

# Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas\*

## Clarifying the State Business Activity: Towards an Adequate Construction of Non-Economic Activities

Michael Luyo Castañeda \*\*  
Víctor Hugo Bazán Vásquez \*\*\*

### Resumen:

En nuestro país, bajo el marco de aplicación del Decreto Legislativo N° 1044, la actividad empresarial del Estado puede constituirse como un acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas, siempre que ésta no se haya desarrollado conforme el mandato establecido en el artículo 60° de nuestra Constitución. El INDECOPI, a través de sus diversos pronunciamientos, ha desarrollado criterios para abordar esta problemática, razón por la cual el presente artículo tiene como finalidad evaluar si los criterios determinados por esta autoridad administrativa resultan suficientes para comprender las actividades del Estado dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, nos concentraremos en el primer nivel de análisis de esta temática, consistente en la distinción de actividades económicas (empresariales) y no económicas del Estado, siendo estas últimas el propósito de crítica y planteamiento de soluciones para obtener un campo más claro de participación de las entidades y empresas estatales en el mercado.

### Abstract:

In our country, within the framework of the application of Legislative Decree 1044, the State's business activity may constitute an act of unfair competition in the modality of violation of rules, provided that this activity of the State has not been developed as established in Article 60 of our Constitution. INDECOPI, through its various pronouncements, has developed criteria to address this problem. For this reason, this essay aims to assess whether the criteria determined by this administrative authority is sufficient to understand the activities of the State within our legal system. To do this, we will focus on the first level of analysis of this issue, which consists of the distinction of economic (business) and non-economic activities of the State, the latter being the target for criticism and an approach to solution, to obtaining a clearer path of participation from public entities and businesses in the market.

### Palabras clave:

INDECOPI – Acto desleal – Actividad Empresarial – Actividad Subsidiaria

### Keywords:

INDECOPI – Unfair act – Business Activity – Subsidiary Activity

### Sumario:

1. Introducción – 2. El ámbito de tutela de la legislación que reprime la competencia desleal – 3. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas – 4. Los avances realizados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los criterios adoptados por el Tribunal del INDECOPI – 5. La actividad no económica del Estado: análisis crítico a los criterios vigentes – 6. Notas finales – 7. Bibliografía

\* El contenido del presente artículo únicamente representa la opinión personal de los autores, mas no un criterio de la Institución en la cual laboran.

\*\* Abogado graduado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En la actualidad, tiene el cargo de Ejecutivo 2 de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y se desempeña como docente en la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Contacto: luyomichael@gmail.com

\*\*\* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad, tiene el cargo de Asistente Legal en la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI. Contacto: bazan.victor@pucp.pe

## 1. Introducción

Un cuestionamiento recurrente, y a la vez válido, que puede presentarse en cualquier ciudadano consiste en definir si el Estado debe encargarse –además de cumplir con sus deberes– de prestar una determinada actividad económica, o en su contraposición, no hacerlo o dejar de hacerlo.

En efecto, cada producto o servicio que observamos en el mercado involucra, principalmente, una participación de agentes privados; no obstante, también existen agentes económicos de carácter público que brindan alguna oferta económica. Si bien esta pregunta se presenta de manera cotidiana, su respuesta es un tanto compleja, no solo por el contexto político que necesariamente comprende, sino por su correcta aplicación, es decir, poder estar en la condición de reconocer bajo qué circunstancias una intervención estatal puede ser pertinente o innecesaria.

En líneas generales, han sido variadas las políticas económicas bajo la figura del Estado como un actor económico; sin embargo, su conveniencia aplicativa, lamentablemente, ha escapado en muchas ocasiones a un criterio objetivo-técnico que lo sustente, siendo esta una situación que no ha sido ajena a nuestro país. Al respecto, no es necesario retroceder muchos años para realizar un análisis histórico del papel que ha ocupado el Estado dentro del ámbito económico; y su resultado, más allá de una convicción política determinada, no ha sido positiva como consecuencia de una falta de compromiso académico y normativo que permita delimitar su actuación en el mercado.

Definitivamente, este pasado cercano guarda relación con el sistema actual del Estado como actor económico en el mercado, siendo un esquema que ha limitado su participación en comparación al modelo constitucional anterior. Así, el artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) establece un régimen de economía social de mercado, reduciendo la actividad empresarial del Estado a un ámbito subsidiario, sólo autorizado por ley expresa y de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.<sup>1</sup> A partir de ese momento, se han llevado a cabo distintas reformas normativas, muchas veces imprecisas y/o insuficientes, que tuvieron la intención de que este mandato constitucional se cumpla.

En efecto, si bien, originalmente, se podía apreciar la existencia de una serie de normas que desarrollaban de manera tangencial<sup>2</sup> lo establecido en dicha regulación constitucional, las mismas presentaban limitaciones aplicativas o, en su defecto<sup>3</sup>, poseían una redacción genérica que complicaba su interpretación y aplicación.

Es solo a partir de la aparición del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), que este mandato constitucional contó con un régimen procedimental por el cual se sanciona a las instituciones estatales y/o empresas públicas que realizan una actividad empresarial que no cumpla con lo establecido en nuestra Constitución.<sup>4</sup>

La labor procedimental para detectar, sancionar y corregir las efectivas y/o potenciales actividades empresariales del Estado que no cumplan con este mandato constitucional ha sido encomendada al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI), específicamente: (i) en primera instancia, a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión); y, (ii) en segunda instancia, a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, el Tribunal del INDECOPI). Ambos son órganos funcionales que rigen su actuación, para estos efectos, considerando lo establecido en el artículo 14° de la LRCD.

1 Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

2 Al respecto, tenemos como ejemplo la creación del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (creado bajo Ley 27170), institución que fue creada para organizar y estructurar aquellas instituciones del Estado que realizaban actividad económica de carácter empresarial; sin embargo, la misma no se encargaba de detectar aquellas figuras organizativas estatales encubiertas en distintas actividades empresariales.

3 A mayor abundamiento, tenemos las siguientes normas: Ley N° 24948; D.S. 034-2001/PCM; DS. 138-2001/EF; DS. 011-2002/PCM; DS. 176-2010/EF; todas estas son normas principales y reglamentarias (vigentes) que tenían (y tienen) como principal objetivo establecer los lineamientos fiscalizadores de la actividad empresarial del Estado en el marco de ejecución de actividades del FONAFE.

4 Al respecto, cabe resaltar lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal: “De otro lado, el Decreto Legislativo introduce una muy importante innovación estableciendo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una norma legal de desarrollo constitucional sobre el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, el Decreto Legislativo reconoce los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa establecidos en los artículos 58 y 59, respectivamente, de la Constitución Política del Perú, los mismos que tienen una relación de complementariedad con el artículo 60 de nuestra Carta Magna. Dicha relación complementaria radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto”.

