

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE
LA COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : POLLERÍA EL RANCHO II E.I.R.L.
DENUNCIADO : UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
SUBSIDIARIEDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN
ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES N.C.P.

SUMILLA: *se APRUEBA UN PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA que interpreta la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal–, el cual califica como acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas el desarrollo de actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, en los siguientes términos:*

- 1. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.*
- 2. Esta limitación se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de ius imperium y la prestación de servicios asistenciales.*
- 3. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación.*
- 4. En segundo lugar, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial.*

Este análisis requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal, luego de lo cual se evaluará el

carácter subsidiario de la actividad empresarial bajo alguno de los tres siguientes escenarios:

- (i) Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.**
- (ii) En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad –a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante– deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.**
- (iii) Solo participa la empresa o entidad estatal: En este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas 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.**

Si al realizar el análisis de subsidiariedad se detecta que las barreras a la entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a la referida Comisión para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la función que debe asumir la autoridad consiste en ejercer la “abogacía de la competencia” o “promoción de la competencia”, conforme al artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044.

Los diversos factores a evaluar y pasos a seguir en el análisis de subsidiariedad se encuentran detallados en el cuadro que figura como Anexo 1, el cual forma parte integrante de este precedente de observancia obligatoria.

- 5. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.**

Asimismo, se CONFIRMA la Resolución 157-2009/CCD-INDECOPI del 9 de septiembre de 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano – Puno por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal. La razón es que la Ley 23733 –Ley Universitaria– autoriza expresamente a las universidades a realizar prestaciones empresariales en tanto dichas actividades sean compatibles con sus finalidades educativas y de investigación, lo cual no se ha acreditado en el caso de la venta de pollos a la brasa desarrollada por la Universidad Nacional del Altiplano – PUNO a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del Centro de Investigación y Servicios (CIS) Frigorífico.

Lima, 29 de noviembre de 2010

I ANTECEDENTES

1. El 14 de noviembre de 2008, Pollería El Rancho II E.I.R.L. (en adelante, Pollería El Rancho) denunció a la Universidad Nacional del Altiplano – Puno¹ (en lo sucesivo, la UNAP) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal– que establece como ilícita la actividad empresarial estatal desarrollada en infracción de lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
2. En su denuncia, Pollería El Rancho señaló lo siguiente:
 - (i) de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución, la actividad empresarial del Estado solo puede ser realizada en tanto medie una autorización por

¹ R.U.C.: 20145496170.

ley expresa, no exista oferta privada suficiente y se presente una razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que justifique la necesidad de desarrollar la actividad;

- (ii) la UNAP es una entidad de enseñanza superior con personería jurídica de Derecho Público, que ha instalado en su Centro de Investigación y Servicios (CIS) Frigorífico la denominada “Pollería y Parrillería Universitaria”, establecimiento dedicado a la venta al público en general de pollos a la brasa; y,
 - (iii) la referida actividad empresarial no contaría con un mandato legal expreso habilitante ni sería compatible con fines educacionales, culturales y de investigación. Asimismo, su desarrollo genera la distracción de fondos públicos escasos que deberían ser destinados a objetivos educacionales; más aún cuando en el mercado de la ciudad de Puno existen diversos establecimientos comerciales que satisfacen suficientemente la demanda de pollos a la brasa.
3. El 22 de diciembre de 2008, personal de la Oficina Regional de Puno del Indecopi llevó a cabo, a solicitud de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión), una diligencia de inspección en el establecimiento de la “Pollería y Parrillería Universitaria”. En dicha oportunidad se captaron diversas fotografías del local comercial, se recabó información sobre los precios así como copias simples de algunas boletas de venta, y se anexó una impresión de la página web de la UNAP en la cual se anunciaba el lanzamiento de la “Pollería y Parrillería Universitaria” como una *“alternativa para los comensales puneños (...) [que] espera satisfacer la demanda y competir con calidad, higiene y variedad”*.
 4. El 4 de febrero de 2009, la UNAP presentó sus descargos alegando que la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico es un centro de investigación y formación profesional compatible con los fines educativos propios de un centro universitario, que beneficia a los estudiantes de sus escuelas profesionales, personal administrativo y docentes. Asimismo, refirió que la “Pollería y Parrillería Universitaria” no realiza competencia desleal pues no goza de privilegios o ventajas frente a los agentes privados, dado que el desarrollo de la actividad se cubre con los recursos directamente recaudados, a la fecha viene cancelando todas sus obligaciones tributarias y ha cumplido con obtener todos los títulos administrativos necesarios para desarrollar una actividad comercial.
 5. Por Carta 050-2009/CCD-INDECOPI del 3 de agosto de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Asamblea Nacional de Rectores que informe si existe algún procedimiento o norma legal que permita a las universidades nacionales ofrecer productos y/o servicios a particulares.

Mediante Oficio 1132-2009-SE/SG del 18 de agosto de 2009, la Asamblea Nacional de Rectores dio respuesta a la referida solicitud, señalando que en virtud de lo expresamente dispuesto por los artículos 12 y 79 de la Ley 23733 –Ley Universitaria–, las universidades públicas cuentan con autonomía para constituir centros de producción y prestación de servicios a favor de los particulares.

6. El 3 de septiembre de 2009, la UNAP presentó un escrito en el cual precisó que la “Pollería y Parrillería Universitaria” desarrollada en el CIS Frigorífico no es empresarial, pues su labor consiste únicamente en investigación científica-tecnológica y la formación de los estudiantes. Asimismo, agregó que, en todo caso, la actividad cuestionada sería acorde con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 23733 y sus Estatutos Universitarios, que autorizan excepcionalmente a las universidades a prestar servicios en la medida que éstos se encuentren relacionados con sus fines educativos.
7. Mediante Resolución 157-2009/CCD-INDECOPI del 9 de septiembre de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Pollería El Rancho contra la UNAP por la comisión de actos de violación de normas al desarrollar actividad empresarial no subsidiaria, sancionándola con una amonestación y ordenándole el cese definitivo e inmediato de la prestación de los servicios de pollería en tanto no cumplan con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución. La Comisión sustentó su pronunciamiento en las siguientes consideraciones:
 - (i) el artículo 79 de la Ley 23733 permite a las universidades nacionales realizar actividad empresarial, siempre que la producción de bienes o la prestación de servicios se encuentre directamente vinculada con la enseñanza de las carreras que se imparten o con la consecución de alguno de los otros fines reconocidos por el artículo 2 de la Ley 23733 (v.g. investigación, conservación y transmisión de la cultura, entre otros²); y,
 - (ii) la actividad empresarial desarrollada por la UNAP no se ajusta a los términos de la autorización expresa contenida en la Ley 23733, pues la denunciada no ha presentado medio probatorio alguno que sustente que a través de la prestación del servicio de venta de pollos a la brasa se

²

LEY 23733, Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- b) Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericana y universal;
- d) Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral; y,
- e) Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto.

cumpla algún fin de investigación científica relacionado a las carreras que se imparten en la universidad ni tampoco ha demostrado que se procure una finalidad formativa, dado que el personal que presta servicios en su “Pollería y Parrillería Universitaria” no está conformado por estudiantes, docentes o administrativos, por lo que “(...) *no es posible argumentar que algún tipo de conocimiento adquirido del devenir del trabajo en el UNA-CIS-FRIGORÍFICO pueda ser transmitido y/o aprovechado por alumnos, profesores o personal administrativo de la UNAP*”.

8. El 22 de septiembre de 2009, la UNAP apeló la Resolución 157-2009/CCD-INDECOPI alegando que en virtud de la autonomía universitaria reconocida por el artículo 18 de la Constitución, la UNAP se regía únicamente por sus estatutos y no se encontraba sujeta al mandato de subsidiariedad económica contemplado en el artículo 60 de la Constitución. Asimismo, indicó que la actividad cuestionada no era empresarial, pues una unidad empresarial es aquella constituida bajo la Ley 26887 –Ley General de Sociedades– y que organiza sus factores de producción con el fin de obtener rentabilidad a partir de la prestación de un servicio, lo que no ocurría en el caso de las prestaciones desarrolladas a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico, teniendo en cuenta que los CIS son centros de investigación sin fines de lucro que impulsan el desarrollo de la ciencia y tecnología.
9. Asimismo, en dicha oportunidad la denunciada adjuntó constancias mostrando que varios estudiantes universitarios habían cursado prácticas pre profesionales en la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico.
10. El 16 de febrero de 2010, Pollería El Rancho presentó un escrito indicando que la denunciada no había acreditado que a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS se efectúe o fomenta la investigación o experimentación en ciencia y tecnología. Asimismo, alegó que el hecho que diversos estudiantes de las escuelas profesionales de la UNAP hayan desarrollado sus prácticas pre profesionales no acredita el fin investigativo ni académico alegado, pues todos estos estudiantes no han realizado su actividad de manera conjunta ni tampoco se ha especificado cuáles eran las tareas de investigación que desarrollaban.
11. Por escrito del 18 de junio de 2010, la denunciante solicitó que se le conceda el uso de la palabra a fin de sustentar oralmente sus argumentos. Mediante escrito presentado el 9 de agosto de 2010, la UNAP también solicitó que se programe una audiencia de informe oral.
12. Mediante Requerimiento 069-2010/SC1-INDECOPI del 15 de septiembre de 2010, la Secretaría Técnica de la Sala remitió a la UNAP un cuestionario a fin de que provea de mayores detalles sobre la actividad desarrollada por la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico y el mercado de venta

de pollos a la brasa en su localidad.

13. El 12 de octubre de 2010, la UNAP dio respuesta al requerimiento de la referencia, reiterando que dentro del personal de la “Pollería y Parrillería Universitaria” laboraban algunos practicantes. Asimismo, en dicha respuesta la UNAP manifestó que los pollos, pescados y demás insumos que se utilizan en su restaurante eran obtenidos a partir de pedidos que hacían a sus proveedores.
14. El 19 de octubre de 2010, se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada, con la asistencia de los representantes del denunciante, quienes reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.
15. El 22 de octubre de 2010, la entidad denunciada presentó un escrito en el cual precisó que la actividad cuestionada no constituía un acto de competencia desleal, puesto que su funcionamiento se cubría a partir de autofinanciamiento y sin recurrir a subsidios estatales o exenciones tributarias.
16. El 10 de noviembre de 2010, se llevó a cabo una nueva audiencia de informe oral convocada de oficio por la Sala, con la presencia de los representantes de ambas partes, quienes reiteraron sus argumentos.

III CUESTIONES EN DISCUSIÓN

17. Luego de analizar los medios probatorios actuados y los argumentos expuestos por las partes, la Sala considera que se debe determinar lo siguiente:
 - (i) el contenido de cada uno de los requisitos que se deben evaluar en los procedimientos de competencia desleal iniciados por la presunta comisión de actos de violación de normas por el desarrollo de actividad empresarial estatal contraria al artículo 60 de la Constitución; y,
 - (ii) si, de ser el caso, la venta de pollos a la brasa que realiza la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico de la UNAP constituye una actividad empresarial realizada en contravención al referido mandato constitucional.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Marco teórico aplicable

III.1.1 Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

18. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del

Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.

19. Este principio se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, el cual señala que “**sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional**”.
20. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de Economía Social de Mercado acogido por la Constitución, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (v.g. libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria.
21. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad económica, señaló lo siguiente:

“Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana.”
22. La exigencia constitucional de rol subsidiario empresarial del Estado es también un límite que evita que el Estado se sobredimensione y destine los escasos recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente.
23. Por ejemplo, alguna dependencia estatal decide constituir un bazar en el cual se venden zapatos, alimentos y otros productos similares. Como en dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda bajo condiciones similares o inclusive más ventajosas, en cuanto a precio y calidad, siendo evidente que la necesidad de la población puede ser atendida de manera apropiada por los particulares, la administración pública no debería invertir en la provisión de bienes a través de bazares.
24. Otra razón típicamente aceptada que justifica el principio de subsidiariedad económica en la actividad empresarial del Estado, es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas.

25. La administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales³ y suelen tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad⁴. De hecho, es común que las actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado, esto es, con los tributos de los contribuyentes.
26. Una gestión ineficiente y motivada por decisiones políticas puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecta el entorno macroeconómico. En un estudio comparativo realizado entre diversas empresas públicas de más de noventa países, con el objeto de medir los efectos macroeconómicos que genera su gestión, se concluyó que *“el principal indicador que resume el impacto macroeconómico de las empresas públicas es su déficit global o sus necesidades de financiamiento”*⁵.
27. 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 acepta que la intervención estatal en los mercados se encuentre excepcionalmente justificada.⁶ Las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por

³ Como señala el profesor Ariño, *“(h)a sido una tentación constante de los políticos la utilización de las empresas públicas como instrumento fácil de la política: unas veces de su política antinflacionista (mediante el simple procedimiento de vender por debajo del precio de costo), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilidades de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *“Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)”*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 461.

