

Luis Ferney Moreno Castillo
Luis A. Ortiz Zamora (Directores)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN

VOL. II

LA REGULACIÓN EN LOS TIEMPOS DEL COVID



Asier
Asociación Iberoamericana de Regulación

Universidad
Externado
de Colombia

ANUARIO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN
VOL. II: LA REGULACIÓN EN LOS TIEMPOS DEL COVID

LUIS FERNEY
MORENO CASTILLO

LUIS A.
ORTIZ ZAMORA
(DIRECTORES)

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE REGULACIÓN

VOL. II
LA REGULACIÓN EN LOS TIEMPOS
DEL COVID

ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE REGULACIÓN (ASIER)
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Anuario iberoamericano de regulación. Vol. II, La regulación en los tiempos del covid / Pedro Vitor Botan Bicerri [y otros]; Luis Ferney Moreno Castillo y Luis A. Ortiz Zamora (directores). — Bogotá : Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER) : Universidad Externado de Colombia. 2022. — Primera edición. 583 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587909531 (impreso)

1. Covid-19 (Enfermedad) -- Aspectos ambientales -- Colombia 2. Covid-19 (Enfermedad) -- Aspectos socioeconómicos -- Colombia 3. Covid-19 (Enfermedad) -- Aspectos socioeconómicos -- Chile 4. Covid-19 (Enfermedad) -- Aspectos sanitarios -- Costa Rica 5. Pandemias -- Aspectos económicos 6. Salud pública -- Aspectos socioeconómicos 7. Planificación de la salud -- Aspectos socioeconómicos 8. Telecomunicaciones -- Aspectos socioeconómicos -- Ecuador 9. Regulación económica -- Aspectos económicos I. Moreno Castillo, Luis Ferney, director II. Ortiz Zamora, Luis A., director III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área de Procesos Técnicos. EAP.

noviembre de 2022

ISBN 978-958-790-953-1

© 2022, LUIS FERNEY MORENO CASTILLO Y LUIS A. ORTIZ ZAMORA (DIRECTORES)

© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (+57) 601 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2022

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Ángela María Pérez Beltrán

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ERICK CUBA MENESES

*Los desafíos del principio de subsidiariedad
en el contexto de pandemia del COVID- 19*

RESUMEN

El autor revisa brevemente los orígenes y el contenido del principio de subsidiariedad para examinar sus alcances y articulación en el ordenamiento constitucional peruano. Con ese bagaje teórico, evalúa la eficacia y los desafíos a los que se enfrenta el principio de subsidiariedad y su articulación con el de supletoriedad y la función de orientación del mercado. En ese sentido, el autor presenta el caso de las personas mayores de 65 años y de personas con discapacidad y la implementación de un proyecto por parte del Estado peruano para atenderles durante la pandemia, en el entendido de que el principio de subsidiariedad no está en conflicto con las aspiraciones de equidad de una sociedad.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta antes de la Constitución de 1993, el Perú vivía bajo un régimen económico que permitía al Estado manejar la economía, que abandonaba a la voluntad política del momento y no a las leyes del mercado la estabilidad macro y micro económica y, permitía al gobierno intervenir a través de cualquier cauce en el desenvolvimiento de la actividad económica. En un contexto así, entidades públicas y empresas estatales prestaban servicios en competencia con las empresas privadas, apoyadas por un marco regulatorio complaciente, lo que no hacía más que generar distorsiones y desequilibrio, largas colas en panaderías y mercados, empresas privadas quebradas, inversionistas extranjeros retirándose, entre otras calamidades (Contreras y Cueto, 2004). Esta situación no se ha repetido luego de la Constitución de 1993, pese a que –como en los años 1980– ha habido crisis económicas globales.

