General de la República en el marco del Sistema Nacional de Control. El auditor interno o funcionario equivalente de los gobiernos regionales y locales, para fines de control concurrente y posterior, dependen funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República”*.

En la misma línea, el literal b) del artículo 75° de la LOGR establece el Régimen de Control de los mismos de la siguiente manera: *“El control a nivel regional está a cargo del Órgano Regional de Control Interno, el cual depende funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”*. De otro lado el Cuarto párrafo del artículo 35° de la LOM sostiene que: *“El control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”*.

Es importante que las leyes orgánicas hayan señalado expresamente que las empresas pertenecientes a los Gobiernos regionales y locales están sujetas al SNC. Ello porque, el numeral 2 del artículo 9° del D. Leg. N° 1031 señala que las empresas del estado están sujetas al SNC, aunque dicho artículo no fue incluido entre los artículos aplicables a las empresas públicas regionales y municipales. Por tanto, la sujeción al control viene dada por la literalidad de la LSNC y las leyes orgánicas.

---

<sup>64</sup> RAMÍREZ DIANDERAS, R., y otros, *Pioner Control Gubernamental...*, op. cit., p. 14.

El control de las entidades descritas en el artículo 3° de la LSNC se lleva a cabo por medio de los llamados “Órganos de Control Interno” (OCI). Se trata de unidades orgánicas responsables de ejercer la función de control gubernamental al interior de las entidades, sean éstas de carácter sectorial, regional, e institucional. Los OCI son las unidades orgánicas que se encargan del control gubernamental desde el interior de la entidad pública. Por ello, dependen funcionalmente de la Contraloría General de la República, aunque administrativamente dependerán de la entidad a la que controlan. Esta es la razón por la cual la entidad controlada debe proveer al OCI del personal y recursos necesarios para su operatividad<sup>65</sup>.

En ese sentido las empresas públicas regionales y/o municipales como empresas pertenecientes a los Gobiernos Regionales y Locales, contarán con un OCI en su estructura administrativa. El jefe del OCI de estas empresas, como todos los demás funcionarios de su naturaleza, será designado por la Contraloría General de la República estando obligado a sujetarse a sus lineamientos.

Los OCI se rigen por la Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, Directiva de los Órganos de Control Institucional. Es el marco normativo que regula las funciones y procesos a cargo del OCI y su interrelación con la CGR. Como consecuencia de las acciones de control llevadas a cabo por el OCI, se emiten los “Informes de Control” correspondientes. Según el artículo 10° de la LSNC, el contenido de dichos informes puede ir desde una formulación del mejoramiento de la gestión, hasta el señalamiento de responsabilidades que se hubieran identificado. Los resultados se exponen al titular de la entidad, salvo que se encuentre comprendido como presunto responsable civil o penal, como se verá en el próximo apartado.

---

<sup>65</sup> RAMÍREZ DIANDERAS, R., y otros, *Pioneer Control Gubernamental ...*, op. cit., p. 17. Aunque se ha señalado que las entidades controladas son las encargadas de proveer de personal a los OCI, es importante tener en cuenta la modificación efectuada mediante Ley N° 29555 del 12 de julio de 2010. Mediante esta ley se estableció que el personal auditor contratado para prestar servicios a los OCI, debía someterse a un proceso de incorporación de plaza y presupuestos para la CGR. El proceso se efectuó en dos etapas en los años 2011 y 2012. La medida fue tomada para garantizar la independencia de los Jefes de los OCI, así como del personal auditor, especialista y administrativo, restringiendo que estos sean contratados por las propias entidades a las que deben controlar.

Finalmente, el artículo 3° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado se refiere al ámbito de aplicación de la misma, es decir a las entidades que se encuentran comprendidas dentro de los alcances de dicha norma. El literal g) del Artículo 3° establece dentro de ese listado de entidades a “*Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno*”. Esta ley se aplica a las contrataciones que realizan las entidades para proveerse de bienes, servicios, u obras cuyo pago se asume con fondos públicos. La sujeción al Sistema de Contrataciones del Estado y al control del OSCE es otra herramienta de control de la Administración pública sobre las empresas públicas regionales y municipales, para garantizar el buen destino de los recursos públicos.