Por su parte, Hauriou también refiere que la empresa estatal favorece el uso del denominado *spoils system* o “sistema de los despojos”, nombre con el cual se denomina aquel escenario en que el partido ganador de las elecciones, al asumir el gobierno, ocupa gran parte de los cargos directivos de las entidades estatales o empresariales del Estado. HARIOU, André. *“Derecho Constitucional e instituciones políticas”*. Barcelona: Ariel, 1980, p. 539.

⁴ Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos. Cfr: VICKERS, John y George YARROW. *“Un análisis económico de la privatización”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 49.

En la misma línea, Patrón, a propósito del rol empresarial del Estado en Latinoamérica, señala que los objetivos de muchas empresas públicas fueron paulatinamente expandiéndose hacia la consecución de fines sociales y políticos que nada tenían que ver con la rentabilidad: *“Por lo general, el común denominador a esta variedad de objetivos era la ausencia de motivación en perseguir la rentabilidad. A su vez, estos argumentos, comúnmente, simplemente enmascaraban motivaciones políticas perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que buscaban asegurar ingresos de actividades altamente productivas, concentrar su poder o emplear las EPE para otros propósitos interesados”* PATRÓN SALINAS, Carlos. *“El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica”*. En: Themis Nº 52, 2006, p.78.

⁵ Traducción libre del siguiente texto: *“The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement.”* FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. *“Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomics aspects”*. Washington: International Monetary Fund, 1986, p. 144.

⁶ Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que

empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues pueden satisfacer la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público.

28. Como lo señalan distintos autores, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Cuando la administración pública concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en situación de artificial ventaja sobre sus competidores: pueden acceder a privilegios de financiación con respaldo de los fondos públicos (subsidios), pueden ofrecer precios por debajo de determinados niveles de costos, podrían percibir ampliaciones de capital para soportar los déficits que su gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, pueden percibir privilegios jurídicos respecto de los particulares.⁷

III.1.2 El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044: metodología de aplicación

29. El INDECOPI, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y de la Sala, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos en el Decreto Legislativo 1044, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado⁸.

las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos. Cfr.: STIGLITZ, Joseph E. "La economía del sector público". Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

⁷ Cfr.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Economía y Estado". Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1993, p. 78; y, SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. "Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities". En: "Competing with the Government. Anticompetitive behavior and Public Enterprises". California: Hoover Institution Press, 2004, pp. 2 y ss. (Texto completo accesible en: http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf, página web visitada el 1 de junio de 2010)

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-**
52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

30. Uno de los supuestos de competencia desleal contemplados en el Decreto Legislativo 1044 es el de violación de normas. Dicho supuesto, recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, señala lo siguiente:

“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.”

31. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad empresarial desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en la Carta Fundamental. Así, conforme al texto del artículo 14.3, para que se configure un supuesto de violación de normas no es requisito que se acredite la obtención de una ventaja competitiva significativa, bastando que la actividad empresarial estatal viole el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución citado en el párrafo 19 que antecede.
32. A criterio de esta Sala, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la norma de competencia desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de índole empresarial. Si la conducta que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.
33. **Solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis**, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecue a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

Artículo 55.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

- (i) El primero, de tipo formal, exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre **autorizada por ley expresa**;
 - (ii) El segundo requisito es de fondo e implica **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real y potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
 - (iii) El tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**.
34. Hay que resaltar que la intervención empresarial del Estado será lícita solo en caso que supere cada uno de los tres requisitos sucesivos mencionados. A continuación se definen los alcances y contenido de cada uno de los “elementos típicos” que esta norma prevé.

III.1.2.1 Determinar si la actividad estatal es empresarial

35. El Estado puede intervenir en los mercados cumpliendo diversos roles. Así, puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso a las actividades, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se adecue al ordenamiento jurídico y resolviendo los conflictos que puedan surgir.
36. Sin embargo, el Estado también puede intervenir en los mercados participando en calidad de agente económico, como comprador u ofertante de bienes y servicios. Este segundo caso es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, provee a la población de algún producto o servicio determinado.
37. Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, **siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la**

actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio.⁹

38. Como puede apreciarse, para que pueda decirse que cierta actividad productiva por parte del estado es una actividad empresarial, se requiere la confluencia de varios elementos que serán analizados a continuación.
39. Primero, la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada “actividad estatal de autoridad pública”, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas¹⁰. Esta actividad, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional o del sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos. En esos casos, el Estado desempeña las funciones regulatorias immanentes al concepto clásico de soberanía.
40. Por tanto, al efectuar el análisis de si se está o no ante una actuación empresarial se debe delimitar primero si la actividad estatal desarrollada supone o no el ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de *ius imperium*, propias de la existencia del Estado.
41. En segundo lugar, debe descartarse de la calificación de empresarial a aquel grupo de prestaciones brindadas por el Estado que son denominadas por la doctrina como “asistenciales o sociales”.
42. La actividad de corte asistencial comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social^{11 12}.

⁹ Resulta relevante anotar que La Ley 27809 –Ley General del Sistema Concursal, también asume una definición de actividad empresarial amplia, que no exige que el agente que preste bienes o servicios procure una finalidad de lucro ni que tenga una estructura societaria “de tipo empresarial” determinada:

“Artículo 1.- Glosario

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

f) Actividad Empresarial.- *Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios.*

¹⁰ Según García Trevijano, se entiende por función o prerrogativa de autoridad pública “aquella que se desarrolla en la consecución de los fines esenciales [del Estado], en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normativa jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así toda actividad legislativa, judicial, y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, etc”. TREVIJANO GARCÍA, J. A. “Tratado de derecho administrativo”. Madrid: Editorial RDP, 1971, pp. 20 y ss.

¹¹ Cfr.: GARRIDO FALLA, Fernando. “Tratado de Derecho Administrativo”. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 347-376.

¹² Por su parte, Kresalja y Ochoa reconocen que las prestaciones asistenciales constituyen la materialización de la

43. En diversas resoluciones, la Sala de Defensa de la Competencia ha señalado que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible¹³. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comparte este parecer, pues al delimitar la definición de actividad empresarial, ha sostenido que las prestaciones asistenciales no califican como empresariales, en la medida que a través de ellas el Estado cumple compromisos sociales, esto es, funciones que constituyen expresión del Estado Social de Derecho que inspira a la organización política.¹⁴
44. Entre estas prestaciones obligatorias están aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social.¹⁵ En estos casos, el Estado cobra un monto que cubre o incluso solo subcompensa el costo de la actividad, pues su objetivo es satisfacer a aquel segmento de la población de escasos recursos que, de otra manera, no podría acceder a estos servicios esenciales.

cláusula de Estado Social de Derecho contemplada en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Para estos autores, "(...) en el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales." Ver: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CÁRDICH. "Derecho Constitucional Económico". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 239.

¹³ Ver: Resolución 0391-2007/TDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2007, correspondiente al procedimiento seguido por la señora Gladys Mercedes Simeón Vilca contra la Universidad Nacional Federico Villarreal; y, Resolución 1668-2008/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por tipo Huk Vida Asociación Civil contra la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.

¹⁴ Ver Sentencia del 17 de febrero de 1993, correspondiente al Asunto *Poucet y Pistre*

¹⁵ El Título I, Capítulo II de la Constitución Política del Perú, se denomina "*De los Derechos Sociales y Económicos*". Los principales dispositivos que demuestran la existencia de una obligación ineludible a cargo del Estado en los sectores salud, educativo y de seguridad social son los dos siguientes:

"Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
(...)

Artículo 17.- Obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria.- La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación."

Asimismo, en su artículo 58 la Constitución recoge un catálogo enunciativo de áreas en las cuales el Estado debe actuar prioritariamente. Entre estas áreas se distinguen, nuevamente, las vinculadas a los derechos sociales contenidos en el Título I, Capítulo II (salud, educación y seguridad social):

"Artículo 58.- 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." (subrayado agregado)

45. El hecho que el aparato estatal se encuentre en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución. En efecto, si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría rehuyendo del cumplimiento de una obligación prevista por disposición constitucional.
46. Conforme a lo expuesto, la actividad prestacional de bienes o servicios que brinda el Estado, que incluye la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía, será empresarial en la medida que no corresponda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales.
47. Ahora bien, ello no quiere decir que toda actividad prestacional del Estado, para ser empresarial, deba tener por objetivo el obtener rentabilidad. En efecto, es preciso señalar que resulta irrelevante que se verifique si la actividad ha sido diseñada para obtener ganancias, pues el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal, siendo indistinto si éste está o no presente.
48. La mencionada condición parte de una constatación práctica: por regla general, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal conservan un objetivo que no se agota en un fin lucrativo, sino que expresa también fines político – sociales.
49. La Sala ya ha tenido oportunidad de señalar en un anterior pronunciamiento que el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, pues en cumplimiento de tal objetivo, incluso las asociaciones pueden organizarse para proveer bienes o servicios al mercado¹⁶. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también tiene esta posición y ha sido

¹⁶ En la Resolución 1382-2007/TDC-INDECOPI del 6 de agosto de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que el hecho que la Asociación Católica Educativa Hogar de Cristo cumpliera un rol humanitario no lucrativo no constituía un obstáculo para que se considere que realiza actividad empresarial y, por consiguiente, se encuentra sujeta al sistema concursal. En dicho pronunciamiento se indicó lo siguiente:

“Si bien el Hogar de Cristo es una persona jurídica que no tiene fines lucrativos sino de índole humanitaria y asistencial, en cumplimiento de tales objetivos dicha institución realiza actividades empresariales en el mercado y, por tanto, es susceptible de ser sujeto de crédito y endeudamiento. En tal sentido, el Hogar de Cristo es sujeto pasible de ser sometido a concurso en los términos establecidos por la Ley General del Sistema Concursal y le son de aplicación las normas establecidas en dicho cuerpo legal.”

específico en el caso de las actividades estatales, manifestando en reiteradas oportunidades que para delimitar si éstas son empresariales no resulta relevante determinar si tienen fin lucrativo.¹⁷

50. De aceptarse la hipótesis en virtud de la cual la finalidad de lucro constituye el rasgo que define a la actividad empresarial, se concluiría que, por ejemplo, la prestación de bienes y servicios por una asociación civil no califica como tal por el solo hecho que el objeto social de la persona jurídica no es lucrativo.
51. Finalmente, es preciso señalar que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. Basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores.
52. Así, sobre la definición de empresa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuya posición comparte esta Sala, ha señalado en el Asunto *Höfner* que aquella refiere a *“Cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*¹⁸. En el mismo sentido, el profesor Whish, haciendo mención al mismo procedimiento, sostiene que la acepción de la actividad empresarial es comprensiva de las *“Empresas estatales (...) al igual que otros sujetos a los que se les ha encomendado tareas particulares y entidades cuasi-gubernamentales que desarrollan actividades económicas”*^{19 20}.
53. Esta idea es recogida por el propio artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que en su texto precisa que son **dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica: de un lado, las**

¹⁷ Cfr. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. “*Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una visión evolutiva*”. Madrid: Instituto de Estudios Europeos, Nº 1, junio de 2005. (Texto completo accesible en: <http://www.idee.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/Jero%20competencia%201-0511.pdf>, página web visitada el 11 de febrero de 2010).

¹⁸ Sentencia del 23 de abril de 1993 (Asunto *Höfner y Elser*). Ver también Sentencia emitida por el mismo colegiado el 30 de abril de 1985 en el Asunto *BNIC y Clair*, en la cual se determinó que el estatuto de creación público de un colegio profesional no obstaba para que algunas de sus actividades califiquen como empresariales y, por tanto, se encuentren sujetas a la aplicación del Derecho de la Competencia.

¹⁹ WHISH, Richard. “*Competition Law*”. Londres: LexisNexis, 5ta. Edición, 2003, p. 82.

²⁰ No solo los tribunales comunitarios han adoptado este criterio amplio de actividad empresarial. Por ejemplo, en 1996, la Sala de lo Civil de Düsseldorf (Alemania) consideró que la actuación que desempeñaba una escuela municipal impartiendo enseñanza era una actuación eminentemente empresarial, de manera que la Administración Pública también podía ser un agente económico cuya conducta se encuentra sometida a las reglas de leal competencia del mercado. Para un mayor detalle del caso véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “*La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos*”. *En: Revista de Derecho Mercantil*, Nº 239, 2001, pp. 265-266.

empresas estatales; y, de otro lado, las entidades de la Administración Pública que desarrollan actividad empresarial.