Para una mayor ilustración sobre la labor realizada por dichos órganos funcionales, los numerales 14°.1 y 14°.2 del artículo 14° del mencionado cuerpo normativo establecen que son actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas aquellos actos dirigidos a obtener una ventaja competitiva mediante la infracción de normas imperativas<sup>5</sup>. Al respecto, cabe precisar que dicha figura legal, en un sentido amplio, busca sancionar y, en consecuencia, limitar la obtención de una ventaja competitiva, que coloque a un agente económico en mejor posición que su competidor por infringir normas imperativas<sup>6</sup>.

Seguidamente, el supuesto establecido en el numeral 14.3 del artículo 14° de la LRCD contiene una figura distinta, la cual se encuentra directamente orientada a velar que toda entidad estatal y/o empresa pública desarrolle la ejecución de sus funciones en cumplimiento estricto de lo establecido en el artículo 60° de nuestra Constitución. Esto implica, previamente, que los órganos funcionales del INDECOPI deben determinar si dicha entidad realiza una actividad empresarial, y en caso esto suceda, analizar si la misma: (i) está expresamente autorizada por ley expresa; (ii) cumple con un rol subsidiario; y (iii) cumple con ser de manifiesta conveniencia nacional o interés público.

Este orden de análisis es de naturaleza condicional, es decir que cada una de sus etapas se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos previos. A modo de ejemplo, no puede analizarse ninguna de las tres premisas mencionadas si antes no se ha acreditado que estamos ante una actividad de naturaleza empresarial; lo mismo sucede con la evaluación del rol subsidiario de una actividad, la cual se encuentra condicionada a la existencia de una ley expresa que la autorice.

Justamente, el objetivo del presente trabajo consiste en la concepción y análisis de la denominada actividad empresarial del Estado, esto es, el primer elemento de evaluación de los casos de subsidiariedad estatal por parte de la autoridad de competencia. Ahora, si bien es cierto que existe cierto tratamiento por parte de los órganos funcionales del INDECOPI sobre este tópico, se observará que el mismo resulta insuficiente para poder abordar las distintas actividades que realiza el Estado.

Para poder arribar a este punto, consideramos importante hacer una breve introducción al ámbito tuitivo de la LRCD, toda vez que mediante este cuerpo normativo se fiscaliza la actividad empresarial del Estado. Igualmente, se explicará de manera introductoria los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, dado que este es el supuesto jurídico que abarca la protección del mandato del artículo 60° de la Constitución. Posteriormente, evaluaremos los distintos pronunciamientos del INDECOPI sobre la materia con la finalidad de entender la eficacia de los criterios actuales, y así poder identificar oportunidades de mejora que permitan tener un marco más claro de análisis respecto de este tipo de casos.

## 2. El ámbito de tutela de la legislación que reprime la competencia desleal

El 26 de julio de 2008 entró en vigencia la LRCD, cuerpo normativo que estableció un marco jurídico para combatir toda práctica desleal que tenga un efecto o finalidad concurrencial. Dicha función se encuentra delegada a la Comisión, órgano funcional del INDECOPI que, a través de su Secretaría Técnica, está encargada de activar los mecanismos de fiscalización, evaluación, y de ser el caso, abogacía ante las distintas actuaciones que vulneren –sea de manera efectiva o potencial– la buena fe empresarial y, en consecuencia, el adecuado funcionamiento del proceso competitivo dentro de un determinado segmento del mercado.

5 DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,  
b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

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.

6 A modo de ejemplo, se puede plantear un escenario en el cual, una empresa de transporte terrestre realiza dicha actividad sin tener la autorización correspondiente por parte de la institución competente que regule su participación. En este supuesto, ya sea de oficio o a pedido de parte (otra empresa del mismo rubro, por ejemplo) se puede iniciar un procedimiento administrativo para determinar si este presunto infractor efectivamente desarrolló dicha actividad económica vulnerando normas imperativas (autorización, licencias, etc.), siendo que su conducta resultará ilícita en tanto obtuvo una ventaja competitiva desleal (en este caso, el ahorro de los costos que implican obtener dicha autorización) con respecto a aquellos competidores que sí cumplieron con las normas sectoriales correspondientes.

Ahora, ¿qué entendemos por un acto desleal?, ¿cuándo estamos ante una actividad con efecto o finalidad concurrencial? De hecho, ambas son interrogantes totalmente legítimas, y sobre todo relevantes para entender el ámbito objetivo de esta norma, y, por tanto, delimitar el campo de participación de los agentes económicos.

En términos simples, entendemos por un acto desleal – en el ámbito del Derecho de la Competencia– cuando un agente económico desarrolla sus actividades de manera alejada o contraria a los principios de eficiencia económica. Ahora, dicho principio comprende básicamente, en un sentido amplio, aquellas conductas propias de un adecuado funcionamiento del proceso competitivo; y, en sentido específico, a aquellos actos entendidos dentro del concepto de buena fe empresarial.

Precisamente, ambas aristas se encuentran intrínsecamente relacionadas. El adecuado funcionamiento del mercado se encuentra referido a aquellos actos realizados por agentes económicos dentro del desarrollo común de sus actividades, esto es, en el marco de obtención de beneficios económicos sin atentar contra las reglas mínimas establecidas en un determinado mercado. En dicho escenario, estas reglas mínimas se refieren a realizar su actividad económica en virtud a la buena fe empresarial, la cual comprende todas aquellas prácticas comerciales que se basan en la propia eficiencia económica, evitando mecanismos de distorsión de la competencia bajo una serie de parámetros conductuales que son respetados por los mismos empresarios.

En esa línea, cabe resaltar que un agente económico causa necesariamente un daño a la posición concurrencial de su competidor, puesto que parte natural de la pugna competitiva es la captación de consumidores a favor de un agente económico y la detración de clientela respecto del otro. Esta sustracción de clientela resulta natural o lícita cuando se funde en la decisión libre e informada de los consumidores, así como en las mejores condiciones de oferta que ofrece el agente a estos. De este modo, son supuestos típicos de actuación de los agentes económicos, conforme a la buena fe empresarial, ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos, entre otros.<sup>7</sup>

En dicho escenario, «la contravención de la buena fe empresarial, desde un ángulo objetivo, se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas a la propia eficiencia, tal como ocurre, por ejemplo, cuando una empresa distorsiona la información sobre determinados bienes o servicios y, en consecuencia, altera la valoración que se puede realizar sobre estos como oferta»<sup>8</sup>, siendo esto una conducta que no corresponde al daño esperado por efecto de la competencia bajo reglas de eficiencia.

Por otra parte, cuando hablamos de actividades de índole concurrencial nos referimos a aquellas acciones realizadas por todo agente económico que busquen obtener una mejor posición en el mercado, tengan o no fines de lucro. En atención a ello, si bien se suele relacionar erróneamente que toda actividad empresarial implica la búsqueda de un lucro, esto no resulta cierto, dado que existen agentes económicos que carecen de dicha finalidad. Así, en virtud de un análisis conjunto de los artículos 2° y 3° de la LRCO puede concluirse que una actividad económica consiste en el ofrecimiento de bienes o servicios que tengan como efecto o finalidad concurrir en el mercado, por lo que en ambos escenarios, la autoridad de competencia podrá evaluar los comportamientos de las diferentes agentes económicos que existen en un mercado.