### **3.2 Responsabilidad de la Administración pública por indicaciones realizadas a la empresa pública regional y/o municipal**

La Novena Disposición Final de la LSNC define las responsabilidades administrativa funcional, civil y penal en las que pueden incurrir las entidades sujetas a control:

- Responsabilidad Administrativa Funcional.- es aquella en la que incurren servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación, o durante el desarrollo de la acción de control. Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollan una gestión deficiente.
- Responsabilidad Civil.- es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, cometen una infracción por dolo o culpa. La obligación del resarcimiento es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los (10) años de ocurridos los hechos que general el daño económico.
- Responsabilidad Penal.- es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han cometido un acto u omisión que tipifica como delito.

De estos tres tipos de responsabilidades, la que me interesa estudiar es la responsabilidad administrativa funcional. Ésta solo puede ser declarada a través de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la CGR y el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas. Este proceso es posible gracias al reconocimiento de la potestad sancionadora de la CGR mediante la Ley N° 29622. La sanción que impone la CGR deriva de los ya mencionados “Informes de Control” emitidos por los Órganos de Control Interno de cada entidad sujeta a control.

Ahora bien, la empresa pública regional o local contará con un OCI, tal como lo manda la ley, que dependerá administrativamente de la empresa pública pero funcionalmente de la Contraloría Regional. Este OCI emitirá informes. Sin embargo, estos informes no desembocarán en procedimientos sancionadores de responsabilidad administrativa funcional, toda vez que los trabajadores de la empresa pública desde el gerente hasta el conserje no son servidores públicos. Por dicha razón, ellos están exceptuados del ámbito de aplicación subjetivo de la potestad sancionadora de la CGR. Así lo ordena el artículo 40° de la Constitución política: *“no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”*. En consecuencia, los “Informes de Control” emitidos por el OCI de empresa pública sólo sirven para efectos de la determinación en sede judicial, de responsabilidad civil y penal.

Teniendo en cuenta que, usualmente la Junta General estará integrada por el gobernador regional o el alcalde, como representantes legales de los gobiernos, respectivamente. De acuerdo con la definición establecida en artículo 4° de la Ley N°28175, Ley Marco del Empleo Público, estamos frente a funcionarios públicos. Éstos integran los órganos de gestión y dirección de la empresa pública para representar al Gobierno regional o local. Por lo tanto deberían tener, en principio, responsabilidad administrativa funcional.

En el último párrafo del artículo 45° de la LOSNC se señala: *“La referida potestad sancionadora se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final.”* Hasta aquí, dado que el gobernador regional y alcalde son funcionarios públicos, parecería que sí podrían tener responsabilidad administrativa funcional. Sin embargo, el artículo citado

termina negándola: “*Son exceptuadas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político*”. Por lo tanto, mediante esta ley se excluye al gobernador regional y al alcalde de ser juzgados en un procedimiento sancionador.

Asimismo, el artículo 3° del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los OCI, señala en su último párrafo que: “*Se encuentran excluidas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político, cuya responsabilidad administrativa se sujeta a los procedimientos establecidos en cada caso*”.

En consecuencia, la CGR no puede determinar responsabilidad administrativa de los gobernadores regionales y alcaldes, por órdenes que den a la empresa pública regional o municipal, en ejercicio de sus funciones como miembros de la Junta General. Los informes que emitan el OCI de los Gobiernos regionales y locales, por la gestión de las empresas públicas, servirán únicamente para la determinación en sede judicial de responsabilidad civil o penal. Esto debe cambiar.

La exclusión de las autoridades elegidas por voto popular de este control, se basó en el hecho de que los representantes de los gobiernos, al desarrollar una función política ya cuentan con un sistema de sanciones establecido en la LOGR y la LOM. Sin embargo, los procedimientos de vacancia y suspensión de cargos no son los idóneos para declarar la responsabilidad administrativa funcional por gestión deficiente de empresa pública regional y/o municipal.

En ese sentido, la exclusión de las autoridades elegidas por voto popular, del ámbito subjetivo de la potestad sancionadora de la CGR debe eliminarse. Carece de sentido que tanto los gobiernos regionales y municipales, como las empresas que les pertenecen, cuenten con OCI si finalmente las investigaciones que realicen no desembocarán en procedimientos sancionadores por responsabilidad administrativa

funcional. Ésta es la manera para garantizar un verdadero control de la gestión y dirección de las empresas públicas descentralizadas.