54. Así, dentro del rubro de empresas públicas o estatales, se encuentran todas aquellas entidades bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE que desarrollen su actividad bajo alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1031 –Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado.²¹
55. Por su parte, la actividad empresarial o comercial desarrollada por las entidades públicas se encuentra bajo el ámbito de aplicación del Decreto Supremo 088-2001-PCM²², con excepción de las actividades empresariales realizadas por los gobiernos locales, sus empresas y sus organismos públicos descentralizados, las cuales se encuentran reguladas bajo el artículo 35 de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades²³.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1031, Artículo 2.- Ámbito de aplicación.-** Las disposiciones del presente Decreto Legislativo y su Reglamento son aplicables a las Empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE.
El presente Decreto Legislativo y su Reglamento se aplican prioritariamente sobre otras disposiciones legales de igual o menor rango que resulten aplicables al caso concreto.

Artículo 4.- Formas en que se desarrolla la Actividad Empresarial del Estado.- La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes formas:

4.1 **Empresas del Estado de 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.

²² **DECRETO SUPREMO 088-2001-PCM, Artículo 1.-** Para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes a los ciudadanos, las Entidades del Sector Público requieren contar con autorización de Ley expresa. El Titular de la Entidad correspondiente cautela que dichas actividades se sujeten a las limitaciones y condiciones impuestas por la Constitución y la Ley que autoriza su desarrollo.

Artículo 9.- No se encuentran comprendidas en lo dispuesto por el presente Decreto Supremo, los Gobiernos Locales, sus empresas y sus organismos públicos descentralizados, ni las empresas o entidades que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE.

Artículo 10.- Para efectos de lo establecido en el presente dispositivo, se entiende por “Actividades Comerciales”, la venta o alquiler de bienes o servicios que no son suministrados en exclusividad por las Entidades del Sector Público, independientemente de que sean o no producidos por la misma Entidad, y que generalmente se brinda en condiciones de competencia con el sector privado.

²³ **LEY 27972, ARTÍCULO 35.- ACTIVIDAD EMPRESARIAL MUNICIPAL.-** 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. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales. En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para ésta. En ningún caso podrán constituir

56. Vista la definición de actividad empresarial estatal y sus dos posibles manifestaciones, se analizará a continuación cada uno de los requisitos habilitantes exigidos por el artículo 60 de la Constitución.

III.1.2.2 La actividad empresarial del Estado debe estar habilitada por ley expresa

57. El primer requisito de licitud previsto en el artículo 60 de la Constitución es de tipo formal y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por “ley expresa”. Para una cabal comprensión de este requisito se debe determinar, en primer lugar, a qué instrumento normativo se refiere la carta fundamental, esto es, si la mención a “ley” puede entenderse en sentido amplio o restringido. En segundo lugar, y una vez delimitado qué refiere la Constitución por “ley”, es preciso establecer qué se entiende por la característica de “expresa”.
58. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada a través de empresas públicas, no existe duda que la ley autoritativa que exige el texto constitucional se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República. En efecto, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031 exige la reserva de ley absoluta, pues establece que la actuación subsidiaria de las unidades económicas bajo el ámbito de FONAFE se desarrolla “*autorizada por Ley del Congreso de la República*”²⁴.
59. Por consiguiente, una empresa pública incumplirá el requisito formal impuesto por el artículo 60 de la Constitución si desempeña sus actividades económicas bajo la habilitación de una disposición de rango reglamentario o incluso bajo la habilitación de una norma que, siendo de rango legal, constituye un instrumento distinto al expedido por el parlamento (v.g. Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Ordenanza Regional, etcétera).
60. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada por cualquier entidad estatal fuera del ámbito de FONAFE –entidades del sector público sujetas al Decreto Supremo 088-2001-PCM, así como gobiernos locales, sus empresas

competencia desleal para el sector privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva.

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.

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1031, Artículo 3.- Ámbito de la Actividad Empresarial del Estado.-** La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del 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. (subrayado agregado)

y organismos públicos descentralizados bajo el ámbito de la Ley 27972– no existe regulación que precise qué debe entenderse por “ley”.

61. No obstante, existen varias razones que justifican que la interpretación más adecuada del referido requisito sea que la autorización de la actividad empresarial de las entidades estatales se encuentre sometida a la expedición de una ley aprobada por el parlamento.
62. Una primera razón que respalda esta interpretación es que el propio Tribunal Constitucional así lo ha señalado. Así, tanto en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005 correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC como en el fundamento jurídico 26 de su Sentencia del 14 de marzo de 2007 emitida en el Expediente 0019-2006-PI/TC, dicho colegiado manifestó que “*el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial*”, entendiéndose por “reserva de ley absoluta” la exigencia de que la ley sea expedida por el Congreso. Es decir, para el supremo intérprete de la Constitución, su artículo 60 no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.
63. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que es un principio de interpretación legal que toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente.²⁵ En tal sentido, si se considera que la participación empresarial del Estado es un escenario excepcional, entonces la lectura del requisito de “autorización por ley” para desarrollar la actividad empresarial debe entenderse restrictivamente como autorización por ley del Congreso.
64. Además, teniendo en cuenta que la participación empresarial del Estado en muchos casos se da bajo un esquema de privilegios que genera ventajas indebidas frente a los privados, es importante que el instrumento de autorización sea entendido restrictivamente a fin de evitar que se otorguen discrecionalmente habilitaciones que permitan la participación indiscriminada de empresas estatales que –como es reconocido– se encuentran en mejor posición para realizar prácticas competitivas desleales que afecten a los demás agentes privados que compiten en el mercado²⁶. Por tanto, al ser la

²⁵ El principio de interpretación según el cual las normas que establecen excepciones deben ser interpretadas restrictivamente ha sido acogido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Véase, por ejemplo, la Sentencia del 19 de enero de 2001, correspondiente al Exp. 1318-2000-HC/TC. En el mismo sentido, el profesor Rubio precisa que las normas excepcionales son normas “*cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva*”. RUBIO CORREA, Marcial. “*El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004, p. 295.

²⁶ Sappington y Sidak reconocen que las empresas estatales tienen mayores incentivos para realizar prácticas anticompetitivas debido a que: (i) generalmente gozan de privilegios y salvaguardas que les permiten discrecionalidad total en las actividades que realizan; (ii) en la mayoría de los casos, el marco legal les impone objetivos distintos a la mera maximización de beneficios; y, (iii) son empresas multiproducto con monopolios en

intervención empresarial estatal una posible causa de competencia desleal y afectación a los derechos económicos fundamentales de los demás competidores privados del mercado (propiedad y libre iniciativa privada), las reglas de interpretación constitucional reconocidas por el Tribunal Constitucional exigen que el concepto “ley” se entienda de manera restrictiva²⁷.

65. En ese sentido, la autorización por “ley” se refiere a ley emitida por el Congreso, en su condición de órgano representativo de los titulares de los derechos que serán limitados. La doctrina extranjera y nacional es mayoritaria en ese sentido²⁸, pues sostiene que una autoridad pública distinta al poder constituido no puede restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos.
66. El propio Tribunal Constitucional ha seguido este criterio para el caso de la imposición de limitaciones sobre otros derechos fundamentales de corte económico. Así, en el caso del derecho de propiedad, el tribunal ha sostenido que la declaración por ley que el texto constitucional exige para el ejercicio de la potestad expropiatoria, pese a no referir si se trata de ley en sentido formal o material, debe ser entendida en el sentido de ley aprobada por el Congreso de la República²⁹.
67. Una tercera razón que justifica que la lectura de “ley” sea restrictiva radica en que, así sea el titular del medio de producción una empresa pública propiamente dicha o una entidad estatal, igual se presenta un mismo supuesto de hecho: el desarrollo de una actividad empresarial por parte del Estado. Por ello, ante la constatación de una similar situación jurídica no existe justificación alguna para un tratamiento diferenciado que relaje el

ciertas líneas de negocios, por lo que podrían recuperar los costos de prácticas predatorias con mayor facilidad. SAPPINGTON David y Gregory SIDAK. “*Incentive for anticompetitive behavior by public enterprises*”. Working Paper 99-11, November, AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies citados por RUIZ, Gonzalo, MARTÍNEZ, Martha y Eduardo QUINTANA. “*El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia*”. En: “*Boletín Latino Americano de Concorrenca N° 22*”, 2006, p. 110.

²⁷ Este método de interpretación constitucional se denomina “*pro homine*” o “*favor libertatis*”, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 29 de enero de 2003 recaída en el Exp. 0795-2002-AA/TC, “[es aquel principio] según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”. Según Marcial Rubio, el “*principio pro homine*” conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles mayor protección. *Cfr.* RUBIO CORREA, Marcial. “*La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 369.

²⁸ Ver, entre otros: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. “*Derecho Administrativo Económico*”. Madrid: La Ley, pp. 157 y ss.; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “*La Constitución comentada*”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 842; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “*Introducción al Derecho Público Económico*”. Lima: Editorial Caballero Bustamante, 2009.

²⁹ Para una revisión de cómo ha evolucionado la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en este respecto ver: PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Omar ALVARADO ESCOBAR. “*Nadie sabe para quién trabaja. La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En: “*Constitución, economía y empresa en el Perú*”. DONAYRE MONTESINOS, Christian (Comp.). Lima: UPC, 2010.

requisito que sí es exigido expresamente a las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE. La entidad pública, al igual que una empresa estatal, debe de obtener una autorización para su actividad a través de una ley del Congreso de la República.

68. Otra razón que respalda que sea una ley del parlamento la que autorice la actividad empresarial de las entidades del sector público radica en reducir los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno. En efecto, si se va a adoptar una decisión tan excepcional –como lo es la participación del Estado como empresario–, el mejor mecanismo para asegurar que esta intervención sobre los derechos y principios constitucionales no sea arbitraria, es que sea el ente político que representa las distintas posiciones de la sociedad (poder constituido con representatividad nacional), el que adopte dicha decisión, evitándose así una intervención discrecional librada a la voluntad de autoridades no representativas.
69. Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, conforme al cual se exige que la autorización otorgada al Estado para desarrollar una actividad económica responda a un objetivo de “alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Tanto el elevado interés público como la conveniencia para los fines de la nación son aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad pública (v.g. una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo), sino por el Congreso, el mecanismo donde existen mayores exigencias para la aprobación de las normas, así como más representatividad y debate.
70. Por consiguiente, dado que conceptos como interés público o conveniencia para los fines del Estado deben ser discutidos y definidos por el Congreso, en calidad de órgano legitimado para representar los intereses de la nación, es que la exigencia de “ley” recogida en el artículo 60 de la Constitución se entiende como aquella ley producto del debate político realizado en el parlamento.
71. En conclusión, la exigencia de **autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso de la República**, siendo esta regla aplicable tanto para las empresas públicas dentro del ámbito de FONAFE, como para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos³⁰.

³⁰ Con esta conclusión se descarta aquella posición de cierto sector de la doctrina que considera que los gobiernos regionales y locales tienen la potestad de crear empresas a través de sus ordenanzas. En efecto, la Sala considera que de una adecuada lectura de los artículos 15 literal j) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades únicamente se concluye que las unidades de gobierno tienen la potestad de proponer la creación de empresas, no así crearlas vía sus propios instrumentos normativos.

72. Delimitado el alcance del término “ley” al que se refiere la Constitución, es preciso establecer qué se entiende por la característica de “expresa”.
73. En el lenguaje común, expreso significa “claro y patente”³¹. Esta Sala considera que, tal como se ha señalado en el numeral 37, si por “actividad empresarial” se entiende toda actuación dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes o servicios de cualquier índole, entonces la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada ya sea para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. Hay que resaltar, sin embargo, que expreso no quiere decir literal. Por ello, no es necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar “actividad empresarial”.
74. Esta Sala también interpreta que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma.
75. Asimismo, cuando se establece que pueden realizarse actividades complementarias o conexas a las expresamente señaladas o, más aún, cuando la autorización indica la facultad de realizar todas aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los fines para los cuales se autorizó el desarrollo de la actividad empresarial, se considerará con especial cuidado las principales funciones u objetivos que debe cumplir la empresa estatal de acuerdo con la ley respectiva, definiendo su ámbito de operaciones según las razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que la sustentan.
76. Desarrollados los alcances del primer requisito establecido en el artículo 60 de la Constitución, se analizará a continuación el contenido de la siguiente exigencia prevista en la norma constitucional, que consiste en determinar que la actividad empresarial sea de carácter subsidiario.