Una vez aclarado estos conceptos podemos concluir que la LRCO tiene como finalidad dotar de herramientas necesarias a los órganos funcionales del INDECOPI para fiscalizar y resolver controversias que permitan combatir aquellas prácticas realizadas por agentes económicos que vulneren la buena fe empresarial en un contexto concurrencial y, en consecuencia, tutelar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Definitivamente, este concepto es aplicable para cada uno de los actos desleales contenidos en la referida normativa, incluido los actos de violación de normas objeto de análisis del presente artículo.

### **3. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas**

Entendido lo anterior, debemos destacar que nuestra Constitución ha consagrado como régimen a la economía social de mercado.<sup>9</sup> En virtud a ello, el Tribunal Constitucional ha resaltado que en una economía

7 Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI

8 Pierino Stucchi, "Los actos de competencia desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal", *Revista de Derecho - Universidad de Piura*, Vol. 10, (2009), 4. Disponible en: [https://works.bepress.com/pierino\\_stucchi/4](https://works.bepress.com/pierino_stucchi/4)

9 CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

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.

social de mercado, al Estado le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores.<sup>10</sup>

En esa línea, la regulación recogida en la LRCD, como se ha resaltado líneas previas, tiene como finalidad reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, estableciéndose, en virtud de dicha legislación, las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y, especialmente, competitiva.

En particular, dicha labor se realiza mediante la instauración de un deber general de concurrencia para los agentes económicos, así como estableciendo mecanismos que garanticen el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Es así que mediante el artículo 6° de la LRCD se señala que están prohibidos, así como serán sancionados, aquellos actos contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado, calificando los mismos como actos de competencia desleal.

En ese escenario, el Derecho de la Competencia Desleal se establece en nuestro sistema jurídico como un ordenamiento limitador y sancionador de aquellas actividades económicas realizadas por medios desleales, que afectan no solo a los competidores, sino que alteran las condiciones en que opera el mercado en general.<sup>11</sup>

De esta manera, por ejemplo, en virtud del numeral 14°.1 del artículo 14° de la LRCD se constituye como un acto de competencia desleal la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa mediante la infracción de normas imperativas, siendo esto una conducta evidentemente contraria a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social. En particular, puede destacarse que el objetivo perseguido de este supuesto consiste en evidenciar la necesidad de igualdad ante las normas imperativas de los operadores económicos en el desarrollo del juego competitivo, lo cual es susceptible de verse alterado por las ventajas que pueden obtener en el mercado quienes no respeten la normativa imperativa vigente frente a aquellos que cumplen con sus deberes legales.<sup>12</sup>

En esa línea, para determinar la ventaja competitiva significativa de dicho supuesto normativo, se toma en cuenta la disminución o el ahorro en costos que logró una empresa como consecuencia de la infracción a la norma imperativa<sup>13</sup>.

Ahora bien, un elemento a destacar es que nuestra legislación establece que la infracción de normas imperativas quedará acreditada de las siguientes maneras:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,
- b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia.

En particular, respecto de dichos supuestos podemos destacar, para efectos del presente trabajo, que el supuesto contenido el literal b) del numeral 14.2 del artículo 14 de la LRCD, implica que en caso se verifique que un agente económico no cuenta con aquellas declaraciones de la autoridad administrativa o contratos de acceso al mercado que lo habilitan a llevar a cabo lícitamente la actividad económica, su conducta en el mercado resulta ser un desarrollo irregular de su libre iniciativa privada, la cual le permite ahorrarse los costos en los que tendría que incurrir para adecuar su negocio a la normativa vigente.<sup>14</sup>

En este nivel, si el ordenamiento jurídico exige a un privado que concurra en el mercado sin infringir normas imperativas, el propio Estado debería someterse a los mismos deberes jurídicos. En este punto, cabe recordar que los principales deberes del Estado frente a sus ciudadanos se encuentran en la Constitución, por lo que resulta lógico que se establezca mediante el numeral 14.3 del artículo 14 de la LRCD que la

10 Sentencia recaída en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC.

11 Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI.

12 Fernando Carballo Cascón, "Violación de Normas". En: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1era edición, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Navarra: Editora Aranzadi - Thomson Reuters, 2011), 411

13 Resolución N° 2290-2013/SDC-INDECOPI.

14 Resolución N° 2290-2013/SDC-INDECOPI.

actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución configura un acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas.

De igual modo, nuestra legislación establece que no resulta necesario verificar la adquisición de una ventaja significativa de la entidad pública o la empresa estatal que desarrolla una actividad empresarial para determinar la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, lo que se condice con lo recogido en el propio mandato constitucional, dado que el Estado no debe buscar una ventaja económica en el mercado, sino crear las condiciones mínimas para que los privados se desarrollen de manera libre y competitiva.

En atención a ello, el Estado no debe generar distorsiones en el mercado mediante una participación en la economía que no se ajuste a los propios mandatos constitucionales, caso contrario, se apartaría de los valores que busca salvaguardar en el mercado, reflejando así una ruptura a las exigencias de la buena fe que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

### 3.1. Los criterios adoptados en materia de la actividad empresarial del Estado y los pronunciamientos a nivel administrativo

En este apartado, nuestra labor se encontrará dirigida a conocer los criterios que permiten evaluar cuándo una entidad pública o empresa estatal infringiría el artículo 60° de la Constitución. En atención a ello, se realizará un recorrido de los criterios adoptados, incluso de manera previa a la vigencia de la actual LRCD.

#### I. Los criterios de evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado antes de la LRCD

Al respecto, resulta oportuno destacar que los criterios de evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado no surgieron necesariamente en virtud de la regulación recogida en la vigente LRCD.

En efecto, como primer antecedente, observamos que mediante el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM se estableció un procedimiento por el cual el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) debía delimitar y autorizar el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado. Para ello, se determinó que el FONAFE podía solicitar la opinión del INDECOPI y del titular del sector al que se encontraba adscrita la empresa pública en cuestión, con la finalidad de poder emitir un informe dentro del ámbito de sus respectivas funciones.