Es de celebrar ello, más aún, tomando en cuenta la rauda recuperación luego del duro golpe a la economía peruana que representó la pandemia y

* Abogado y Mag. en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú, con estudios del Master Level Degree (DSU) en Derecho Administrativo en la Universidad París – Pantheón – Assas (Francia) y de la Maestría en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico. Profesor del Programa de Especialización en Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad Tecnológica del Perú (UTP). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER y de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo – APDA- Correo electrónico de contacto: ecubam@gmail.com

las medidas de cuarentena, que tuvo su momento álgido en el mes de abril de año 2020, cuando la economía se contrajo 39.2 %, una cifra preocupante respecto de sus pares en la región, según cifras del Instituto Peruano de Economía – IPE (2020). En buena medida, esta recuperación se debió a las decisiones de política económica, que lejos de centralizar y planificar, optaron por promover el mantenimiento de la cadena de pago con mayor liquidez y un apoyo a las empresas privadas que continuaron brindando bienes y servicios, así como los programas de crédito estatales han mejorado el financiamiento y la liquidez empresarial. Todo ello se debe a un mercado fuerte y competitivo, pero también a un Estado que entiende su *rol* y su lugar en la economía.

No obstante, aún quedan retos y desafíos por asumir. La pandemia ha endurecido debates que han permanecido un tanto imperceptibles. La compra de vacunas por parte de privados, el control de precios de bienes esenciales como el oxígeno, la intervención temporal de clínicas privadas –posibilidad contemplada en la Ley General de Salud–, el reparto de derechos y deberes en los contratos laborales, etc. La forma de afrontar esos conflictos será una adecuada comprensión del principio de subsidiariedad. En ese sentido, este trabajo apunta a presentar de manera general distintos aspectos del principio de subsidiariedad. Para ello se buscará su esencia en sus orígenes para, luego, revisar cómo articula este principio con la gama de principios en los que se *fundamenta* el ordenamiento jurídico peruano. En un momento posterior se entrará a la cuestión de la subsidiariedad en la Constitución peruana de 1993 para culminar exponiendo los grandes retos a los que se debe enfrentar el Estado de cara a los problemas que trae la pandemia y los pedidos por más intervencionismo.

2. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

La primera formulación del contenido del principio de subsidiariedad se le atribuye a la doctrina social de la iglesia (católica), específicamente al papa León XIII (1981) en la Encíclica *Rerum novarum*. El sumo pontífice sostenía, calificando de injusto, que el individuo y la familia sean absorbidos por el Estado. Más bien “lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie”. El *rol* de los gobernantes, pues, sería el de “atender a la defensa de

la comunidad y de sus miembros [...]. Si, por tanto, se ha producido amenaza o algún daño al bien común o a los intereses de cada una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá afrontarlo el poder público”.

El nombre de *principio de subsidiariedad* surgió en el siglo XX en “un contexto sociopolítico, en el que estaban en auge en todo el mundo diversos regímenes totalitarios. En estos totalitarismos, cada individuo, su dignidad y libertad, así como las expresiones más inmediatas de estas, estaban gravemente comprometidos” (Martínez, 2003). Una conceptualización más acabada la ofrecerá Pío XI (1931) en la encíclica *Quadragesimo anno*, a través de la voz latina *subsidium aferre*, que indica la idea de “prestar ayuda”. Así lo expresó el sumo pontífice:

Como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo [...] quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, **ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.** (las negrillas son nuestras)

La subsidiariedad es: una solución del pensamiento social de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, que propone una nueva visión y entendimiento de la relación entre el Estado y la sociedad y sus consecuencias en la organización e institucionalidad.

Luego, el papa Juan XXIII (1961), en la encíclica *Mater et magistra*, sostuvo que el principio de subsidiariedad es indispensable para garantizar las libertades económicas de los particulares y la expansión de la libre iniciativa privada “salvaguardando, sin embargo, incólumes los derechos esenciales de la persona humana”.

De hecho, el Compendio de la doctrina social de la iglesia define de la siguiente manera este principio:

Conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda («subsidium») —por tanto, de apoyo, promoción, desarrollo— respecto a las menores. De este modo, los cuerpos sociales intermedios pueden desarrollar adecuadamente las funciones que les competen, sin deber cederlas injustamente a otras agregaciones sociales de nivel superior, de las que terminarían por ser absorbidos y sustituidos y por ver negada, en definitiva, su dignidad propia y su espacio vital (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2004).