III.1.2.3 La actividad empresarial del Estado debe ser subsidiaria

III.1.2.3.1 Marco legal y técnico de análisis

77. Por subsidiariedad debe entenderse aquella circunstancia en la cual la intervención empresarial del Estado es excepcionalmente tolerada debido a

³¹ **expreso, sa.**
(Del lat. *expressus*, part. de *exprimĕre*).
adj. Claro, patente, especificado.
(...)
Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvvtConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=expreso (página web visitada el 19 de agosto de 2010)

que no existe oferta privada o esta es insuficiente para satisfacer las necesidades de un determinado sector de consumidores. Por tanto, no habrá rol subsidiario si es que se comprueba la existencia de oferta privada real o potencial capaz de cubrir la demanda de un determinado mercado relevante.

78. En la normativa especial de competencia desleal no se ha previsto una metodología para la evaluación de la subsidiariedad económica de la participación del Estado como proveedor de bienes y servicios. No obstante, existen otros dispositivos que sí establecen determinadas pautas para el análisis de esta condición y que sirven como importantes referentes para esta Sala.
79. Así, el artículo 4 del Decreto Supremo 034-2001-PCM que regula los procedimientos mediante los cuales FONAFE debe delimitar y autorizar el desarrollo de las empresas públicas bajo su ámbito³², así como la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo 030-2002-PCM por el cual se aprobó el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado – aplicable a las instituciones y entidades de la Administración Pública Central³³–, establecen una idéntica metodología a partir de la cual se debe llevar a cabo el análisis de subsidiariedad de las entidades bajo su ámbito. Dichas normas señalan que se deberán tomar en cuenta “*las condiciones de competencia en el mercado*”, así como “*la situación de la oferta privada en la provisión y/ o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate*”.

³² **DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, Artículo 4.-** En la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter subsidiario desarrolla el Estado, FONAFE deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- a) las condiciones de competencia en el mercado;
b) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate;
c) la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Estas condiciones sólo se verifican con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública.

FONAFE podrá solicitar un informe al INDECOPI y al titular del sector al que se encuentra adscrita la empresa de que se trate.

Dichas entidades, dentro del ámbito de sus funciones, deberán emitir un informe en un plazo no mayor de sesenta (60) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud. (subrayado agregado)
(*Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM*)

³³ **DECRETO SUPREMO 030-2002-PCM. Segunda Disposición Final.- Rol subsidiario de instituciones y entidades de la Administración Pública Central.-** La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros podrá solicitar informes al INDECOPI, sobre el rol subsidiario de las instituciones y entidades de la Administración Pública Central, que brinden servicios contra una contraprestación específica, a cargo de los ciudadanos usuarios de los mismos.

Para realizar dichos informes, INDECOPI deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- a. Las condiciones de competencia en el mercado.
b. La situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate.
c. La subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Esta última condición solamente se verificará con la existencia de una ley específica; que expresamente autorice dichas actividades.

INDECOPI deberá remitir el informe requerido, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la solicitud enviada por Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.
(subrayado agregado)

80. La Sala considera que, ante la falta de una metodología específica enunciada en el Decreto Legislativo 1044, los criterios enunciados coincidentemente en el Decreto Supremo 034-2001-PCM y el Decreto Supremo 030-2002-PCM, constituyen las pautas técnicas a partir de las cuales se debe realizar la evaluación de la subsidiariedad de cualquier tipo de actividad económica desarrollada por el Estado.
81. Asimismo, cabe agregar que el INDECOPI, a través de su Gerencia de Estudios Económicos, ha expedido en años anteriores diversos informes en los cuales desarrolló un amplio marco teórico económico para el análisis del requisito de subsidiariedad³⁴, en el cual precisamente utilizó como pautas de evaluación de la condición de subsidiariedad económica los criterios expresamente consignados en las normas reglamentarias señaladas en los tres párrafos que anteceden, profundizando en su contenido. Tales informes de la GEE constituyen importantes referentes técnicos que han sido tomados en consideración para elaborar la metodología de investigación que se desarrolla a continuación.

III.1.2.3.2 Metodología de investigación

82. Delimitar el mercado relevante es el primer paso para determinar si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada.
83. Luego, se procederá a evaluar cuál es la oferta privada disponible y si ella puede atender la demanda que hoy atiende la empresa estatal. En caso que actualmente la oferta privada no pueda atender la demanda que cubre la empresa estatal, se debe analizar si dadas las barreras a la entrada del mercado en investigación, es posible que ingresen nuevos competidores que cumplan ese rol.
- (i) Determinación del mercado relevante
84. La delimitación del mercado relevante es trascendental porque permite identificar cuáles son los competidores directos de la empresa estatal, de ser el caso que existan empresas privadas en el mercado.
85. Las normas de libre competencia contemplan una previsión legal que puede ser utilizada para nuestro análisis, pues define el concepto de mercado relevante. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas– se refiere al mercado relevante de la forma siguiente:

³⁴ Entre otros informes en los que se evaluaron las condiciones para el desarrollo de actividades empresariales del Estado, la Gerencia de Estudios Económicos elaboró los siguientes: Informe 037-2001/GEE (Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST); Informe 038-2001/GEE (Transportes Aéreos Nacionales de la Selva – TANS); Informe 039-2001/GEE (Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.); Informe 040-2001/GEE (Servicios Industriales de la Marina S.A. – SIMA PERÚ S.A.); Informe 023-2002/GEE (Perupetro); e, Informe 024-2002/GEE (COFIDE); Informe 106-2002/GEE (Banco de Materiales).

“6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.” (Subrayado agregado)

(ii) Evaluación del carácter subsidiario de la empresa estatal

86. Una vez delimitado el mercado relevante, el investigador analizará el carácter subsidiario de la empresa estatal dependiendo del escenario que se presente, el cual estará definido por el número de participantes privados en el mercado.

87. Se puede distinguir tres escenarios:

Primer escenario: existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal.

Segundo escenario: existe una empresa privada y una empresa estatal.

Tercer escenario: solo existe una empresa estatal.

88. A continuación se describen los factores de evaluación y las consideraciones básicas que deben ser tomadas en cuenta en cada escenario.

Primer escenario: existen dos o más empresas privadas y una empresa o entidad estatal

89. Tal como se ha explicado en el punto 80, ante la falta de una metodología específica contenida en el Decreto Legislativo 1044, los aspectos técnicos enunciados –entre otros cuerpos normativos– en el Decreto Supremo 034-2001-PCM, constituyen importantes criterios a tomar en cuenta para el análisis de subsidiariedad de la actividad empresarial desarrollada tanto por las empresas bajo el ámbito de FONAFE como por otras entidades estatales.

90. En ese sentido, siguiendo el criterio establecido en el artículo 3 del referido decreto supremo³⁵, cuando existan dos o más empresas privadas no

³⁵ **DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, Artículo 3.-** Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas

vinculadas³⁶ establecidas en un mercado, se puede asumir, en calidad de

privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

La prohibición dispuesta por el párrafo precedente comprende también a aquellas empresas que pertenezcan mayoritaria o totalmente a los Sectores Defensa e Interior.

La prohibición contenida en el presente artículo no es aplicable a las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de COPRI.

La prohibición contenida en este artículo no será aplicable a las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente. En estos casos, el Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad. (subrayado agregado)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM)

36

La Resolución SBS 445-2000 que aprobó las normas especiales sobre vinculación y grupo económico establece que la vinculación puede entenderse como la situación en la que las decisiones económicas de una empresa pueden repercutir en otra u otras empresas, de forma tal que cuando una empresa enfrente problemas económicos las otras también pueden verse afectadas. Asimismo, puede presumirse que existe vinculación entre personas naturales o jurídicas que tienen relaciones de propiedad y/o de gestión.

RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 3.- Definición

Se entiende por vinculación por riesgo único a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera, que cuando una de éstas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones.

Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y, entre éstas y las personas naturales que ejercen el control de dicho grupo económico, según lo dispuesto en los Artículos 8 y 9 de la presente norma; así como en los demás casos en los que se cumpla con lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 4 y 5 de la presente norma, salvo prueba en contrario.

Artículo 4.- Relaciones de propiedad

Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

- a) Cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.
- b) Cuando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas de acuerdo con lo señalado en el Anexo A de la presente norma.

Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el Artículo 8 de la presente norma.
- b) Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.
- c) Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.
- d) Cuando una persona es representada por otra persona.
- e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.
- g) Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- h) Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.
- i) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.
- j) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.
- k) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.

presunción legal relativa, que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada podrá ampliarse lo suficiente como para satisfacer la demanda del bien o servicio, por lo que queda prohibida la participación del aparato estatal. Así, de acuerdo con este dispositivo, "(...) *salvo demostración en contrario, tal condición [oferta privada suficiente] se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.*"

91. La presunción legal es relativa pues la existencia de dos empresas privadas no vinculadas no necesariamente asegura que haya oferta privada suficiente para satisfacer la demanda existente. Es por ello que la empresa o entidad estatal que procure desvirtuar la presunción asume la carga de la prueba³⁷ de demostrar que las empresas privadas que participan en el mercado no cuentan con las condiciones necesarias para absorber la demanda que liberaría en caso se retire del mercado. Es decir, la empresa o entidad estatal deberá determinar la capacidad de absorción de las empresas privadas, entendida como la diferencia entre la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada).

$$CA = \sum_{i=1}^n (CI_i - CU_i)$$

Donde:

CA = Capacidad de absorción de las empresas privadas existentes

CI_i = Capacidad instalada de producción de la empresa i



CU_i = Capacidad utilizada de producción de la empresa i

92. Una vez hallada la capacidad de absorción de las empresas privadas establecidas en el mercado, ésta se debe comparar con la demanda que liberaría la empresa o entidad estatal si se retira del mercado. A partir de dicha comparación se desprende que si la capacidad de absorción de las empresas privadas es menor que la demanda antes satisfecha por el Estado, se deberá seguir analizando el caso.

-
- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- m) Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- n) La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.

³⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 279.-** Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

Cuadro Nº 1
Posibles conclusiones a partir del análisis de la capacidad de absorción de las empresas privadas

Capacidad de absorción \geq Demanda liberada		No rol subsidiario
Capacidad de absorción $<$ Demanda liberada		Continuar con el análisis

93. Es decir, si por ejemplo la actividad empresarial estatal satisfacía una demanda a la cual asignaremos arbitrariamente el valor de 10 y ésta se retira, se deberá verificar si la capacidad instalada no utilizada por las empresas privadas le permite satisfacer una demanda de 10.
94. Esta metodología puede resultar complicada de implementar, dado que se necesita contar con información estadística sobre la capacidad instalada o potencial de las empresas privadas, la cual, dependiendo del tipo de mercado en análisis, es difícil de determinar. Atendiendo a esta circunstancia, se pueden utilizar indicadores indirectos relacionados a la capacidad instalada de las empresas, como: la situación de los activos fijos que posee la empresa, la capacidad de procesamiento de materias primas, la capacidad de la red de distribución del bien o servicio, la participación en el mercado analizado, entre otros.
95. Si las empresas privadas no pueden cubrir la posible demanda liberada por la estatal en caso se retire del mercado, la empresa o entidad estatal tiene la carga de probar que existen barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores que cubran la demanda que hoy ella cubre. Esto es así pues si las barreras son bajas, existen proveedores potenciales que podrían ingresar al mercado y satisfacer la demanda liberada. Solo si las barreras a la entrada son sustantivas la actividad estatal sería subsidiaria.
96. Se pueden identificar hasta tres tipos de barreras: (i) legales y/o administrativas; (ii) estructurales; y, (iii) de conducta o estratégicas.
97. Las primeras se refieren a las barreras derivadas de las medidas de política pública y del marco legal de la industria que pueden afectar de manera directa o indirecta a las empresas.
98. El siguiente grupo de barreras engloba a aquellas de carácter económico, las cuales nacen de las características fundamentales de la propia industria (tecnología y costos). Por ejemplo, el caso de los costos hundidos y el caso de las economías de escala y de alcance.
99. Finalmente, las barreras de conducta o estratégicas son las generadas por el comportamiento de las propias empresas que compiten actualmente en el mercado investigado, o de las empresas que no están establecidas en el

mercado pero desde fuera pueden influir en sus condiciones de competencia. Una barrera de este tipo podría ser, por ejemplo, la existencia de acuerdos verticales de exclusividad.