Es así, que entre el año 2001 y 2003, en virtud de los pedidos formulados por la FONAFE, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI (GEE) propuso determinados criterios para evaluar la actividad empresarial del Estado, siendo que los mismos fueron plasmados en diversos informes<sup>15</sup>, conforme se detalla a continuación:

| Empresas                  | N° de Informe           | Fecha      |
|---------------------------|-------------------------|------------|
| Serpost S.A.              | Informe N° 037-2001/GEE | 17/08/2001 |
| Tans Perú S.A.            | Informe N° 038-2001/GEE | 17/08/2001 |
| Editora Perú S.A.         | Informe N° 039-2001/GEE | 20/08/2001 |
| Sima Perú                 | Informe N° 040-2001/GEE | 20/08/2001 |
| Sima Iquitos              | Informe N° 041-2001/GEE | 20/08/2001 |
| Inmobiliaria Milenia S.A. | Informe N° 042-2001/GEE | 19/09/2001 |
| Adinelsa                  | Informe N° 005-2002/GEE | 17/01/2002 |
| Enaco                     | Informe N° 010-2002/GEE | 30/01/2002 |
| Perupetro                 | Informe N° 023-2002/GEE | 04/03/2002 |
| Cofide                    | Informe N° 024-2002/GEE | 06/03/2002 |
| Coneminsa                 | Informe N° 040-2002/GEE | 19/04/2002 |
| Banco de la Nación        | Informe N° 045-2002/GEE | 18/06/2002 |
| Banco de Materiales       | Informe N° 106-2002/GEE | 10/01/2003 |

Dichos informes consideraron que el mandato recogido en el artículo 60° de la Constitución establecía que la actividad empresarial del Estado se encontraba sujeto a tres requisitos concurrentes y obligatorios, conforme el siguiente detalle:

<sup>15</sup> Gonzalo Ruíz, Martha Martínez y Eduardo Quintana, "El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia", *Boletín Latinoamericano de Concorrenca N° 22* (2006), 110.

- (a) **El primer requisito formal es la habilitación por ley expresa.** Este requisito supone la expedición previa de una norma con rango de ley que autorice expresamente la actividad empresarial del Estado.
- (b) **El segundo requisito es el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado.** En particular, en su faceta sustancial relacionada a la intervención estatal en el mercado, esto significa que el Estado puede participar en la provisión de bienes o servicios que son de interés para la sociedad siempre y cuando no exista oferta privada capaz de satisfacer la demanda de dichos bienes o servicios; o que, existiendo oferta privada, existan segmentos de la población que por sus características y condiciones no eran atendidos por dicha oferta.
- (c) **El tercer requisito previsto es el objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional** que debe sustentar la autorización para que el Estado desarrolle actividad empresarial.

Estos informes constituyeron importantes referentes técnicos que fueron tomados en consideración en la labor resolutoria del INDECOPI para construir la metodología aplicable del supuesto recogido en el numeral 14°.3 del artículo 14 de la LRCO.

## II. Los criterios de evaluación de la actividad empresarial del Estado en virtud de la LRCO

Corresponde destacar que, tal como se expresó en la introducción de este trabajo, con la aprobación de la LRCO se armoniza una estructura normativa que permite fiscalizar, y, de ser el caso, sancionar el mandato constitucional sobre actividad subsidiaria del Estado. En efecto, tal como se describe en la Exposición de Motivos de la LRCO se «introduce una muy importante innovación estableciendo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una norma legal de desarrollo sobre el artículo 60° de la Constitución (...)».

En esa línea, el numeral 14.3 del artículo 14° de la LRCO establece que la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución configura un acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas.

Resulta evidente que el supuesto de hecho recogido en nuestra Constitución requiere que la actividad realizada por el Estado califique, preliminarmente, como una actividad empresarial. En dicho escenario, una vez determinada esta cualidad, corresponderá realizar la evaluación de los requisitos dispuestos en el artículo 60° de la Constitución, los cuales consisten en determinar si: (i) dicha actividad empresarial se encuentra autorizada por ley expresa; (ii) la actividad empresarial es de carácter subsidiario; y, (iii) la actividad empresarial es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Sobre el particular, el Tribunal del INDECOPI ha desarrollado criterios que permiten evaluar cuándo la actividad empresarial desarrollada por el Estado se configura como un acto de competencia desleal. Y, si bien existe un precedente de observancia obligatoria en dicha materia, dado los antecedentes anteriormente expuestos, consideramos que en sentido estricto los criterios adoptados han venido desarrollándose con el paso del tiempo, por lo que debido a su complejidad deben ser vistos desde el conjunto de su propia jurisprudencia para comprender la magnitud de su relevancia.

Un aspecto que se ha resaltado del principio de subsidiariedad es que 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; sin embargo, 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.

Es el caso que, de una lectura de los pronunciamientos del INDECOPI se pueden distinguir distintos niveles de análisis, siendo el primero si la actividad materia de cuestionamiento por parte del Estado califica como empresarial. Sobre este punto, el Tribunal del INDECOPI diferenció que se excluían de la limitación constitucional del principio de subsidiariedad dos actividades estatales: (i) el ejercicio de potestades de *ius imperium*; y, (ii) la prestación de servicios asistenciales. En efecto, a criterio de dicha instancia administrativa, la actividad realizada por el Estado será empresarial en tanto no encaje en una actividad realizada bajo la potestad de su *ius imperium* o sea de carácter asistencial, cuestión que resulta cuestionable conforme se desarrollará más adelante.

Una vez determinado que la actividad investigada por la autoridad competente califica como una actividad empresarial estatal, la misma debe, como primer requisito, contar con una ley expresa aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo.<sup>16</sup>

16 Mediante Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010, correspondiente a la denuncia presentada por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano, se indicó lo siguiente:

Seguidamente, en caso que se verifique el cumplimiento de dicha exigencia, 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. En este punto, si bien no existe jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI que haya analizado dicho requisito; en los diversos pronunciamientos emitidos por esta autoridad, se observa que para este análisis se requiere delimitar, de manera preliminar, el mercado relevante en el cual participa la empresa o la entidad estatal. Así, una vez determinado el mercado relevante en el cual actuaría el Estado bajo una modalidad empresarial, correspondería a la autoridad competente evaluar el carácter subsidiario de dicha actividad por alguno de los tres (3) siguientes escenarios:

- (1) En el mercado relevante participan 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, en virtud de lo establecido en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM. 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.
- (2) En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa o entidad estatal:** En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, debido a que se encuentra fuera del supuesto recogido por el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, 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.
- (3) En el mercado relevante 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 la oferta privada no se encuentra interesada 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.

Finalmente, como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, esto implica, de acuerdo a la jurisprudencia del INDECOPI, que la autoridad competente deberá comprobar que la ley que autoriza la actividad contiene la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación, siendo que si la ley no precisa dicha justificación se incumplirá este requisito, y por tanto la actividad estatal será ilícita.

### 3.2. Exposición de los casos de actividad subsidiaria del Estado resueltos por el INDECOPI

Como puede verificarse, la evaluación de los casos de actividad subsidiaria del Estado comprende distintos niveles de análisis, los cuales son de carácter condicional, es decir, que deben ser cumplidos en un orden determinado para que finalmente pueda consolidarse su naturaleza lícita.

En tanto constituye nuestro objeto de estudio el análisis de la actividad empresarial como requisito preliminar para estos casos, centraremos nuestra atención en dicho criterio. En efecto, si bien se evidencia un desarrollo por parte del INDECOPI en este aspecto, consideramos que el mismo no es suficiente, y para comprender ello, resulta necesario conocer su posición en sus diversos pronunciamientos. Como podrá apreciarse, únicamente tomaremos en cuenta aquellos casos resueltos por el INDECOPI en su última instancia, con principal atención en los siguientes detalles: (i) la actividad económica cuestionada; y, (ii) cuál fue el criterio establecido por el Tribunal sobre dicha actividad. A continuación, dicha información puede apreciarse en el siguiente cuadro<sup>17</sup>:

<sup>17</sup> 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 gobiernos”.