Con esta enunciación del contenido del principio, va quedando claro cuál es el papel del Estado en la economía. La labor, entonces, de la Administración pública es "... proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad" (Márquez Sillero, 2006, p. 56).

El principio de subsidiariedad resuelve el conflicto Estado – sociedad (muy presente en la filosofía hegeliana y en la filosofía política liberal clásica) en favor del equilibrio entre lo público y lo privado: el Estado se hace cargo de corregir fallas de mercado y dirigir u orientar la actividad privada hacia el bien común. El principio *in comento* supone, entonces, una *Market Failure Solver State Theory*. La subsidiariedad prescribe que el aparato estatal cree condiciones favorables a las libertades de los particulares y que la intervención del Estado, sin dejar de lado lo primero, se encargue de orientar a los particulares hacia el bienestar general (Constitución Política del Perú [Const.], art. 58, 29 de diciembre de 1992).

3. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

El principio de subsidiariedad es el principio de la autonomía de los cuerpos intermedios, en el orden institucional del Estado. Esto lo articula con y optimiza el principio fundamental de dignidad humana en, al menos, dos de los sentidos que se le atribuye: como autonomía moral y como aspiración normativa.

Lo primero por cuanto la dignidad como autonomía "implica respetar a los individuos –como sujetos racionales y moralmente autónomos– en lo que deciden, reco[no]ciendo así como su responsabilidad y atribuyéndole las consecuencias de las relaciones normativas en las que participan conscientemente" (Sosa Sacio, 2017, p. 91). En los términos de Kant, la autonomía moral indica la capacidad de un sujeto de adecuar su conducta a una ley categórica, universal (Sosa Sacio, 2017, p. 90). En tanto ello es así, el principio de subsidiariedad articula para garantizar que las libertades económicas, que se desprenden de la dignidad humana, sean ejercidas sin obstrucciones ni limitaciones arbitrarias por parte del Estado.

Lo segundo, por cuanto la dignidad como mandado de asegurar a cada individuo el mínimo indispensable de condiciones de vida, implica que el Estado debe adoptar una política económica y una postura frente al mercado

que permita una distribución eficiente de los bienes que produce la sociedad. La subsidiariedad contiene cualquier distorsión inadecuada, limitando el actuar estatal a las fallas de mercado que impide su desenvolvimiento correcto y acorde a los fines constitucionales que el mercado –en tanto bien constitucionalmente protegido– pretende cumplir.

En ese entendido, el principio de subsidiariedad es un principio básico del Estado Constitucional de Derecho, indispensable para la optimización de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Con ello, aunque no estuviera reconocido, se desprendería sin complicaciones de los principios que sustentan, de acuerdo a los artículos 1 y 2 Const., el derecho peruano: la dignidad, la libertad y la igualdad.

Además, el principio de subsidiariedad es entendido como uno de los componentes del Estado Constitucional. Así lo estableció el Tribunal Constitucional, en la STC N° 0008-2003-AI/TC (fundamento jurídico 13), al afirmar los tres elementos de una economía social de mercado: bienestar social, mercado libre y subsidiariedad. En ese entendido, el principio de subsidiariedad, en los términos del tribunal cumple una función “integradora” y “consensual” del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias” (fundamento jurídico 22).

4. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Este principio es instituido por el artículo 60 Const., de la siguiente manera.

Artículo 60. Pluralismo Económico.

[...]

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

Este reconocimiento implicó un giro copernicano en el entendimiento de la dualidad Estado – economía (Kresalja Roselló, 2015, p. 85). Pese a que los textos constitucionales de 1979 y 1993 aluden al interés público en este

punto, el segundo sí implica una restricción bastante clara de la actividad empresarial del Estado y su *rol* respecto del mercado. Es decir, en el actual texto constitucional, el interés público pueda resguardado siempre que el Estado limite su actuar en la economía. Esta restricción se complementa con lo que se ha llamado la función orientadora o reguladora del mercado, tal como lo establece el artículo 58 Const.