100. Debe señalarse que no todas las barreras logran evitar definitivamente el ingreso de nuevos actores al mercado. Por el contrario, muchas de éstas representan tan solo la dificultad común que cualquier empresa debe enfrentar para entrar al mercado y que, en la mayoría de casos, pueden ser superadas. Sin embargo, existen otras que efectivamente disuaden la entrada de nuevos competidores, como es el caso de ciertas barreras legales, que llegan a ser tan significativas que en efecto logran evitar que una nueva empresa entre a operar en el mercado. Por ejemplo, marcos regulatorios y sistemas de otorgamiento de licencias y permisos muy estrictos.
101. Si bien ni la Comisión ni la Sala cuentan con la potestad de remover las trabas legales que impiden el acceso de potenciales competidores en el marco de un procedimiento por presuntas infracciones a las normas de competencia desleal, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas sí cuenta con la posibilidad de eliminar cierto grupo de exigencias legales que limitan el acceso de los privados al mercado relevante en que opera la entidad estatal³⁸, de conformidad con los artículos 23 del Decreto Legislativo 1033 –Ley de Organización y Funciones del Indecopi– y el vigente artículo 26BIS del derogado Decreto Ley 25868³⁹.
102. Por consiguiente, una vez que se expida un pronunciamiento definitivo que resuelva la denuncia por el presunto desarrollo de la actividad empresarial estatal no subsidiaria, si la autoridad en materia de competencia desleal ha identificado una o más barreras burocráticas contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra en la potestad de analizar y remover, deberá

³⁸ **LEY 28996, Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas.-** Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033, Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.-** Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

DECRETO LEY 25868, Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

remitir los actuados a dicho órgano funcional, a efectos de que se analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste al particular de formular una denuncia e iniciar un procedimiento de parte ante dicha Comisión.

103. Y si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición legal que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar (v.g. leyes del parlamento, decretos legislativos, decretos de urgencia), la función que debe asumir la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte o recomiende a las autoridades legislativas o administrativas que adopten las medidas para remover las barreras legales y promover así la leal competencia. Esta atribución se denomina “abogacía de la competencia” o “promoción de la competencia”, y se encuentra recogida en el artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044⁴⁰.
104. Cabe precisar que si la barrera legal no puede ser eliminada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, el particular tiene expedito su derecho para removerla con efectos generales vía un proceso de inconstitucionalidad⁴¹ o, inclusive, conseguir su inaplicación a su caso concreto vía un amparo contra normas autoaplicativas⁴².

⁴⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 25.- La Comisión.-**
(...)
25.2.- Son atribuciones de la Comisión:
(...)
g) En sus procedimientos, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia; y,
(...)

⁴¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 200.-** Son garantías constitucionales.-
(...)
3. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
(...)
Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.
No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

⁴² **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas.-**
Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.
Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.
Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.
En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

105. Es importante resaltar que si las empresas privadas que participan en el mercado con la empresa o entidad estatal son vinculadas, en realidad el mercado se encuentra conformado por solo dos actores: un agente privado y uno público. En esos casos, se deberá realizar un análisis como el que se describe a continuación.

Segundo escenario: existe una empresa privada y una empresa o entidad estatal

106. En este caso no opera la presunción de oferta privada suficiente, dado que, a diferencia del primer escenario, no existe una disposición legal que así lo prevea. En ese sentido, la empresa o entidad estatal no asume la carga de la prueba, siendo el denunciante y el órgano instructor –en virtud de la regla general probatoria contemplada en el artículo 196 del Código Procesal Civil⁴³ y lo dispuesto en el artículo 26.2 del Decreto Legislativo 1044⁴⁴, respectivamente– quienes deberán proporcionar las evidencias que permitan concluir que la actuación estatal no es subsidiaria.
107. Como primer paso se deberá analizar la situación de la oferta privada en la provisión de bienes o prestación de servicios en el mercado relevante antes identificado. Esto es, determinar si la oferta privada disponible puede cubrir la demanda de dicho bien o servicio en su totalidad.
108. En esta línea, el órgano investigador deberá evaluar si la empresa privada se encuentra en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda que eventualmente libere la empresa o entidad estatal. La metodología para demostrar que la empresa privada cuenta con las condiciones necesarias para ampliar su capacidad instalada y cubrir la demanda liberada por la estatal deberá seguir los lineamientos ya explicados en el primer escenario.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.

⁴³ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 196.- Carga de la prueba.-** Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

⁴⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 26.- La Secretaría Técnica.-**
26.1.- La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Emite opinión sobre la existencia o no de un acto infractor objeto de procedimiento siempre que la Comisión lo requiera por considerarlo necesario para resolver sobre el fondo del asunto.

26.2.- Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

(...)

d) Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI;

109. Si luego de aplicar esta metodología el órgano instructor concluye que la oferta privada actualmente no puede cubrir la demanda liberada por la empresa estatal, se procederá a analizar las barreras de acceso al mercado relevante para definir la posibilidad de competencia privada potencial. En este sentido, como en el escenario anterior, se deberán evaluar las barreras a la entrada de la industria, puesto que son pieza clave para medir el grado de competencia a futuro.
110. De no existir barreras significativas, se concluirá que la empresa o entidad estatal no cumple un rol subsidiario en tanto existan empresas que podrían ingresar al mercado en el corto plazo. De observar que existen barreras significativas en el mercado, se concluirá que la presencia estatal en el mercado investigado es subsidiaria.
111. En caso que las barreras identificadas sean de fuente legal se cuenta con dos opciones, conforme se explicó en el apartado anterior (*Primer Escenario*). Si la barrera legal está contenida en un instrumento que puede ser removido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se deberá derivar el caso a dicho órgano funcional a fin de que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. En cambio, si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal debe ejercer la atribución denominada de “abogacía de la competencia”; sin perjuicio de que el particular pueda activar otros mecanismos legales a través de los cuales se puede lograr la remoción de la barrera.

Tercer escenario: solo existe una empresa o entidad estatal en el mercado

112. En este escenario es claro que no existe oferta privada disponible en la actualidad que abastezca la demanda del mercado, por lo que realizar un análisis de las barreras a la entrada es absolutamente relevante debido a que el objetivo en este escenario es evaluar si existe la posibilidad de que el sector privado pueda proveer el bien o servicio bajo las mismas condiciones en que lo hace la empresa estatal actualmente.
113. De esta manera, si una vez analizado el mercado relevante se determina que no existen barreras a la entrada significativas que expliquen la ausencia actual de agentes privados, el motivo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado pese a poder hacerlo, por lo que se concluirá que la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario.
114. Es preciso anotar que este escenario es diferente a los planteados en los dos

apartados anteriores. En los dos primeros escenarios la sola participación de algún agente privado que concurre con la unidad empresarial pública evidencia que la actividad es rentable para los privados y, por tanto, las bajas barreras a la entrada permitirían el ingreso de nuevas empresas que puedan absorber en su conjunto la totalidad de la demanda, determinando así que la actuación empresarial estatal sea no subsidiaria.

115. En cambio, en el tercer escenario, la ausencia de participación de agentes privados pese a no existir barreras a la entrada significativas, evidencia que al menos en el corto plazo el mercado no resulta atractivo ni rentable para los particulares, con lo cual la empresa o entidad pública cumplen un rol importante, al satisfacer una demanda que de otra manera se vería desatendida.
116. Por otro lado, si se determina que existen barreras significativas, se procederá a definir si la propia existencia de la empresa o entidad estatal en el mercado es la que desincentiva la entrada de competidores privados. Esto es, si la sola presencia del Estado es disuasiva debido a su alta capacidad de respuesta inmediata frente al ingreso de un nuevo competidor. Por ejemplo, frente a la amenaza de entrada de una empresa privada en el mercado, la entidad estatal puede llevar a cabo una estrategia de reducción de precios –a través de un mecanismo de subsidios– que atentaría contra la rentabilidad de la posible firma privada entrante, disuadiendo así su ingreso al mercado.
117. En tanto se determine que la presencia de la empresa estatal es la barrera que disuade a una empresa privada de ingresar al mercado a competir, se concluye que la actividad estatal en dicho mercado no es subsidiaria. En esos casos, se deberá remover la actividad empresarial pública, pues su existencia es la que impide que los potenciales ofertantes privados ingresen al mercado.
118. Caso contrario, se concluirá que actualmente y mientras la barrera no sea removida, la empresa o entidad estatal cumple con desarrollar un rol empresarial subsidiario. Así pues, tal como se explicó en el primer escenario, si existen altas barreras legales y éstas se encuentran contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas puede analizar, esta última se encuentra en la potestad de remover dichas barreras. Sin embargo, si la barrera que impide el acceso al mercado no se encuentra contemplada en una disposición legal que el órgano antes mencionado se encuentra facultado a eliminar, la función que debe asumir la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte a las autoridades pertinentes que adopten las medidas para remover dichas barreras y promover así la leal competencia.
119. En conclusión, si es que no existe la posibilidad de que el bien o servicio sea

provisto por un privado, la actividad empresarial desarrollada por el Estado cumple un rol subsidiario que habilita su participación en el mercado, siempre y cuando cumpla con el requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que se analizará a continuación.

120. Cabe señalar que la metodología de análisis que debe seguirse en cada uno de los tres escenarios descritos en este apartado se encuentra detallada en el gráfico que figura como Anexo 1 de la presente resolución.

III.1.2.4 La actividad empresarial debe responder a un alto interés público o a una manifiesta conveniencia nacional

121. El tercer requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución es el objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional que debe sustentar la autorización para que el Estado desarrolle actividad empresarial.

122. Tanto el “interés público” como la “conveniencia nacional” son conceptos jurídicos indeterminados que no han sido definidos por la Constitución⁴⁵. Como bien señala el profesor Rubio, ambas categorías no tienen significado específico en el Derecho Constitucional, pero por su formulación altisonante claramente evidencian la intención de que sólo en casos muy excepcionales, en los cuales probadamente se proporcione un bien que tenga beneficiarios indeterminados, se deberá autorizar la existencia de actividad empresarial del Estado⁴⁶.

123. La necesidad de que la actividad satisfaga un interés relevante para la comunidad busca evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias. La finalidad es que el Estado concentre su actividad en la ejecución de las funciones que le son inherentes, como por ejemplo las relacionadas a los sectores de defensa nacional y justicia, o en aquellas de corte económico cuyo cumplimiento resulta trascendente por satisfacer una necesidad asistencial.

124. El Congreso de la República es el único ente legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede –a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para

⁴⁵ En la Sentencia del 5 de julio de 2004, correspondiente al Expediente 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional reconoció que el concepto de interés público es “*aquellos que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad*”, refiriendo a continuación que “*es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.*”

⁴⁶ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. “*Estudio de la Constitución Política de 1993*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 236.

expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad— lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad.

125. Además, la autoridad de competencia es un órgano con potestades para evaluar el leal desenvolvimiento de los agentes en el mercado, esto es, la corrección con que las unidades económicas concurren. La delimitación de interés público y conveniencia nacional implica una evaluación que va mucho más allá de dicho análisis: determinar el interés público y conveniencia nacional no se corresponde con una evaluación del impacto sobre la eficiencia y funcionamiento de los mercados, propio de la autoridad de la competencia, sino que incorpora otros factores, de índole geopolítico, de diseño de políticas públicas, etcétera.
126. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial.
127. Por ello, cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito. No obstante, **cuando del texto de la ley que autoriza el desempeño de la actividad empresarial no se advierta la referencia a la justificación de interés público o conveniencia nacional, se verificará el incumplimiento** del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución.

III.2 Aplicación al caso concreto

III.2.1 La sujeción de la UNAP al mandato de subsidiariedad económica

128. En su apelación, la UNAP ha sostenido que su actividad no constituye un acto que se encuentre sujeto a la aplicación del Decreto Legislativo 1044, puesto que el funcionamiento la “Pollería y Parrillería Universitaria” se encontraba cubierta a partir de autofinanciamiento y sin recurrir a subsidios estatales o exenciones tributarias que le otorguen una ventaja desleal frente a sus competidores privados.
129. Sobre el particular, cabe precisar que el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 señala que las entidades o empresas estatales se encontrarán sujetas al cumplimiento del mandato de subsidiariedad económica previsto en la Constitución sin que sea necesario que la entidad obtenga una ventaja significativa a partir del desarrollo de la actividad.⁴⁷

⁴⁷ DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

130. En ese sentido, la ley expresamente establece que resulta irrelevante determinar si el denunciado desarrolla su actividad en un esquema que le permite percibir algún subsidio, exoneración tributaria, apoyo financiero o cualquier otra ventaja, pues eso no lo exime del cumplimiento del mandato de subsidiariedad económica.
131. De otro lado, la UNAP también ha alegado que al ser una organización educativa universitaria con plena autonomía administrativa y económica reconocida por la Constitución, se organizaba conforme a la Ley 23733 y sus estatutos y, en tal sentido, la actividad desarrollada a través del CIS Frigorífico no se encontraba sujeta al mandato de subsidiariedad económica contemplado por el artículo 60 de la Constitución.
132. El artículo 18 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley 23733 reconocen que las universidades cuentan con autonomía para formular su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico⁴⁸; y, dentro de esta autonomía, pueden organizar centros con fines de investigación, docencia y servicio⁴⁹. No obstante, como reconoce el propio texto constitucional y la ley de desarrollo sobre la materia, esta garantía institucional no es irrestricta: la autonomía o capacidad de autogobierno universitario, si bien habilita a las universidades a organizar sus unidades y dictar sus propios estatutos que regirán su funcionamiento, también establece expresamente que éstos deben siempre respetar el marco constitucional y legal.
133. Esto es así pues la autonomía universitaria no puede ser entendida como autarquía. Como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, “(...) la

(...)