<sup>17</sup> Tal como se expresó en el presente artículo, únicamente se presentarán en el siguiente cuadro los casos que hayan sido resueltos en una segunda instancia (Tribunal de INDECOPI) con la finalidad de poder mostrar el criterio establecido por dicho órgano en su última instancia administrativa. De esta manera, deseamos precisar que el conjunto de casos señalados en este cuadro no engloba el total de casos por actividad subsidiaria del Estado analizados por el INDECOPI.

| EXPEDIENTE       | DENUNCIANTE  | DENUNCIADO                                       | ACTIVIDAD ECONÓMICA CUESTIONADA                                      | ¿QUÉ MANIFESTÓ EL TRIBUNAL DEL INDECOPI SOBRE LA ACTIVIDAD CUESTIONADA? |
|------------------|--|--|--|---|
| 154-2008/<br>CCD | Clínica Santa Teresa S.A.  | INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani                | Prestación del servicio de salud (Servicio Bajo Tarifa Diferenciada) | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>18</sup>         |
| 169-2008/<br>CCD | Clínica Santa Teresa S.A.  | Hospital Nacional Cayetano Heredia               | Prestación del servicio de salud (Servicio Bajo Tarifa Diferenciada) | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>19</sup>         |
| 170-2008/<br>CCD | Clínica Santa Teresa S.A.  | Hospital Nacional Arzobispo Loayza               | Prestación del servicio de salud (Servicio Bajo Tarifa Diferenciada) | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>20</sup>         |
| 171-2008/<br>CCD | Clínica Santa Teresa S.A.  | Instituto Nacional de Oftalmología               | Prestación del servicio de salud (Servicio Bajo Tarifa Diferenciada) | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>21</sup>         |
| 172-2008/<br>CCD | Clínica Santa Teresa S.A.  | Instituto Nacional Materno Perinatal             | Prestación del servicio de salud (Servicio Bajo Tarifa Diferenciada) | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>22</sup>         |
| 173-2008/<br>CCD | Clínica Santa Teresa S.A.  | Instituto de Salud del Niño                      | Prestación del servicio de salud (Servicio Bajo Tarifa Diferenciada) | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>23</sup>         |
| 201-2008/<br>CCD | Pollería El Rancho II E.I.R.L.   | Universidad Nacional del Altiplano – UNAP        | Venta de pollo a la brasa  | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>24</sup>         |
| 209-2008/<br>CCD | Tarucani Generating Company S.A.   | Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. | Generación y distribución de energía eléctrica                       | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>25</sup>         |
| 102-2012/<br>CCD | Gremco Publicidad S.A.   | Instituto Peruano del Deporte                    | Arrendamiento de Infraestructura                                     | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>26</sup>         |
| 107-2012/<br>CCD | Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera Propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa S.A. | Municipalidad Provincial de Trujillo             | Convocatoria de un proceso de licitación                             | No constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>27</sup>      |
| 175-2012/<br>CCD | Gremco Publicidad S.A.   | Universidad Nacional Mayor de San Marcos         | Arrendamiento de Infraestructura                                     | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>28</sup>         |
| 241-2012/<br>CCD | Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera Propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa S.A. | Municipalidad Provincial de Ilo                  | Transporte interprovincial regular de personas de ámbito nacional    | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>29</sup>         |
| 062-2013/<br>CCD | Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima   | Municipalidad Distrital de Los Olivos            | Prestación de servicios veterinarios                                 | Constituía una actividad de carácter empresarial. <sup>30</sup>         |

18 Ver Resolución 2473-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010.

19 Ver Resolución 2549-2010/SC1 del 14 de septiembre de 2010.

20 Ver Resolución 2550-2010/SC1 del 14 de septiembre de 2010.

21 Ver Resolución 2470-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010.

22 Ver Resolución 2471-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010.

23 Ver Resolución 2472-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010.

24 Ver Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010.

25 Ver Resolución 0778-2011/SC1 del 4 de abril de 2011.

26 Ver Resolución 0415-2014/SDC del 20 de marzo de 2014.

27 Ver Resolución 1604-2013/SDC del 1 de octubre de 2013.

28 Ver Resolución 0416-2014/SDC del 20 de marzo de 2014.

29 Ver Resolución 0419-2014/SDC del 21 de marzo de 2014.

30 Ver Resolución 0581-2015/SDC del 29 de octubre de 2015.

Lo anterior grafica que en la mayor parte de los casos de actividad subsidiaria del Estado – salvo una excepción – el análisis del carácter empresarial fue superado, es decir, que en este tipo de casos se procedió a analizar si esta actividad contaba con autorización de ley expresa, y de ser ese el caso, proseguir su análisis conforme los niveles de evaluación anteriormente expuestos.

De hecho, a primera vista, parece una tarea sencilla determinar cuándo estamos ante una actividad empresarial. En efecto, conforme al marco teórico establecido por el Tribunal de INDECOPI existen tres (3) tipos de actividades que pueden ser reconocidas en una empresa estatal o entidad pública: (i) las actividades empresariales; (ii) las actividades propias del *ius imperium*; y, (iii) las actividades de corte asistencial. Así, esta clasificación abarcaría el marco general de actuación del Estado, razón por la cual sería suficiente analizar la actividad que pueda ser cuestionada para poder ubicarla conforme el desarrollo conceptual que posee cada una de estas clasificaciones; sin embargo, existen diversos cuestionamientos que parecen haber sido pasados por alto, tales como: ¿Es esta clasificación suficiente? ¿Pueden existir actividades que no encajen en alguna de estas clasificaciones? Y si ese fuera el caso, ¿es pertinente continuar realizando una clasificación similar?

Son este tipo de preguntas a las que busca dar respuesta el presente artículo. La incidencia de estos cuestionamientos no es menor, toda vez que permite: (i) delimitar conceptos que pueden resultar tan abstractos como la noción de “corte asistencial” o “empresarial”; (ii) verificar si estamos ante el análisis más adecuado para determinar la procedencia en las denuncias de actividad subsidiaria del Estado; y, (iii) comprender si el criterio actual del Tribunal del INDECOPI está orientando un criterio por el camino correcto, más aún cuando son las propias entidades y empresas estatales quienes reciben el mensaje de sus pronunciamientos.

#### **4. Los avances realizados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los criterios adoptados por el Tribunal del INDECOPI**

De manera preliminar a resolver las interrogantes planteadas, resulta útil poder entender el desarrollo contemporáneo de la actividad subsidiaria del Estado dentro de los pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI, para lo cual no solo basta con conocer los antecedentes jurídicos e históricos de nuestra realidad, sino que también resulta útil comprender la influencia de la jurisprudencia extranjera que ha sido tomada por el referido tribunal peruano para analizar y dar solución a la diversidad de casos en materia de actividad empresarial del Estado.