Artículo 58. Economía Social de Mercado.

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, **el Estado orienta el desarrollo del país**, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. (las negrillas son nuestras)

El mismo artículo establece no una excepción sino una segunda regla a la que podría llamarse el principio de supletoriedad (Tello Alfaro, 2020), que está relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales el Estado debe satisfacer y garantizar su goce por parte de todos los ciudadanos. La justificación jurídico política está en el alto interés y valor de esos derechos, así como en los compromisos internacionales que asume el Estado peruano con la comunidad internacional. Mientras que la justificación económica radica en que la salud, la generación de empleo, el cuidado de las personas de tercera edad, la seguridad social, la educación son actividades que son desempeñadas por particulares en tanto representen una rentabilidad, pero en los casos en que no, es necesaria una intervención y participación estatal en estas áreas. En otros términos, solo serán prestados en la medida en que la inversión, el riesgo que asume un empresario al prestarlos pueda ser compensado. Esto tiene dos implicancias. La primera es que la competencia se encargará de solucionar los problemas de cobertura, de calidad y de precios (frente a lo cual funge como contenedor de las fallas, el Estado y su función orientadora) en los casos en que los particulares puedan asumir la demanda. La segunda es que el Estado debe intervenir para suplir la acción de los privados cuando y donde no existan ofertantes ni pueda establecerse competencia ni, por tanto, mercado alguno (a través del fomento o cumpliendo todas las exigencias legales, a través de la actividad empresarial), o en todo caso, cuando la oferta resulte insuficiente respecto de un estándar exigido –al Estado. Pero, hay que tener en cuenta, que las formas en que el Estado suple a los privados son provisionales.

Ello ciertamente exige del Estado, el establecimiento de filtros de acceso a los servicios prestados por él y/o una limitación a la expansión geográfica de esos servicios. Por un lado, el Estado debe cuidarse de no competir con los particulares a través de la exigencia de requisitos de goce de los servicios que ofrece de manera supletoria. Es lo que sucede con, por ejemplo, el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65. De acuerdo al artículo 3 del Decreto Supremo N° 081-2011-PCM, Decreto Supremo que crea “Pensión 65”, solo pueden acceder a él las personas mayores de 65 años que se encuentren en situación de pobreza y que no perciban otro beneficio de algún otro programa o empresa estatal o privado. Esto implica que la asistencia social será mejor canalizada hacia quienes más la necesiten y que el particular, por ejemplo, una empresa corredora de seguros no se verá perjudicada.

Por otro lado, el Estado debe cuidar la ubicación o la expansión geográfica de los locales de prestación de servicios en los casos en que sería inconstitucional establecer barreras de acceso en base a ciertas categorías como la situación económica (Durán, 2016). Esto sucede en el caso de las universidades públicas, con el fin de no incurrir en conductas competitivas o de competencia desleal.

Con esta postura ha concordado el Tribunal Constitucional peruano. Así, en la STC N° 07339-2006-PA/TC, el tribunal sostuvo que “[e]l principio de subsidiariedad económica del Estado, implica [...] un límite a la actividad estatal, [...] y [...] reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica su función de regulación y protección” (fundamento jurídico 8). Principio que “se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada” STC N° 0008-2003-AI/TC (fundamento jurídico 23).

5. TEST DE INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL INDECOP¹¹

Con relación a los actos de competencia desleal que implican una infracción al principio de subsidiariedad, la Sala Primera de Defensa de la Competen-

1 El Indecopi es el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, creado por Decreto Ley No 25868 y regido por el Decreto Legislativo No 1033. El Indecopi es el organismo técnico especializado que protege y defiende la competencia.

cia del Tribunal del Indecopi estableció tres criterios para calificar como no atentatorio al principio de subsidiariedad, en su Resolución N° 3134-2010/SC1- Indecopi:

- i) Determinar si es o no actividad empresarial del Estado,
- ii) Verificar la autorización por ley respectiva; y
- iii) Verificar si cumple o no una función social subsidiaria

El análisis dependerá de que el caso que se presente encaje en uno de tres casos establecidos en la mencionada resolución.

a. HAY DOS O MÁS EMPRESAS PRIVADAS Y UNA ESTATAL

Aquí opera la presunción legal de la adecuación del Estado de competencia y de la suficiencia. Esto significa que, por operatividad de la misma presunción, la carga de la prueba se traslada a la empresa o entidad estatal, que deberá probar que su participación o actividad no atenta contra el principio de subsidiariedad, o que las empresas privadas no eran suficientes para satisfacer la demanda, o que existen barreras para la entrada al mercado de nuevos competidores.