14.3.- 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. (subrayado agregado)

⁴⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 18.-** La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.
Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.
La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.
Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes. (subrayado agregado)

LEY 23733, Artículo 1.- Las Universidades están integradas por profesores, estudiantes y graduados. Se dedican al estudio, la investigación, la educación y la difusión del saber y la cultura, y a su extensión y proyección sociales. Tienen autonomía académica, normativa y administrativa, dentro de la ley. (subrayado agregado)

⁴⁹ **LEY 23733, Artículo 12.-** Las Universidades pueden organizar institutos, escuelas, centros y otras unidades con fines de investigación, docencia y servicio.

*autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste”.*⁵⁰

134. La autonomía universitaria que alega la UNAP no es un argumento que la habilite a desvincularse del marco constitucional, el cual exige que toda actividad empresarial que desarrolle el Estado a través de una empresa o dependencia pública respete el mandato de subsidiariedad económica. En ese sentido, si se determina que la actividad de venta de pollos a la brasa desarrollada por la UNAP a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” de su CIS Frigorífico es empresarial, se encontrará sujeta a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución.

III.2.2 La venta de pollos a la brasa que desarrolla la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico es actividad empresarial

135. La imputada ha sostenido en su apelación que la actividad cuestionada que realiza no califica como empresarial, pues debe tenerse en cuenta que su “Pollería y Parrillería Universitaria” se organiza a través del Centro de Investigación y Servicios (CIS) Frigorífico, el cual guarda como objetivo impulsar la investigación y el desarrollo de la ciencia y tecnología.
136. De acuerdo con el Estatuto Universitario de la UNAP⁵¹, los Centros de Investigación y Servicios (CIS) son unidades orgánicas que integran la Oficina de Centros de Investigación, Producción y Servicios de la universidad, que de acuerdo con la primera parte del artículo 185 se instituyen con el fin de complementar la formación académica y profesional de los estudiantes de sus carreras profesionales, como modelos de gestión de los recursos naturales de la región y como centros de transferencia de tecnología⁵². En tal sentido, los artículos 187 y 188 del Estatuto Universitario indican que los CIS cuentan con autonomía técnica y científica para desarrollar investigación

⁵⁰ Ver Sentencia emitida el 15 de diciembre de 2004, en el Expediente 010-2003-AI/TC.

⁵¹ El estatuto –cuyas copias pertinentes obran de fojas 298 a 302 del expediente– fue aprobado por Resolución 09-2005-AU-UNA de la Asamblea Universitaria el 25 de enero de 2005.

⁵² **ESTATUTO UNIVERSITARIO, Artículo 184.-** La estructura orgánica de la Oficina de Centros de Investigación, Producción y Servicios OCIPS-UNA, orgánicamente depende del Rectorado y es supervisada por un Directorio designado anualmente por el Consejo Universitario; se reúne ordinariamente en forma trimestral y extraordinariamente cuando lo convoque el Presidente del Directorio, su representante o la mitad más uno de sus miembros. Las funciones del Directorio estarán detallados en el ROF de la UNA.

Artículo 185.- La Oficina de Centros de Investigación, Producción y Servicios (OCIPS-UNA), a su vez, está integrada por los Centros de Investigación y Producción (CIP's) y Centros de Investigación y Servicios (CIS's) para complementar la formación profesional de sus estudiantes, y como modelos de administración de los recursos naturales de la región y como centros de transferencia tecnológica (...) (subrayado agregado)

básica y tecnología apropiada que pueda ser aprovechada por los estudiantes en formación y la población⁵³.

137. No obstante, las funciones de los CIS no solo se limitan al desarrollo de actividades de investigación científica y tecnológica. En efecto, el propio estatuto reconoce que los CIS también pueden desarrollar actividades productivas y de prestación de servicios a favor de los usuarios que así lo requieran. Es decir, realizar actividad empresarial.
138. Así lo precisa expresamente el artículo 185 literal b), el cual señala que los CIS's tienen, al margen de su función investigativa, la capacidad de "*Ofrecer servicios, como organizaciones que funcionan con capacidad de autosostenimiento, productividad y rentabilidad*".
139. En ese sentido, de una revisión del Estatuto Universitario se puede concluir que, contrariamente a lo alegado por la apelante, los CIS's pueden, al margen de la labor de investigación y apoyo a la formación profesional de los estudiantes, organizar sus recursos para prestar actividad empresarial a favor de la comunidad.
140. Teniendo en cuenta las posibles funciones reconocidas por el estatuto, corresponde analizar la actividad de la "Pollería y Parrillería Universitaria" del CIS Frigorífico para delimitar si califica como una labor de investigación o si supone la prestación de servicios bajo una lógica empresarial.
141. La investigación científica es una actividad intelectual organizada y sistemática, que bajo la aplicación de determinados métodos se encuentra orientada hacia la comprobación de hipótesis, explicación de fenómenos y generación de nuevos conocimientos y teorías.⁵⁴ Teniendo en cuenta esta definición, los alumnos realizarían investigación a través de la "Pollería y Parrillería Universitaria" instalada en el CIS Frigorífico si se demuestra que han sido organizados deliberadamente por la propia universidad a fin de que apliquen sistemáticamente sus conocimientos y evalúen los distintos procesos involucrados en la pollería, midan su impacto en la organización y desarrollen nuevas técnicas o métodos que permitan aprovechar de la manera más eficiente los recursos.

⁵³ **ESTATUTO UNIVERSITARIO, Artículo 187.-** Los CIP's y los CIS's deben desarrollar investigación básica y aplicada para elevar la productividad, rentabilidad y asegurar la sostenibilidad de los centros, con el propósito de contribuir a una mejor formación profesional de los estudiantes.

Artículo 188.- Los CIP's y los CIS's serán centros líderes modelos de gestión productiva, eficientes, con autonomía técnica en la investigación científica y tecnológica, capaces de producir tecnología apropiada para mejorar el nivel de vida de la población regional y nacional. (subrayado agregado)

⁵⁴ NIETO MARTÍN, Santiago y Adriana RECAMÁN PAYO. "*Investigación y Conocimiento Científico en Educación*". En: "*investigación y Evaluación Educativa en la Sociedad del Conocimiento*". NIETO MARTÍN, Santiago y María José Rodríguez Conde (Comp.). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1ra. Edición, 2010, pp. 89-90.

142. Pero la denunciada no ha acreditado que quienes forman parte de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico (alumnos y profesores) se hayan organizado sistemáticamente dentro de ella con el fin de realizar tareas de investigación. En efecto, más allá de la mera declaración de los estatutos, no obra en el expediente medio probatorio alguno que acredite que en la práctica la actividad realizada a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” corresponde al desarrollo de nuevas técnicas o procesos producto de la investigación.
143. Además, debe tenerse en cuenta que, aún en el supuesto que se acredite que al interior de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico se efectúan labores de investigación aplicada, eso no convierte a la venta de pollos a la brasa en investigación. Un ejemplo grafica claramente lo señalado.
144. Un laboratorio médico, cuando a través de sus científicos y especialistas organizados desarrolla experimentos y pruebas destinadas a obtener un nuevo compuesto que sirva como alternativa a la cura de la influenza, realiza labor de investigación. Pero cuando ese compuesto es sintetizado en una pastilla que luego es puesta a disposición de los consumidores que pagan para acceder al producto, esa venta claramente ya no es investigación y configura actividad empresarial.
145. En el presente procedimiento no se cuestiona las diversas actividades realizadas al interior del CIS Frigorífico, sino únicamente la venta de pollos a la brasa realizada a los usuarios de la ciudad de Puno a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” ubicada en sus instalaciones. Si de acuerdo con la definición esbozada en la parte teórica, el intercambio de productos de cualquier índole califica como actividad empresarial, entonces el hecho que el CIS Frigorífico se haya organizado para brindar a favor de los comensales de la ciudad de Puno el servicio de venta de pollos a la brasa, no es investigación sino una prestación empresarial que la UNAP ofrece al mercado.
146. En efecto, la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico pone a disposición de cualquier consumidor que lo requiera sus productos, cobrando por ello una contraprestación. Así se desprende de lo indicado en el Acta de Inspección y de las copias de las boletas que registran la venta de pollos a la brasa en distintas presentaciones.⁵⁵
147. La lógica empresarial bajo la cual es brindada la actividad de venta de pollo a la brasa encuentra también sustento en las propias declaraciones de la denunciada. En efecto, como se desprende del comunicado en el cual

⁵⁵ El Acta de Inspección obra a fojas 21 del expediente y las boletas de venta, que registran la venta de pollos a la brasa y gaseosas así como los montos cobrados por estas operaciones, obran de fojas 32 a 36.

constan las declaraciones efectuadas por la Oficina de Imagen Institucional de la UNAP⁵⁶, los servicios de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico se brindan a todos los usuarios con el objeto de captar la mayor cantidad posible de demanda bajo precios competitivos y alta calidad del servicio:

“El lunes 28 de enero se inauguró la Pollería y Parrillería Universitaria ubicada en la Avenida El Sol Nº 329, ampliando los servicios del Frigorífico Universitario, como alternativa para los comensales puneños, en una amplia y moderna infraestructura.

(...)

La señora Rectora de la UNA-Puno, M. Sc. Martha Nancy Tapia Infantes, inauguró este servicio señalando que se espera satisfacer la demanda y competir con calidad, higiene y variedad, al mismo tiempo captar ingresos para mejorar la calidad académica como parte del soporte financiero institucional” (subrayado agregado)

148. La Misión y Visión de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico también reitera que la venta de pollos a la brasa es una actividad que se efectúa en el mercado y que se brinda con precios y calidad competitiva, a fin de captar el mayor volumen de clientela.⁵⁷ Más aún, en este caso incluso se reconoce expresamente que la “Pollería y Parrillería Universitaria” desarrolla sus actividades como “empresa”:

***“MISIÓN:** Satisfacer siempre las necesidades del cliente en el consumo de pollos a la brasa al mejor precio para el público, con un fuerte compromiso de proporcionarlos con calidad y buena preparación con el profesionalismo en la preparación de los mismos, la atención al cliente, precios competitivos los cuales permitan nuestro crecimiento, manteniendo un ambiente de trabajo en equipo, limpio, ordenado, seguro y con profundo sentido de respeto entre sus integrantes.*

***VISIÓN:** Ser una empresa líder en el ramo de los pollos a la brasa de Puno, manteniendo una presencia predominante en el punto de venta, con el mejoramiento en la atención al cliente y en la preparación de los pollos más sabrosos de la ciudad.” (énfasis agregado)*

149. Las declaraciones citadas son concluyentes. Las prestaciones de la “Pollería y Parrillería Universitaria” son ofrecidas a los consumidores bajo la lógica propia de cualquier empresa concurrente: cobrando un precio que consideran competitivo con la finalidad de ser líderes en el mercado. Asimismo, las declaraciones también muestran que la contraprestación cobrada a los comensales por la venta de pollos a la brasa no solo procura cubrir el costo

⁵⁶ Ver declaraciones a fojas 37 del expediente.

⁵⁷ La Misión y Visión se encuentran reseñadas en el Informe de “Costos de Producción de Pollo a la Brasa en la Pollería del CIS-Frigorífico UNA-PUNO 2008” elaborado por Héctor Chura Mayta y que obra de fojas 416 a 460 del expediente.

que irroga el desarrollo de la actividad, sino que está pensada para obtener algún tipo de rentabilidad. De lo contrario los ingresos que se capten no podrían ser destinados a fines distintos del mantenimiento de la operatividad del establecimiento relacionados con su crecimiento o con el financiamiento de las actividades académicas que realiza la UNAP.