Al respecto, conforme hemos mencionado en líneas previas, de una lectura general de los pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI podremos observar la existencia de una distinción de tres (3) tipos de actividades que podría realizar el Estado mediante una entidad estatal o empresa pública. En particular, basándonos en el contenido de dichos pronunciamientos, podremos observar que los mismos han sido influenciados por criterios de las decisiones emitidas por los fueros competentes en la Unión Europea, siendo que estos parámetros son una consecuencia de una discusión amplia en dicha región.

En atención a ello, analizaremos en este acápite el nivel de influencia de dichos pronunciamientos a lo recogido por el Tribunal del INDECOPI y, por otra parte, precisar cuáles son los criterios adecuados considerando las reglas inmersas en nuestro propio ordenamiento jurídico.

##### **4.1. El tratamiento de la actividad empresarial del Estado según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)**

Transcurrido el año 1991, el TJCE atendió la petición realizada por el Tribunal de Justicia Alemán en el marco de la demanda presentada por Klaus Höfner y Fritz Elser en contra de la empresa Macrotron GmbH.<sup>31</sup> En este caso, los demandantes realizaron, de manera privada, a favor de Macrotron, el servicio de contratación de personal para un puesto de gerencia de ventas, a pesar de que en aquella época se encontraba con plena vigencia la función del Instituto Federal del Empleo (IFE) para ejercer dicha labor. En particular, la función de esta Institución radicaba en poner a las personas que demandaban un empleo en contacto con los empresarios, así como gestionar los subsidios del desempleo. En este punto, cabe precisar que dicha actividad fue encomendada al IFE en calidad de monopolio; no obstante, posteriormente, se permitió parcialmente la realización de actividades de selección de personal de manera privada (esto es, personas ajenas al IFE), lo que implicaba que las personas que ejercían dicha actividad bajo modalidad privada corrieran el riesgo de no contar con una debida protección jurídica, en tanto se realizaba en un marco de potencial ilegalidad.

31 Asunto C-41/90 con pronunciamiento del 23 de abril de 1991.

Así las cosas, los demandantes ofrecieron a Macrotron - de manera privada - sus servicios; sin embargo, la persona seleccionada para su puesto finalmente no fue aceptada por esta empresa, razón por la cual esta última se negaba a realizarle el pago de la contraprestación debida. En ese marco, la justicia alemana desestimó la demanda de Höfner y Elser (por la ilegalidad de la actividad realizada); no obstante, trasladó al TJCE, en vía de cuestión prejudicial<sup>32</sup>, el análisis consistente en determinar si el monopolio de esta actividad recaída en el IFE se constituía como un abuso de posición dominante.

De hecho, en este pronunciamiento, si bien el TJCE no llegó a establecer si la norma alemana resultaba atentatoria en contra de los principios de competencia de la Comunidad Europea, sí llegó a las siguientes conclusiones: (i) el concepto de empresa comprendía cualquier entidad que ejerza su actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación; y, (ii) la circunstancia de que actividades económicas se confían a oficinas públicas no podían afectar la naturaleza económica de sus actividades. De esta manera, el referido caso permitió abarcar un análisis más amplio de las actividades que realizaban las entidades públicas, siendo a que a partir de dicho pronunciamiento no se encontraban excluidas de análisis en el marco del Derecho de la Competencia.

Posteriormente, mediante el asunto Eurocontrol<sup>33</sup>, el TJCE estableció que se encontraban excluidas de la actividad económica o empresarial del Estado, aquellas acciones realizadas bajo sus propias prerrogativas típicas del ejercicio público<sup>34</sup>. Sobre el particular, dicho Tribunal manifestó que si bien Entidades Públicas como Eurocontrol, potencialmente podían realizar actividad empresarial, ello no era aplicable a dicha organización, en tanto sus funciones se encontraban justificadas en la propia labor de policía de la navegación aérea de una autoridad pública. Ahora, en las propias conclusiones de este pronunciamiento, se otorga un alcance de las actividades esenciales del poder público, como aquellas que derivan del *imperium* del Estado, lo cual implica la facultad de usar prerrogativas que exceden el Derecho común, privilegios del poder público de carácter coercitivo que se imponen a los ciudadanos, tales como la administración general, la justicia, la seguridad, entre otros.<sup>35</sup>

A criterio del TJCE, la actividad económica consiste en cualquier tipo de actividad en la cual se ofrecen bienes y servicios<sup>36</sup>, razón por la cual resultaba potencialmente predecible que dicho concepto pueda ser reconocido para una entidad pública. A mayor abundamiento, el asunto Eurocontrol, implica una de las primeras limitaciones a la actividad empresarial del Estado, al sostener que la misma no puede ser reconocida cuando se trata de una actividad que deviene del *Imperium* de esta entidad. Así, conforme lo hemos podido observar, esta cualidad está referida a aquellas actividades propias y exclusivas del Estado, las cuales se encuentran regularmente recogidas en la norma primaria de cada ordenamiento.

Sin perjuicio de lo desarrollado, en la amplia gama de casos evaluados por el TJCE, podemos encontrar el asunto Poucet<sup>37</sup>, en el cual dicho Tribunal excluyó el carácter empresarial de Entidades Gestoras del gobierno francés, puesto que éstas cumplían una función exclusivamente social basada en el principio de solidaridad nacional. A diferencia del asunto Eurocontrol, en este caso el análisis del carácter empresarial de una entidad pública fue descartada por carecer de toda finalidad lucrativa y debido a que implicaba la garantía de protección de los derechos esenciales de los ciudadanos. En principio, el asunto Poucet, se configura como uno de los principales pronunciamientos en los cuales se ha incluido el principio de solidaridad como un criterio de exclusión de actividad empresarial del Estado en la Comunidad Europea; no obstante, como puede imaginarse resulta complejo poder delimitar este concepto tan general y difuso.

32 La Cuestión prejudicial se constituye como uno de los recursos competentes ante el TJCE. Al respecto, se puede dar lectura del artículo 267° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 267° (antiguo artículo 234° TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

33 Eurocontrol es una organización internacional que fue creada por un Convenio de fecha 13 de diciembre de 1960, cuya función radica en establecer y percibir las tarifas que pagarán los usuarios de la navegación aérea de los Estados contratantes. Entre sus miembros destacan países como: Alemania, Bélgica, Francia, Portugal, Gran Bretaña, entre otros.

34 Asunto C-364/92.

35 Conclusiones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Asunto C-364/92. Párrafos 9 y 10. La versión digital de este documento se encuentra en el siguiente enlace web: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98688&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=697281>.