Dos o más empresas privadas y una empresa o entidad estatal. Siguiendo el criterio antedicho, de concurrir dos o más empresas privadas en un mercado relevante, opera la presunción legal de la adecuación del Estado de competencia y de la suficiencia. Esto significa que, por operatividad de la misma presunción, la carga de la prueba se traslada a la empresa o entidad estatal, que deberá probar que su participación o actividad no atenta contra el principio de subsidiariedad o que las empresas privadas no eran suficientes para satisfacer la demanda y/o que existen barreras a la entrada al mercado de nuevos competidores (Cuba Meneses, 2021).

Tanto la empresa privada como la entidad estatal “deberá[n] determinar la capacidad de absorción de las empresas privadas (dos o más), capacidad que será evaluada en virtud de la preparación para poder absorber la demanda dejada por la Empresa o Entidad Estatal” (Cuba Meneses, 2021). Luego, se deberá comparar la capacidad de absorción de las empresas privadas con “la capacidad que liberaría la empresa [estatal]” suponiendo que abandone el mercado (Cuba Meneses, 2021).

En un siguiente momento, la empresa estatal deberá demostrar que hay barreras de acceso al mercado para nuevos competidores. Existen tres tipos de barreras:

las barreras legales (que son implementadas a través de políticas públicas), las barreras administrativas (derivadas de la propia industria y sus complejidades), por ejemplo, en el mercado de telecomunicaciones como el tendido de redes y, las barreras de conducta (generadas propiamente por el comportamiento de las empresas que compiten en el mercado relevante, por ejemplo, la política de precios predatorios) (Cuba Meneses, 2021).

Si se comprobara la existencia de barreras burocráticas, el siguiente paso es examinar qué tan altas son las barreras, pues no podría decirse que toda barrera burocrática es un impedimento para el desarrollo de la competencia. Si tales barreras no existieran o no calificaran como altas, aún resta un margen de discrecionalidad en virtud del cual puede llegar a considerarse que la actividad cuestionada de la entidad o empresa estatal atenta de forma tangencial contra el principio de subsidiariedad (Cuba Meneses, 2021).

Si la Comisión del Indecopi decidiera en favor de la entidad o empresa estatal, el agente privado tendrá expedita la vía constitucional, mediante acción de amparo, asimismo, dado el caso de que la actividad empresarial fuera autorizada por ley del Congreso, estará expedita la vía de la acción de inconstitucionalidad.

b. HAY UNA EMPRESA PRIVADA Y UNA ESTATAL

Para poder concluir que no hay vulneración del principio de subsidiariedad, la institución competente que se aboque al conocimiento de la causa determinará si la empresa privada tiene la capacidad de hacerse cargo de la demanda del mercado, en la eventualidad de que este se libere, o que no se han hallado barreras que limiten el ingreso de nuevos ofertantes. Cabe agregar que en este caso no aplica la presunción del primer caso.

c. HAY UNA EMPRESA O ENTIDAD ESTATAL

Puesto que no hay empresa privada, lo que se debe determinar es si existen barreras para su entrada. Si no hubiera, es probable que se deba a que no hay incentivos para los agentes privados para participar en ese mercado, por lo que se concluye necesariamente que la empresa estatal sí está acorde con el principio de subsidiariedad. Ahora, si existieran tales barreras, “la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados” (Cuba Meneses, 2021).