#### **4. Extinción de la empresa**

Antes de entrar en el estudio de las causales de extinción de la empresa pública, es importante revisar los supuestos de irregularidad. Según la LGS, es irregular la sociedad que no se ha constituido conforme a ley o no se ha inscrito en registros públicos. El artículo 3° de la LGS establece que una sociedad adquiere la condición de irregular cuando:

1. Transcurridos 60 días de firmado el pacto social, los socios fundadores no han solicitado el otorgamiento de escritura pública.
2. Transcurridos 30 días desde que la asamblea designó a los firmantes de la escritura, éstos no han solicitado su otorgamiento.
3. Transcurridos 30 días desde que se otorgó escritura pública, sin que se haya solicitado su inscripción en registros.
4. Transcurridos 30 días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el registro.
5. Cuando se ha transformado sin observar las disposiciones de ley.
6. Cuando continúa su actividad, no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, pacto social o el estatuto.

Los dos primeros supuestos no aplican para la empresa pública regional o municipal. Ello porque ésta se crea por ordenanza y no por pacto social, ni escritura pública. El tercer y cuarto supuesto tampoco aplican, pero por una razón distinta. Para la empresa pública la inscripción en registros no es constitutiva. El acto formal de inscripción no le otorga personalidad jurídica a la empresa pública, porque ésta le viene dada por la norma con rango de ley que la crea. Por lo tanto, la falta de inscripción no puede originar su irregularidad. No obstante, como se ha dicho, la inscripción es necesaria para efectos de adquisición del número de RUC.

Sobre la quinta causal se debe hacer una precisión. Si se trata de una empresa pública de accionariado único, no aplica dicha causal. Esto, porque el único socio es el gobierno regional o municipal, entonces no necesita acordar la transformación de la empresa. En cambio, si se trata de una empresa pública de accionariado privado, sí aplica este supuesto de irregularidad, pues la Junta General está integrada también por socios

privados minoritarios. Por lo tanto, la transformación de la sociedad debe acordarse según el procedimiento que prevé la ley. Por último, el sexto supuesto de irregularidad aplica como en cualquier otra empresa.

La empresa pública regional o local se extingue como cualquier empresa. El término de su vida puede darse por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 407° de la LGS:

1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba o inscribe la prórroga en el registro.
2. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un periodo prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo.
3. Continuada inactividad de la junta general.
4. Pérdidas que produzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.
5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia.
6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses de dicha pluralidad no es reconstituida.
7. Resolución adoptada por la Corte Suprema, conforme al Artículo 410°.
8. Acuerdo de la Junta General, sin mediar causa legal o estatutaria; y,
9. Cualquier otra causa establecida en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad”.

Sobre la primera causal, el artículo 19° de la LGS, señala que *“La duración de la sociedad puede ser por plazo determinado o indeterminado. Salvo que sea prorrogado con anterioridad, vencido el plazo determinado la sociedad se disuelve de pleno derecho”*. La prórroga para el caso de las empresas públicas regionales y/o municipales puede proceder siempre que se estime conveniente o necesario para el interés general de la región o localidad.

Es una decisión que dependerá del gobierno regional o local, si se trata de una empresa de accionariado único. En cambio, si se trata de una empresa de accionariado privado, debe acordarse en Junta General. Pero en ambos casos, la prórroga debe darse por Ordenanza regional o municipal. Esto porque, el elemento formal de la actividad empresarial

del Estado así lo exige. Asimismo, la inscripción de la ordenanza en registros públicos será sólo con efectos declarativos, puesto que la prórroga corre desde el día siguiente de publicada la ordenanza. Finalmente, la prórroga del plazo también podrá ser materia de investigación de los OCI de los Gobiernos regionales y locales.

Además de estas causales establecidas en la ley, existe una causal adicional para el caso de las empresas públicas regionales y municipales. Ésta se refiere al cumplimiento del elemento final de la empresa, antes de su plazo. En ese sentido, este no es un supuesto en el que la disolución de la sociedad opere de pleno derecho. Esto porque, si así lo decidiera la Junta General, ella podría seguir funcionando hasta que se cumpla efectivamente el plazo. No obstante, de haberse cumplido con el fin, estaría plenamente habilitada para disolverse, liquidarse e inscribir la extinción de la empresa pública de acuerdo a lo que indica la LGS.