36 Para mayor información, puede revisarse el Asunto C-118-85.

37 Asunto C-159/91 y Asunto C-160/91.

Este tipo de análisis no fue una excepción en los pronunciamientos del TJCE, por ejemplo, en los asuntos Kattner<sup>38</sup> y Císal<sup>39</sup>, el principio de solidaridad fue determinante; siendo un elemento que permitió distinguir la naturaleza empresarial de una actividad propiamente estatal. Así, dicho principio se ha constituido como un límite para el reconocimiento de actividades empresariales, basándose en la naturaleza social de su función, en conjunto con los principios de ayuda y protección a los ciudadanos. Asimismo, se ha podido encontrar algunos elementos que permiten identificar cuándo una actividad no se considera empresarial por el principio de solidaridad, destacando entre ellos: (i) el objetivo debe ser plenamente social; (ii) no debe tener ánimo de lucro; (iii) debe cumplir con parámetros de solidaridad; y, (iv) debe tener un notorio grado de control estatal.

Según sostiene Guamán Hernández<sup>40</sup>, existen ciertos “grados de solidaridad” establecidos por el TJCE, tales como: (i) *la obligatoriedad*, es decir si esta actividad ha sido ejecutada bajo el cumplimiento de alguna norma o disposición legal; (ii) *la inexistencia de una relación directa entre contribuciones y riesgo*, lo cual básicamente se encuentra ligado a la función lucrativa que debe estar exenta en una actividad estatal; (iii) *la posibilidad de establecer excepciones temporales*; y, (iv) *la no correlación entre cotizaciones y prestaciones*. Dicho de otro modo, si bien existen grados y características del principio de solidaridad, como se puede observar su delimitación es casuística y responden a los factores particulares de las situaciones evaluadas.

A grandes rasgos, el TJCE puede diferenciar las actividades estatales de la siguiente manera: (a) actividades económicas o empresariales; y, (b) las actividades no económicas, dentro de las cuales se identifican aquellas realizadas bajo el *imperium* del Estado, y, de otro lado, las que son exclusivamente sociales y congruentes con el principio de solidaridad.

#### **4.2. Los criterios del Tribunal del INDECOPI respecto del contenido de la actividad empresarial del Estado**

De acuerdo a lo expuesto, el Tribunal del INDECOPI ha excluido la actividad empresarial, respecto de dos actividades estatales, las cuales no se encuentran dentro de dicho concepto, siendo estas: (i) el ejercicio de potestades de *ius imperium*; y, (ii) la prestación de servicios asistenciales.

En particular, dentro de la categoría de actividad empresarial se ha considerado a toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, destacándose que la misma resulta ser independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio. En esa línea, cabe considerar que la Ley N° 27809 – Ley General del Sistema Concursal, considera actividad empresarial a aquella 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.

Bajo dicho elementos, la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI ha asumido 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.

En atención a ello, en primer lugar, se ha considerado que 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 soberanas. Esta actividad es de titularidad reservada del Estado, la cual 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.

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI ha considerado que para 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.

De igual manera, se ha considerado que debe descartarse de la calificación de empresarial a aquel grupo de prestaciones brindadas por el Estado que son denominadas como actividades “asistenciales o sociales”. En este punto, resulta oportuno resaltar lo manifestado en el caso de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, en el cual, el Tribunal del INDECOPI indicó lo siguiente:

«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

38 Asunto C-350/07.

39 Asunto C-218/00.

40 Adoración Guamán Hernández, “El Principio de Solidaridad en la Jurisprudencia del TJCE”, en *Jurisprudencia e Instituciones Jurídico Laborales*, coord. Jesús García Ortega. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 121-140.

*más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social.*

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 ineludible. 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.*
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. 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.*
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.»*

Para la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI 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.

Una vez expuestos los criterios de ambos Tribunales, resulta claro identificar las similitudes existentes en un plano conceptual. Ello es evidente, en la medida que, como ha sido referido en anteriores líneas, el Tribunal del INDECOPI acogió el desarrollo de este organismo europeo para plasmar su avance teórico sobre actividad empresarial del Estado en la realidad peruana.

### 4.3. El nivel de influencia del TJCE en los pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI

A propósito de desarrollar esta idea, graficamos lo desarrollado hasta el momento, haciendo un comparativo entre los conceptos abordados, pudiendo determinar que más allá de una similitud conceptual, es la estructura normativa de cada ordenamiento jurídico la que tiene una principal incidencia sobre la aplicación de lo desarrollado por el TJCE. Así, cumplimos con presentar el siguiente cuadro:

**Criterios del TJCE y el Tribunal del Indecopi**

|                                  | <b>TJCE</b>  | <b>Tribunal de Indecopi</b>   | <b>Efecto</b>  |
|----------------------------------|--|---|--|
| Ámbito normativo                 | Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (Artículos 101° a 109°)  | * Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal   | Análisis de procedencia de los casos:<br>* Para el caso Europeo: La actividad evaluada debe generar una afectación al mercado, que falsee o amenace falsear la competencia. (Art. 87° del TCCE)<br>* Para el caso peruano: Análisis se realiza en base a la finalidad o efecto concurrencial (efectiva o potencial) que tiene la actividad evaluada (Art. 2° del LRCD) |
| Noción de actividad empresarial  | Cualquier tipo de actividad en la cual se ofrecen bienes y servicios, siempre que no sean de carácter de <i>ius imperium</i> o se encuentren bajo el principio de solidaridad. No requiere un ánimo lucrativo. | Aquella 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. No requiere un ánimo lucrativo.  | No se aprecia mayor diferencia   |
| Actividad de <i>Ius Imperium</i> | Aquellas funciones y actividades referidas a las atribuciones esenciales del poder público en ámbitos como la administración general y fiscal, la justicia, la seguridad y la defensa nacional                 | Actividad que es titularidad reservada del Estado, la cual tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa, la administración de defensa nacional o del sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos. El Estado desempeña las funciones regulatorias immanentes al concepto básico de soberanía. | No se aprecia mayor diferencia   |

|                       |  |  |  |
|-----------------------|--|--|--|
| Actividad asistencial | Comprende todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tiene la particularidad de ser | Comprende todas aquellas actividades que, bajo la aplicación del principio de solidaridad, tiene una naturaleza netamente social, esto es, guarda una finalidad de ayuda y protección a los ciudadanos. Algunos de sus elementos distintivos son: (i) debe tener un objetivo netamente social; (ii) no debe tener un ánimo de lucro; (iii) debe cumplir con parámetros de solidaridad; y, (iv) debe tener un notorio grado de control estatal. | Existe una diferencia en el sentido que el concepto brindado por el Tribunal del Indecopi tiene un carácter más restrictivo de la actividad asistencial. |
|-----------------------|--|--|--|

Más allá de la diferencia terminológica que pueda existir podemos evidenciar que: (i) existe una similitud en el ámbito de aplicación objetivo de ambos Tribunales, en tanto que, mientras para el TJCE los casos de “Ayudas Otorgadas por los Estados” se encuentran orientados a aquellas actividades que falseen o puedan falsear la competencia; en el caso peruano, la LRCD reduce su análisis sobre aquellas actividades que guarden una finalidad concurrencial que afecten o puedan afectar el adecuado funcionamiento del mercado; (ii) no existe mayor diferencia en la división consistente en actividades empresariales y de *ius imperium* realizada por ambos Tribunales, toda vez que adecuan las actividades empresariales, sobre toda aquella actuación que no constituya un deber primordial del Estado o se trate de una actuación exclusivamente social; y, (iii) se evidencia una diferencia conceptual con respecto a la actividad asistencial, en tanto si bien ambos Tribunales coinciden en relacionar este tipo de actividad a una finalidad social, en el caso del Tribunal del INDECOPI se puede desprender el carácter excepcional y restrictivo de este concepto, el cual está orientada a equilibrar diferencias sociales; distinto al caso del TJCE que tiene un mayor marco de flexibilidad en atención al uso de conceptos como el principio de solidaridad.