6. LOS RETOS DEL ESTADO FRENTE A LA SUBSIDIARIEDAD EN LA PANDEMIA POR COVID-19

En este punto es necesario entrar a la exposición de un caso que apunta a demostrar el contraste entre equidad y protección del mercado por parte del Estado, para con ello, identificar cómo se articula el principio de subsidiariedad con el problema global de la equidad, que ha salido a flote en la pandemia por el COVID-19.

a. EL CASO DE LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Pese a la claridad de los postulados teóricos, la pandemia ha traído una serie de dificultades en la gestión de la economía. El primero de ellos fue, en líneas generales, cómo mantener el mercado funcionando sin intervenir en él, distorsionándolo con sobrerregulaciones o regulaciones inconstitucionales (i.e. fijación de precios), reto que fue atendido con la generación de crédito y liquidez, y que fue complementado por la expansión de *start up*, de emprendimientos virtuales y de la digitalización de los servicios que no se vio obstaculizado por el Estado.

El segundo fue más debatido. A inicios de la pandemia, se reveló que existían algunas brechas de acceso y de atención en los servicios públicos ofrecidos por el Estado. Ante ello se levantaron voces exigiendo intervención de clínicas privadas, control de precios de bienes médicos esenciales, control de tasas de interés, la liberación de los fondos de las administradoras de fondos de pensiones, etc. Ello es un reflejo de una serie de brechas estructurales que han salido a flote y que han requerido medidas rápidas de parte de la Administración Pública.

Evidencia de ello está en la forma de atención a los adultos mayores y las personas con discapacidad y la necesidad que en el contexto de la pandemia por el COVID-19, se vio por necesario la implementación de un mecanismo de acción articulada y transversal: la Red de Soporte para el Adulto Mayor con Alto Riesgo y las Personas con Discapacidad Severa (en adelante, "Red Amachay") que recoge el Informe de Eurososial, elaborado por Forttes Valdivia (2020) que realiza un diagnóstico de este proyecto del Estado peruano, a partir de las brechas que separan a los adultos mayores de 65 años y personas discapacitadas. El informe halló que los ingresos insuficientes,

la discriminación negativa con base a la edad y la discapacidad, los bajos niveles de integración social y altos niveles de exclusión digital y las mismas restricciones físicas de la población definida son factores que determinan su situación de vulnerabilidad (Forttes Valdivia, 2020). En ese sentido, la Red Amachay aunó esfuerzos para garantizar la acción del Estado sobre estas personas en el contexto del COVID-19. Es más, el informe concluye con la propuesta de la continuidad de la red, habida cuenta de la función de complementariedad que cumple respecto de los programas sociales de atención en materia de pensiones.

Por un lado, ello es muestra de que, pese al bienestar generado en estas décadas gracias al modelo económico, es necesaria una acción más comprometida y la construcción de políticas públicas dirigidas a personas en situación de vulnerabilidad. Esto no implica –y la Red Amachay lo demuestra– que se deba exigir a los particulares, bajo ciertas preconcepciones colectivistas y argumentos no jurídicos, el desempeño de una supuesta función social². Es el Estado el obligado, por la Constitución, a emplear todos los mecanismos necesarios para garantizar y optimizar los derechos y libertades de todos los ciudadanos. Lo que sí implica es que el *rol* del Estado en la economía no es uno estático o de indiferencia (el clásico *laissez faire, laissez passer*), sino uno activo de supletoriedad y orientación; implica un uso racional de los recursos fiscales dirigidos a generar condiciones de equidad y a garantizar el ejercicio de las libertades básicas. Por otro lado, la Red Amachay es un síntoma de la eficacia a la que puede llegar el Estado si enfoca el desempeño de su función social dentro de los márgenes constitucionales.

b. LOS NUEVOS RETOS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En ese sentido, se ha identificado lo siguiente como los principales nuevos retos que deberán afrontarse de cara a la pandemia:

- Promoción de condiciones de equidad en el acceso de servicios básicos. Un enfoque de los derechos fundamentales en función de las necesidades humanas básicas requiere del Estado el cumplimiento de un *rol*

2 Esto es, más allá de lo que exige la consagración constitucional de la función social de la propiedad, que no implica imposición de alguna jerarquía de valores que afecte la indemnidad patrimonial de las empresas privadas.

promotor del acceso a condiciones mínimas de bienestar. Ello debe construirse a partir del comportamiento de los agentes económicos. Por ejemplo, en otro trabajo, el autor de este artículo propuso la inclusión de cláusulas de competitividad en los contratos de concesión en el sector telecomunicaciones; esto, con la finalidad de que fuera la competencia entre las empresas y no el empleo de potestades públicas la que se encargue de que las brechas estructurales de acceso se acorten (Cuba Meneses, 2021).