150. Esta forma de operar bajo un esquema de rentabilidad –también reconocida por Resolución Rectoral 1081-2006-UNA y Declaración Jurada del Administrador del CIS Frigorífico⁵⁸–, abunda en la conclusión expresada en el punto 145: que nos encontramos frente a una prestación típicamente empresarial.
151. Otro factor adicional que demuestra que la actividad realizada a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico corresponde a prestaciones empresariales es que la UNAP tuvo que requerir de la Municipalidad Provincial de Puno el otorgamiento de una licencia de apertura de establecimiento (licencia de funcionamiento) que la habilite al desarrollo del restaurante.⁵⁹
152. Como la propia Ley 28976 –Ley Marco de Licencia de Funcionamiento– lo establece, las licencias de funcionamiento son títulos administrativos habilitantes que reglan el ejercicio de la libertad de empresa, por el cual las municipalidades autorizan que en un establecimiento se desarrolle un determinado giro, esto es, una actividad económica específica de comercio, industria y/o de servicios comerciales⁶⁰. En ese sentido, el hecho que al CIS Frigorífico se le haya otorgado una licencia que incluye el giro comercial de restaurantes, constituye evidencia de la calificación de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico como una unidad económica de prestación de servicios.
153. Finalmente, en su apelación la UNAP también ha manifestado que la prohibición constitucional de desarrollar actividad empresarial no subsidiaria alcanza solo a las empresas del Estado constituidas bajo la Ley 26887 –Ley

⁵⁸ En la referida resolución rectoral (foja 55 del expediente) se precisa en el artículo tercero: “**DISPONER**, que los Administradores de cada uno de los CIS’s, transfieran a Caja de la Universidad mensualmente, el 100% (CIENTO POR CIENTO) de las utilidades obtenidas”. Por su parte, la Declaración Jurada (foja 64 del expediente) también reconoce que los ingresos del CIS Frigorífico autofinancian su operatividad y generan ingresos adicionales, ya que “(...) el Centro de Investigación y Servicios de la Universidad Nacional del Altiplano –Pun, transfiere sus utilidades obtenidas en cada período económico al presupuesto de la UNA – Puno”.

⁵⁹ A fojas 57 del expediente obra la correspondiente Licencia de Funcionamiento N° 000349, otorgada en el año 2003 por la División de Comercialización de la municipalidad.

⁶⁰ **LEY 28976, Artículo 3.- Licencia de funcionamiento.-** Autorización que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado, en favor del titular de las mismas.
(...)

Artículo 2.- Definiciones.- Para los efectos de la presente Ley, se aplicarán las siguientes definiciones:
(...)

Giro.- Actividad económica específica de comercio, industria y/o de servicios.

General de Sociedades—, mas no se aplica a los Centros de Investigación y Servicios que, como el CIS Frigorífico, se respaldan en la autonomía universitaria.

154. Según se ha desarrollado ampliamente en el apartado correspondiente del marco teórico, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues una entidad estatal también puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. En efecto, no importa cuál sea la forma jurídica que adopte quien presta los bienes y servicios. Basta corroborar que el titular de la gestión del medio de producción que provee directamente a los consumidores un producto o servicio es el Estado, sea que se haya o no organizado para ello bajo alguna de las formas societarias reconocidas por nuestro ordenamiento.
155. El texto del artículo 60 de la Constitución no habla de “empresas públicas” sino de “actividad empresarial”, por lo que no existe fundamento para excluir de la prohibición constitucional aquella actividad desarrollada por una entidad estatal que conlleve la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes o servicios. Ello explica por qué el propio artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que encomienda la supervisión del cumplimiento del principio de subsidiariedad a la autoridad de competencia, reconoce expresamente que el mandato de subsidiariedad económica puede ser infringido no solo por las empresas públicas supervisadas por FONAFE, sino también por toda aquella entidad de la Administración Pública que organice los factores de producción bajo su titularidad para brindar directamente algún bien o servicio.
156. En recientes pronunciamientos esta Sala ya ha considerado que determinadas prestaciones constituyen actividad empresarial aún siendo desarrolladas por entidades de la Administración Pública. En dicho grupo de casos donde fueron denunciados diversos Institutos Especializados y Hospitales Nacionales, se concluyó que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” que brindaban calificaba como actividad empresarial, no siendo relevante para desvirtuar dicha conclusión el hecho que no fueran empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE sino entidades adscritas a la Red del Ministerio de Salud las prestadoras del servicio⁶¹.
157. Como se puede apreciar, la naturaleza del prestador del servicio no influye en la calificación que se le pueda dar a su actividad como empresarial.

⁶¹ Resoluciones 2470-2010/SC1-INDECOPI, 2471-2010/SC1-INDECOPI, 2472-2010/SC1-INDECOPI, 2473-2010/SC1-INDECOPI, 2549-2010/SC1-INDECOPI y 2550-2010/SC1-INDECOPI, emitidas en los procedimientos seguidos por Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Oftalmología, el Instituto Nacional Materno Perinatal, el Instituto Nacional de Salud del Niño, el INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani, el Hospital Nacional Cayetano Heredia y el Hospital Nacional Arzobispo Loayza, respectivamente.

158. Bajo lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos formulados por la UNAP en este punto, teniendo en consideración que la actividad cuestionada en el presente procedimiento es claramente empresarial al significar la venta de pollos a la brasa a favor de los usuarios que así lo requieran, previo pago de un precio que genera rentabilidad a la organización.

III.2.3 La “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico y el cumplimiento del requisito de autorización por “ley expresa”

159. Tal como se ha explicado de manera detallada en el apartado III.1.2.2, el cumplimiento del requisito de “ley expresa” requiere, de un lado, la emisión de una ley del Congreso de la República y, de otro lado, que se verifique que la ley habilita a la entidad estatal, de manera clara y patente, a producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en un rubro determinado.

160. Hecha esta salvedad, corresponde analizar si la actividad de venta de pollos a la brasa desarrollada por la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico cumple con este requisito formal.

161. En el presente caso, por Carta 050-2009/CCD-INDECOPI del 3 de agosto de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Asamblea Nacional de Rectores que informe de la existencia de alguna norma que habilite a universidades nacionales como la UNAP a ofrecer productos y/o servicios a los consumidores.

162. Mediante Oficio 1132-2009-SE/SG del 18 de agosto de 2009, que obra a fojas 343 del expediente, el Secretario Ejecutivo de la Asamblea Nacional de Rectores dio respuesta a la referida solicitud, adjuntando a tal efecto el Informe 596-2009-DGAJ, elaborado por su Dirección General de Asesoría Jurídica. En dicho informe, se concluyó que en virtud de lo expresamente dispuesto por los artículos 12 y 79 de la Ley 23733 –Ley Universitaria–, las universidades públicas cuentan con autonomía para constituir centros de producción y prestación de servicios a favor de los particulares.

163. Esta Sala comparte la conclusión expuesta por el mencionado órgano de la Asamblea Nacional de Rectores, dado que, como se verá a continuación, el artículo 12 y, principalmente, el 79 de la Ley 23733, autorizan a las universidades, de manera clara y patente, a proveer a través de sus órganos servicios y productos de contenido económico compatibles con su finalidad.

164. Así, el artículo 12 de la Ley 23733 dispone que, en el marco de la autonomía con que cuentan para fijar su régimen administrativo, las universidades

pueden organizar institutos, escuelas, centros y otras unidades con fines de prestación de servicios.⁶²

165. Por su parte, el artículo 79 tiene un detalle mayor al respecto, ya que indica que “Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicados a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad. La utilidad resultante es recurso propio de la Universidad”. (subrayado agregado)
166. Ambos artículos son bastante específicos en su habilitación, siendo que en el caso del artículo 79 su texto incluso autoriza literalmente a las Universidades puedan a dedicarse a través de las unidades que forman parte de su estructura orgánica a “la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios”.
167. Ahora bien, el artículo 79 también delimita el ámbito de las prestaciones económicas que pueden ser brindadas. En efecto, dicho dispositivo establece que las prestaciones empresariales que realicen las universidades deben ser “compatibles con su finalidad”, esto es, la actividad debe tener por objetivo central el facilitar a través de su desarrollo alguno de los fines universitarios reconocidos en el artículo 2 de la Ley 23733⁶³, tales como la promoción de la cultura, la investigación y la formación profesional y ética de sus estudiantes.
168. En ese sentido, cualquier actividad empresarial de una universidad cuyo establecimiento no esté íntimamente vinculado al cumplimiento de sus fines culturales, educacionales o investigativos, es ilícita pues se encuentra fuera del ámbito de la “ley autoritativa”.
169. En la resolución apelada la Comisión precisamente consideró que la actividad empresarial de venta de pollos a la brasa desarrollada por la UNAP no se ajustaba a los términos de la autorización expresa contenida en la Ley 23733, puesto que no se había acreditado que a través de su prestación se cumpla algún fin relacionado con la investigación científica o la formación profesional de sus estudiantes, docentes o administrativos.

⁶² **LEY 23733, Artículo 12.-** Las Universidades pueden organizar institutos, escuelas, centros y otras unidades con fines de investigación, docencia y servicio.

⁶³ **LEY 23733, Artículo 2.-** Son fines de las Universidades:

- Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericana y universal;
- Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral; y,
- Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto.

170. En su apelación, la UNAP ha sostenido que las actividades propias de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico sí eran compatibles con los fines investigativos y de formación profesional de sus estudiantes reconocidos por el artículo 2 literal b) y c) de la Ley 23733, respectivamente. A tal efecto, adjuntó constancias correspondientes a ocho (8) estudiantes universitarios que habían cursado prácticas pre profesionales en la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico entre los años 2008 y 2009.⁶⁴
171. Tal como se ha señalado en el apartado que antecede, la UNAP no ha acreditado que el desarrollo de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico esté relacionado o sea compatible con el fin de investigación reconocido por el artículo 2 literal b) de la Ley 23733. En efecto, no existe evidencia alguna que demuestre que la UNAP ha organizado a sus profesores y alumnos involucrados en la venta de pollos a la brasa para que realicen labores sistemáticas de experimentación científica o técnica, comprobación de hipótesis y generación de nuevos conocimientos.
172. Asimismo, esta Sala también aprecia que la UNAP no ha acreditado que la creación de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico encuentre su justificación en la necesidad de proporcionar una adecuada formación profesional para sus estudiantes.
173. En efecto, una unidad empresarial constituida en una universidad tendrá por fin central servir de espacio de capacitación y entrenamiento profesional, solo si se verifica que el negocio ha sido organizado con el objeto que las funciones de la empresa sean realizadas principalmente por alumnos que cursan alguna de las carreras profesionales que se dictan.
174. En ese sentido, un restaurante de titularidad de una universidad acreditaría esta finalidad si se demuestra que, por ejemplo, su área de cocina procura prioritariamente tener en su plana a alumnos de la escuela de gastronomía; o si, por ejemplo, la administración y operación del negocio se encuentra diseñada para que en ella efectúen sus prácticas estudiantes de Hotelería y Turismo, Administración, Contabilidad, Economía, Ingeniería Industrial, entre otras especialidades afines al desempeño de estas labores. En todos estos casos se aprecia que la razón de ser de la actividad es la de dar cabida a los estudiantes de las distintas carreras universitarias, cumpliéndose así con el fin de “formación profesional” que reconoce la Ley 23733.

⁶⁴ De fojas 408 a 415 y 461 a 478 del expediente obra documentación relacionada a las prácticas pre profesionales efectuadas por los alumnos Paul Zevallos (Facultad de Ciencias Contables y Administrativas), Héctor Chura (Ingeniería Económica), Alberto Herrera (Ingeniería Química), Omar Quispe (Ingeniería Química), Karina Aliaga (no se precisa), Rut Choquecota (Ingeniería Química), Edwin Olartegui (Ingeniería Mecánica Eléctrica) y Paulino Sumire (Ingeniería Mecánica Eléctrica).