## **CONCLUSIONES**

A través de esta breve investigación, se ha pretendido construir un marco jurídico para las empresas públicas regionales y municipales. Se ha acudido a las instituciones más generales del Derecho Administrativo, para lograr un esquema estándar aplicable a este tipo de empresas. El resultado permite arribar a las siguientes conclusiones:

### **PRIMERO**

El modelo subsidiario peruano establecido en el artículo 60° de la constitución, tiene como una de sus consecuencias, la actividad empresarial pública. Por ello, la intervención del Estado en la economía como empresario posee dos fases: 1) la primera es el cumplimiento de los requisitos de la subsidiariedad y 2) la segunda, es la creación de la empresa pública.

Los requisitos de la subsidiariedad son cuatro: elemento material, elemento eficiente, elemento formal y elemento teleológico. El elemento material es el mercado relevante con una demanda insatisfecha. El elemento eficiente son los entes del Estado que pueden crear una empresa pública o, autorizar que un ente público pueda realizar actividad empresarial. El elemento formal es la autorización de un ente para realizar una actividad empresarial o, crear una empresa pública. Por último, el elemento teleológico viene determinado por el interés público o por una conveniencia en el ámbito nacional.

## SEGUNDO

La creación de la empresa pública posee cuatro elementos propios: final, material, eficiente y formal. El elemento final es el interés público o la conveniencia nacional. Ésta última solo puede ser perseguida por las empresas nacionales. En cambio, el alto interés público puede ser especificado según el nivel de gobierno. La creación de una empresa pública regional o municipal tiene como fin el impulso económico regional o local, de acuerdo con las leyes orgánicas de sus gobiernos correspondientemente.

El elemento material es el objeto de la creación: la empresa. Una empresa pública regional o municipal es un instrumento de intervención pública en la economía de una región o localidad. Es una organización con forma societaria mercantil, creada por un Gobierno regional o municipal, en pro del desarrollo económico de la región. La empresa que ejecuta una actividad de carácter económico es una empresa de mercado. También podrá constituirse como una empresa con potestades públicas, de acuerdo al ordenamiento peruano.

Elemento eficiente depende el Principio de Subsidiariedad vertical y del Principio de Descentralización. Gobierno regional es quien puede crear una empresa pública regional. El Gobierno municipal es quien puede crear una empresa pública municipal. Una empresa pública de ámbito regional o local, no puede ser creada por el Gobierno nacional.

Elemento Formal es la norma con rango de ley que crea la empresa. La empresa pública regional solo puede ser creada por Ordenanza regional. La empresa pública municipal solo puede ser por Ordenanza municipal. La ordenanza debe contener los datos sobre la forma social de la empresa, el capital, los miembros de la junta general, el directorio y el plazo de duración.

Todas las empresas públicas regionales o municipales, de accionariado único o privado, son sociedades anónimas. Las de accionariado único se constituyen por un solo acto. Las de accionariado privado se constituyen de forma sucesiva, en dos etapas. La primera etapa es equiparable con la fase *in fieri* del régimen de las APP. En la segunda etapa se crea la empresa pública regional o municipal mediante una segunda ordenanza.

En las empresas de accionariado único no existe Junta general y el único socio es el Gobierno regional o local. En las empresas de accionariado privado, la junta general está conformada por el representante del gobierno regional o local y los socios minoritarios. El directorio es designado por acto administrativo en las empresas de accionariado único. En las de accionariado privado, es nombrado por acto privado emitido por la Junta general.

### **TERCERO**

Las empresas públicas se sujetan en su relación con la Administración pública, al derecho público. La aplicación del derecho privado depende del giro del negocio de la empresa. Una empresa de mercado deberá remitirse a la LGS y código civil en mayor medida. Una empresa con potestades públicas en cambio, necesita del Derecho Administrativo.

El giro de negocio de una empresa pública regional puede ser: la realización de una actividad económica o una actividad administrativa. En cambio, las empresas públicas municipales solo pueden realizar actividades económicas, específicamente, servicios esenciales.

Cada empresa pública regional o municipal cuenta con un OCI, que depende orgánicamente de la CGR. Sin embargo, los OCI emiten informes de control que no desembocan en procedimientos sancionadores de responsabilidad administrativa funcional, porque los trabajadores de la empresa no son servidores públicos. Los gobernadores regionales y alcaldes fueron excluidos del ámbito de aplicación de los procedimientos sancionadores de responsabilidad administrativa funcional. La CGR no puede determinar su responsabilidad administrativa por órdenes que den a la empresa pública, en ejercicio de sus funciones como miembros de la Junta General. La exclusión debe ser eliminada de la ley.