- **Implementación de regulaciones dirigidas a la eficiencia.** En tiempos de pandemia los estados deben ser cuidadosos de la conducta de los agentes económicos. No solo deben implementar regulaciones que protejan el mercado de la inestabilidad y de los ataques de la contingencia pandémica, sino que están llamados a abandonar regulaciones sobre, por ejemplo, los precios de equilibrio. Una muestra de ello puede apreciarse en la gestión de los recursos y bienes esenciales como el oxígeno. Medidas de control de precios pueden perjudicar la continuidad del abastecimiento y desincentivar la permanencia de ofertantes. Se requieren regulaciones que apunten a optimizar el funcionamiento del mercado desde fuera no a atacarlo desde dentro.

- **Énfasis en la eficacia de las normas constitucionales.** Actualmente el capítulo económico de la Constitución peruana de 1993 y otras normas de rango constitucional son percibidas como objeto de un potencial cambio o reforma. Sin embargo, si se atiende adecuadamente, el déficit real se encuentra en la eficacia de las normas y en las deficiencias políticas de su implementación. Por ello, lo que debe proponerse es cambiar el énfasis de la redacción de las normas a su puesta en marcha, momento que involucra decisiones políticas al respecto, más que tecnicismo jurídico. Ello parte por aceptar una premisa que ya se ha mencionado: el principio de subsidiariedad es un principio fundamental en el Estado Constitucional.

7. CONCLUSIONES

1. El principio de subsidiariedad tiene su origen en la doctrina social de la iglesia del siglo XIX. Surge como parte del pensamiento social decimonónico que le hizo frente a una sociedad llena de disparidades y desigualdades. Pero, el principio de subsidiariedad no presupone la idea del colectivismo, sino que potencia el actuar de los grupos intermedios y el desenvolvimiento de la función constitucional del mercado.

2. En línea de lo anterior, el principio de subsidiariedad es un elemento básico de un Estado Constitucional y de la democracia participativa, en el entendido de que el bienestar y el progreso sociales no serían posibles bajo un Estado centralista y planificador que niega la intervención de los cuerpos intermedios.

3. Los problemas de equidad son dejados al Estado, puesto que el funcionamiento del mercado no es íntegro ni puede imputarse a los particulares una obligación de solidaridad.

4. El principio de subsidiariedad también implica una decisión racional entre el empleo de regulaciones, medidas de fomento y el desempeño de actividad empresarial por parte del Estado. Este deberá preferir promover el mercado y la generación de bienestar a través de él, antes que la creación de empresas estatales.

5. El principio de subsidiariedad articula con los principios fundamentales de dignidad, igualdad y libertad que inspiran el ordenamiento de derechos fundamentales, por lo que es impensable afirmar la eficacia de estos sin exigir la eficacia de aquel.

6. El caso de la Red Amachay, dirigida a la atención complementaria a adultos mayores de 65 años y a personas con discapacidad en el contexto de la pandemia por COVID-19, es una muestra de la necesidad de implementar políticas de equidad dirigidas a poblaciones en situación de vulnerabilidad que no parten por la exigencia a particulares de un *rol* de solidaridad –más allá del cumplimiento de las obligaciones tributarias–, ni de una extralimitación del principio de subsidiariedad. Más bien, es una muestra de cómo el Estado puede llegar a promover equidad dentro de sus límites constitucionales.