175. Teniendo en cuenta lo señalado, la denunciada debía acreditar que la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico había sido diseñada de tal manera que su principal fuerza de trabajo se encuentre conformada por estudiantes universitarios de la UNAP que, a la par que se forman profesionalmente, contribuyen con sus labores al giro del negocio.
176. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la mano de obra de la “Pollería y Parrillería Universitaria” no se encuentra prioritariamente conformada por estudiantes sino, principalmente, por personas ajenas a la universidad, que desempeñan las labores de atención a los clientes, elaboración de cremas, preparación de pollos, preparación de papas fritas, y otras tareas no relacionadas con alguna de las especialidades que se enseñan en la UNAP.
177. El hecho que en el lapso de veinte (20) meses comprendidos entre marzo de 2008 a noviembre de 2009, tan solo algunos estudiantes universitarios de diferentes carreras profesionales de la UNAP desempeñaran de forma no paralela sus prácticas pre profesionales en el restaurante, de ninguna manera acredita que la “Pollería y Parrillería Universitaria” se encuentre organizada a fin de dar cumplimiento a un objetivo formativo laboral. Cualquier firma que actúa en el mercado puede contar entre su personal con algunos practicantes y eso no quiere decir que sus fines se encuentren orientados a la formación laboral de estudiantes universitarios: claramente su objetivo sigue siendo empresarial por más que cuente entre sus miembros con personas bajo alguna de las modalidades formativas laborales reconocidas por ley.
178. Como es de conocimiento público⁶⁵, la UNAP no cuenta con una escuela de gastronomía. Además, los pollos que utiliza en su negocio no son criados en sus propios centros sino que los adquiere de terceros proveedores⁶⁶, según sus propias declaraciones plasmadas en los escritos presentados el 12 de octubre de 2010 y el 29 de noviembre de 2010, y en el informe oral celebrado el 10 de noviembre de 2010. Con ello resulta más difícil explicar la elección del giro económico de restaurante para cumplir fines formativos profesionales y, más bien, se muestra como una decisión meramente empresarial, desvinculada del cumplimiento de algún objetivo educativo o formativo.
179. Si la venta de pollos a la brasa fuera una prestación relacionada con el cumplimiento de una finalidad educativa, entonces la UNAP no pagaría impuestos por la actividad de la “Pollería y Parrillería Universitaria”. En efecto, el artículo 19 de la Constitución reconoce que las universidades gozan de la

⁶⁵ Información obtenida de la propia página web de la universidad, www.unap.edu.pe

⁶⁶ El principal proveedor de pollos de la entidad denunciada es la empresa Food Markets S.A.C., según se aprecia de los comprobantes de pago adjuntos a su escrito del 29 de noviembre de 2010.

inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte aquellos servicios propios de su finalidad educativa y cultural⁶⁷.

180. No obstante, a fojas 177 y 178 del expediente, obran dos Constancias de Presentación que dan cuenta del pago del impuesto general a las ventas y el impuesto a la renta de tercera categoría realizado por la actividad de la “Pollería y Parrillería Universitaria” en el mes de diciembre de 2008, confirmándose así que esta actividad empresarial no es compatible con la finalidad de formación profesional y educativa que alega la denunciada.
181. En consecuencia, esta Sala aprecia que la venta de pollos a la brasa que se realiza en la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico no se ajusta a la habilitación expresa contemplada en la Ley 23733 y, por consiguiente, incumple el requisito de “ley expresa” previsto en el artículo 60 de la Constitución. En tal sentido, corresponde confirmar el pronunciamiento de la Comisión que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la UNAP por el desarrollo de actividad empresarial no subsidiaria.

III.3 Precedente de observancia obligatoria

182. La prohibición de desarrollar actividad empresarial no subsidiaria contemplada en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 constituye una importante disposición que tiene por objeto eliminar las distorsiones que genera la participación del Estado en mercados en los que existe o puede existir oferta privada suficiente.
183. Al ser la primera vez que nuestro ordenamiento jurídico prevé una norma destinada a dar cumplimiento a la previsión constitucional contenida en el artículo 60 de la Constitución, la Sala considera necesario establecer la metodología bajo la cual debe efectuarse el análisis de subsidiariedad de la actividad empresarial desarrollada por el Estado, siendo por ello importante dictar un criterio de interpretación vinculante que precise el contenido de los criterios y requisitos que deben guiar su evaluación.
184. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOP⁶⁸, corresponde emitir un precedente

⁶⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 19.-** Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes. Las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fije la ley. La ley establece los mecanismos de fiscalización a que se sujetan las mencionadas instituciones, así como los requisitos y condiciones que deben cumplir los centros culturales que por excepción puedan gozar de los mismos beneficios. (subrayado agregado)
Para las instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades, puede establecerse la aplicación del impuesto a la renta.

de observancia obligatoria, cuyo texto se encuentra transcrito en la parte resolutive del presente pronunciamiento.

185. Asimismo, y en atención a lo señalado por el segundo párrafo del artículo 43 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI⁶⁹, corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI que disponga la publicación en el diario oficial “El Peruano” de la presente resolución por la que se aprueba el precedente de observancia obligatoria descrito en la parte resolutive.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 157-2009/CCD-INDECOPI del 9 de septiembre de 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal contraria al artículo 60 de la Constitución, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: en aplicación de las consideraciones expuestas en la presente resolución, aprobar un precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances de la prohibición de actividad empresarial estatal no subsidiaria recogida en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal, en los siguientes términos:

1. *El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.*
2. *Esta limitación se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de ius imperium y la prestación de servicios asistenciales.*

⁶⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI, Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.-**

14.1. Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

(...)

d) Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

⁶⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, Artículo 43.-**

(...)

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

3. *Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación.*
4. *En segundo lugar, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial.*

Este análisis requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal, luego de lo cual se evaluará el carácter subsidiario de la actividad empresarial bajo alguno de los tres siguientes escenarios:

- (i) *Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.*
- (ii) *En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad –a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante– deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.*
- (iii) *Solo participa la empresa o entidad estatal: En este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas 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.*

Si al realizar el análisis de subsidiariedad se detecta que las barreras a la

entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a la referida Comisión para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la función que debe asumir la autoridad consiste en ejercer la “abogacía de la competencia” o “promoción de la competencia”, conforme al artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044.

Los diversos factores a evaluar y pasos a seguir en el análisis de subsidiariedad se encuentran detallados en el cuadro que figura como Anexo 1, el cual forma parte integrante de este precedente de observancia obligatoria.

- 5. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.*

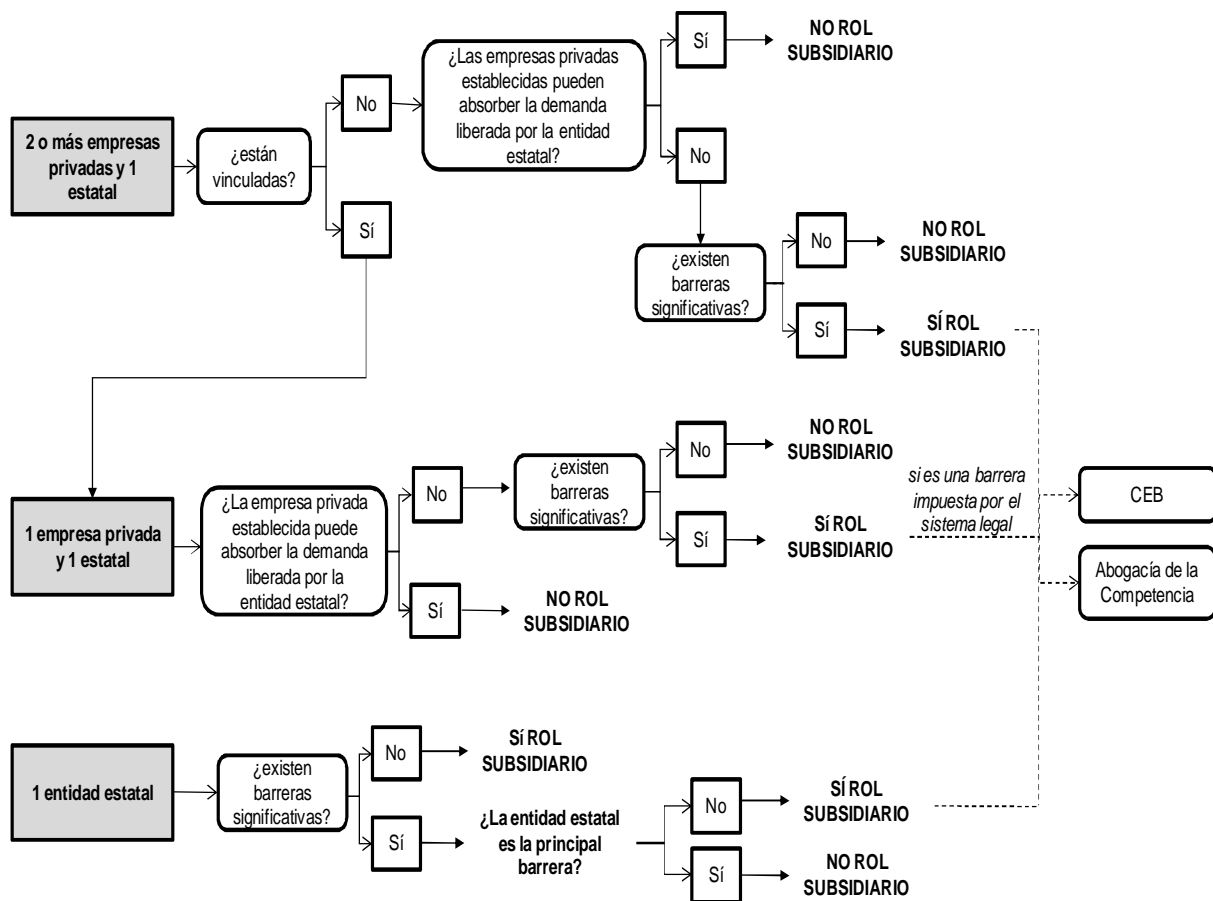
TERCERO: solicitar al Directorio de INDECOPI que disponga la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

ANEXO 1

Gráfico que muestra el marco general de análisis de la subsidiariedad económica bajo los tres escenarios



El voto en discordia del señor vocal Héctor Tapia Cano es el siguiente:

Coincido con los señores vocales en el sentido que la denuncia interpuesta por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano – UNAP debe ser declarada fundada, pues la entidad denunciada no ha acreditado que la actividad de venta de pollos a la brasa que realiza a través de la “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico sea una labor de investigación o se encuentre relacionada íntimamente con la formación profesional de sus estudiantes, conforme lo exige la Ley 23733 –Ley Universitaria. Sin embargo, considero pertinente hacer algunas precisiones.

La UNAP es una entidad educativa con personería jurídica de derecho público, que a través del CIS Frigorífico ubicado en Cabanillas, ha instalado en su campus universitario ubicado al ingreso de la ciudad de Puno, cuatro restaurantes que tienen como actividad la venta de pollos a la brasa principalmente a estudiantes de la UNAP. Sin embargo, es de conocimiento público que en la misma ciudad de Puno compiten no menos de otros treinta restaurantes similares de venta de pollos a la brasa al público en general y que no tienen exoneraciones tributarias.

Asimismo, como es de conocimiento general la principal actividad económica en el altiplano de Puno es la ganadería o crianza de ovinos, vacunos y alpacas, entre otras especies; y en el lago Titicaca, la crianza de truchas. Por ello, la UNAP tiene otros CIS, como la granja de Chuquibambilla, donde se promueve e investiga el desarrollo de la ganadería y se podría justificar la actividad empresarial de la UNAP vinculada a su finalidad educativa y de investigación de ganado y pescados criados en el altiplano. En cambio, la crianza de pollos se desarrolla básicamente en ciudades de la costa, siendo un insumo que es principalmente obtenido por los restaurantes de Puno (a 4 000 msnm) desde Arequipa y que, en el caso de la UNAP, tampoco corresponde a sus propios recursos producidos por sus escuelas profesionales sino que es adquirido de terceros proveedores.

Los fundamentos de derecho están enmarcados en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 y la Ley 27733, que autoriza expresamente a las universidades estatales a realizar prestaciones empresariales en tanto dichas actividades sean compatibles con sus finalidades educativas y de investigación, lo cual no ha sido acreditado por la UNAP en el presente caso.

Sin embargo, con respecto al “Precedente de Observancia Obligatoria” aprobado por el voto en mayoría en el punto resolutivo segundo, mi sugerencia es que éste debería reenfocarse, considerando el rol del Estado en la actividad empresarial desde el punto de vista legal, económico y social.

En el ámbito económico, debería considerarse que para alcanzar la prosperidad necesitamos un país más equitativo, más justo, más productivo y más competitivo, donde el Estado asuma un rol activo para crear condiciones de igualdad de

competencia y crear mecanismos para igualar oportunidades⁷⁰.

De otro lado, no se ha analizado cómo se afectaría a las 136 empresas públicas, de las cuales 97 empresas dependen de los gobiernos locales, 36 empresas de FONAFE y existen 3 empresas fuera de FONAFE: Petroperu, Silsa y Esvicsac. No se han incluido tampoco en la evaluación de impacto el efecto sobre empresas dependientes de las Universidades, como por ejemplo el grifo de la UNI.

Por todo ello, si bien reconozco que el voto en mayoría procura con su interpretación eliminar los márgenes de discrecionalidad que tienen las empresas y entidades públicas para el desarrollo de actividad empresarial, mi voto en discordia es porque no se apruebe un Precedente de Observancia Obligatoria mientras no se profundice el análisis de los aspectos económicos y sociales en la evaluación de la actividad empresarial de los gobiernos locales y las universidades. En tal sentido, mi criterio es que debería analizarse empresa por empresa o caso por caso, en función a las particulares condiciones que motivaron su creación.

HÉCTOR TAPIA CANO
Vicepresidente

⁷⁰ Ver el Informe "Rumbo a la Prosperidad", expuesto en la última CADE -2010, por el doctor Luis Carranza.