La empresa pública regional o municipal se extingue como cualquier empresa. Existe una causal adicional además de las previstas en la ley, para estas empresas. Ésta se refiere al cumplimiento del elemento final de la empresa, antes de su plazo. Aquí, la disolución no opera de pleno derecho. Si la Junta lo decide, la empresa puede seguir funcionando hasta que se cumpla efectivamente el plazo.



## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra Editores: Universidad de Piura, Lima, 2010.

ARIÑO ORTIZ, G., *Principios del Derecho Público Económico*, ARA editores, Lima 2004.

BANDRÉS SÁNCHEZ – CRUZAT, J. M., *El Principio de Subsidiariedad y la administración local*, Marcial Pons, Madrid 1999.

CHANG CHUYES, G., “La Subsidiariedad del Estado en Materia Económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria: Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”, en *II Convención de Derecho Público*, (BECERRA GÓMEZ, A. M. y CASTILLO CÓRDOVA, L.: coordinadores), Palestra Editores, Lima 2015.

CHANG CHUYES, G., “Regulación e intervención del Estado en la economía”, *Compendio de experiencias de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras privadas de fondo de pensiones*, Superintendencia de Banca, Seguros, y Administradoras privadas de pensiones – Cooperación Suiza SECO, Lima 2016.

COROMINES, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid 2008.

- DE LA RIVA, I. M., *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi S. R. L., Buenos Aires 2004.
- DE MIGUEL GARCÍA, P., *El intervencionismo y la empresa pública*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1974.
- Diccionario VOX, Latín-Español*, Larousse Editorial S.L., 21ª Edición, Reimpresión 2008, Barcelona 2008.
- FALLA JARA, A., “Notas de Derecho de la Competencia”, Lección I, *pro-manuscrito*, Universidad de Piura, Piura 2014.
- GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L., “El Derecho de Sociedades en el Perú: un análisis comparativo”, *Revista Ita Ius Esto*, Piura 2012.
- IBÁÑEZ LANGLOIS, J. M., *Doctrina Social de la Iglesia*, EUNSA, Pamplona 1987.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las empresas públicas de promoción económica regional: La Empresa Pública como instrumento de Gestión de Ayudas*, Montecorvo, Madrid 1991.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, Editorial Aranzadi S.A.U., Pamplona 2016.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública N° 136*, Enero – abril 1995.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “La actividad administrativa de ayudas y recompensas, una alternativa conceptual, en la teoría de la administración pública”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, coord., Rafael Gómez – Ferrer Morant, Cívitas, Madrid 1989.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid 1986.

MEILÁN GIL, J. L., “Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España”, en *La empresa pública en España*, IEF, Madrid 1972.

MILLÁN PUELLES, A., *Economía y Libertad*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid 1974.

NORTHCOTE SANDOVAL, C., GARCÍA QUISPE, J. L., TAMBINI ÁVILA, M., *Manual Práctico de la Ley General de Sociedades*, Instituto Pacífico, Lima 2012.

PÉREZ SÁNCHEZ, P., *El Principio de Subsidiariedad: su función en el orden social*, Mar Adentro, Lima 2013.

PÍO XI, *Quadragesimo Anno*, Ed. Paulinas, n.80.

RAMÍREZ DIANDERAS, R. y YÁBAR SANTILLÁN, J. L., *Pioner Control Gubernamental, Sistema de Información Integral Actualizable*, Gaceta Jurídica, Lima 2016.

RAMÍREZ OTERO, L., “Notas de Derecho de Sociedades Lección V”, *pro-manuscrito*, Universidad de Piura, Piura 2013.

RODRÍGUEZ CASADO, V., *Los orígenes del capitalismo y del socialismo*, Espasa-Calpe, Madrid 1981.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006.

RAMÍREZ OTERO, L., “Notas de Derecho de Sociedades Lección V”, *pro-manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2013.

### **Recursos Virtuales**

BLUME FORTINI, E., *La constitución económica Peruana y el Derecho de la Competencia*. Recurso electrónico en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo> (Consultado el 18.04.2017).

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Recurso electrónico en <http://www.rae.es/>, (Consultado el 21.01.2017).

VINCES ARBULÚ, M., *La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: notas sobre su desarrollo en el ordenamiento peruano*. Recurso electrónico en [http:// www. publicaciones.usat.edu.pe.](http://www.publicaciones.usat.edu.pe), (Consultado el 17.05.2017).