7. Durante la pandemia por COVID-19, el principio de subsidiariedad fue enfrentado a una serie de exigencias y embates políticos que deberán afrontarse desde la promoción de condiciones de equidad por parte del Estado, la implementación de regulaciones dirigidas a potenciar desde fuera el funcionamiento del mercado y el énfasis en la eficacia del capítulo económico de la Constitución.

8. Los retos que ha de enfrentar el principio de subsidiariedad no implican una reforma constitucional ni una modificación de las bases de la actividad económica, sino que el enfoque debe virar a la eficacia de las normas que regulan, desde el máximo nivel del ordenamiento el mercado.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú [Const.], 29 de diciembre de 1992.
- Contreras, C., y Cueto, M., *Historia del Perú contemporáneo*, 3.^a ed., Lima, Instituto de Estudios Peruanos y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- Cuba Meneses, E. G., *El principio de subsidiariedad económica en la función social del Estado. Caso: intervención del sector público y privado en la atención del grupo social de adultos mayores en el periodo 2015-2020* (Tesis para optar por el grado de magíster en Derecho de la Empresa), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2021.
- Durán, A., “Dimensión social de la actividad administrativa”, en J. Rodríguez-Arana, C. Delpiazzo, W. Zambrano y M. Rodríguez (eds.), *Función social de la Administración*, vol. I, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- Forttes Valdivia, P., “Diagnóstico Red de soporte para las personas adultas mayores y las personas con discapacidad severa”, Perú, EUROsociAL+, 2020.
- Instituto Peruano de Economía - IPE., “Boletín IPE: Economía peruana se recupera más rápido de lo previsto, Instituto Peruano de Economía”, 29 de diciembre de 2020. Consultado en: <https://www.ipe.org.pe/portal/boletin-ipe-economia-peruana-se-recupera-mas-rapido-de-lo-previsto/>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021.
- Juan XXIII, *Mater et magistra* (encíclica), Ciudad del Vaticano, 15 de mayo de 1961.
- Kresalja Roselló, B., *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- León XIII, *Rerum novarum* (encíclica), Ciudad del Vaticano, 5 de mayo de 1981.
- Márquez Sillero, C., *La exención de las fundaciones en el impuesto sobre las sociedades. Conforme a la Ley 49/2002*, Madrid, La Ley, 2006.
- Martínez, M., “La subsidiariedad y su aplicación en el ámbito de la sociedad civil”, en F. U. C. María, *Actas del IV Congreso “Católicos y Vida Pública”. Desafíos globales: La doctrina social de la Iglesia hoy*, vol. II, Madrid, Fundación Santa María, 2003.
- Pío XI, *Quadragesimo anno* (encíclica), Ciudad del Vaticano, 15 de mayo de 1931.
- Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, Ciudad del Vaticano, Editrice Vaticana, 2004.

Sosa Sacio, J. M., *Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos. Crítica a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos*, Lima, Académica española, 2017.

STC No 0008-2003-AI/TC, Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2003.

Tello Alfaro, J. A., “Subsidiariedad o suplencia: Gobiernos eficientes en tiempos de crisis”, Konrad Adenauer Stiftung: Consultado en: <https://www.kas.de/es/web/peru/einzeltitel/-/content/subsidiariedad-o-suplencia-gobiernos-eficientes-en-tiempos-de-crisis>. Fecha de consulta: 17 de junio de 2020.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en noviembre de 2022

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem

La Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER) presenta a la comunidad académica y profesional el Anuario Iberoamericano de Regulación, Volumen II, dedicado a “La regulación en los tiempos del COVID”. En esta edición han participado autores de países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México y Perú. ASIER está integrada por un grupo de profesionales de diversos países de Iberoamérica, vinculados a la regulación económica de los sectores estratégicos. Es una entidad plurinacional académica, de tipo asociativo, abierta a todos los interesados en el conocimiento y desarrollo de los mecanismos jurídicos, técnicos y económicos implicados en la regulación, la gestión y el control de los grandes sectores que sostienen la dinámica de vida de los países. En consecuencia, esta obra analiza el impacto del COVID en los diferentes sectores regulados de Iberoamérica, como energía, infraestructura, servicios públicos, entre otros.