A mayor abundamiento, sobre este último punto deseamos precisar que el concepto de actividad asistencial desarrollado por el Tribunal del INDECOPI no es, *a prima facie* incorrecto; sin embargo, presenta las siguientes observaciones:

- El ordenamiento peruano no cuenta con un concepto como el principio de solidaridad del TJCE, lo cual tiene como consecuencia directa que el ámbito de contenido de actividad asistencial sea más restrictivo. En efecto, el principio de solidaridad permite al Tribunal Europeo poder reconocer determinadas actividades estatales como “no económicas” alegando para ello que las mismas tuvieron un fin solidario; no obstante, de una lectura del concepto adoptado por el Tribunal del INDECOPI, se reconocería como actividad asistencial a aquellas que son brindadas por el Estado bajo una circunstancia excepcional (hechos o situaciones particulares).
- Como efecto del cuestionamiento anterior, queda la interrogante de si una clasificación como la adaptada por el Tribunal del INDECOPI es suficiente para comprender los supuestos de participación del Estado en nuestra realidad.

Como tuvimos oportunidad de manifestar, existe una serie de cuestionamientos sobre este particular, dado que, a nuestro criterio, la aplicación de estos avances no resulta del todo pertinente. Es preciso resaltar que esta opinión no responde al hecho de que el TCJE ha tenido un razonamiento errado respecto de esta temática, sino porque su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico no se engrana de manera correcta.

En este punto, debemos destacar que el análisis realizado en otros fueros resulta útil dado que nos permiten analizar nuestra realidad bajo una visión amplia; sin embargo, no se debe caer en la trampa que los mismos resultan suficientes para comprender las situaciones jurídicas que ocurren en nuestra realidad, dado que será indispensable evaluar las propias normas internas para determinar la manera correcta de aplicación de estas mismas.

Dicho esto, cabe reiterar la pregunta ofrecida en un punto anterior: ¿Es esta clasificación suficiente? ¿Pueden existir actividades que no encajen en alguna de estas clasificaciones? Y si ese fuera el caso, ¿es pertinente continuar realizando una clasificación similar?

### 5. La actividad no económica del Estado: análisis crítico a los criterios vigentes

En este punto, conocemos de manera adecuada los criterios recogidos por el Tribunal del INDECOPI respecto de la actividad empresarial del Estado, por lo que resulta necesario ponerlos a prueba para determinar si los mismos resultan suficientes para comprender adecuadamente las actividades que realiza el mismo respecto a la ciudadanía.

En atención a ello, si aplicamos los criterios recogidos por la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI a un colegio público ubicado en el distrito de mayor poder adquisitivo del país, podría asumirse que

esta institución oferta servicios educativos en el mercado, siendo considerada la matrícula como una contraprestación del servicio. De hecho, en este caso hipotético, tenemos lo siguiente: (i) no estamos ante una actividad de *ius imperium*, en tanto, si bien se trata de un deber primordial del Estado brindar un servicio educativo, éste no es de su titularidad exclusiva, en tanto ello puede ser ofrecido también por privados; y, (ii) no estamos ante una actividad asistencial, debido a que este centro educativo no atendería a una circunstancia exclusivamente social, toda vez que se encuentra orientada a ofrecer el servicio educativo en una zona donde los ciudadanos pueden asumir el costo de educación privada, razón por la cual no hay una búsqueda de equilibrio social.

Por otra parte, observamos el caso de un colegio público en una determinada zona del país en donde el nivel adquisitivo es bajo, esta situación implicaría, considerando otra vez los criterios recogidos por el Tribunal del INDECOPI, que dicha prestación implica que el Estado solamente debe brindar los servicios educativos a aquellos que califiquen como ciudadanos de bajos recursos o necesitados en dicha zona del país. Bajo este escenario, el propio Estado debería previamente evaluar a los estudiantes para determinar si son de bajos recursos o necesitados, dado que de encontrarse estudiantes con padres con un mínimo poder adquisitivo, no estaría realizando una actividad asistencial, sino estaría prestando un servicio de carácter empresarial.

Al respecto, observamos que casos como los mencionados en los párrafos anteriores evidencian una insuficiencia de los criterios recogidos por el Tribunal del INDECOPI, dado que podría llegarse a la conclusión de que el Estado no debería prestar determinados servicios, considerando que no todos los ciudadanos serán de bajos recursos o se encontrarán en un estado de necesidad, lo que implicaría que diversas actividades estatales sean consideradas como actividad empresarial, las cuales podrían ser calificadas como actos de competencia desleal en caso no cumplan con lo establecido en el artículo 60° de la Constitución.

En atención a ello, en esta parte del presente trabajo se buscará dar coherencia al análisis respecto de la actividad empresarial del Estado, dado que el Tribunal del INDECOPI ha dejado de analizar diversos aspectos que son útiles para comprender las distintas actividades que realiza el Estado, las cuales en determinados supuestos no califican como actividades empresariales.

Bajo esta premisa, resulta oportuno regresar al concepto de actividad empresarial identificado por el Tribunal del INDECOPI, que en términos directos resulta ser cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Si bien nuestra jurisprudencia asume una definición de actividad empresarial amplia, esto no significa necesariamente concluir que diversas actividades realizadas por el Estado resultarían ser actividades empresariales.

En dicho contexto, debemos recodar que ofrecer bienes y/o servicios bajo un ámbito empresarial, implica un ejercicio de libertades. En efecto, el artículo 59° de la Constitución destaca que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. En virtud a ello, el Tribunal Constitucional ha podido identificar las libertades empresariales, conforme a lo siguiente (Sentencia emitida en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC):

*«15. De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.*

*16. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.»*

Lo anterior refleja un aspecto de suma relevancia para comprender en qué consisten las actividades empresariales. Así, mediante este tipo de actividades se ejercita determinadas libertades reconocidas a los privados. En dicho escenario, el concepto de actividad empresarial, por sí mismo, implica la realización de una actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado en virtud del ejercicio de la libertad de empresa.

Resulta fundamental para comprender que el Estado realiza diversas actividades, entre económicas (actividades empresariales) y no económicas (deberes y/o potestades estatales). En este último ámbito, observamos que en virtud de lo establecido en la Constitución, el Estado realiza prestaciones obligatorias, por ejemplo, la provisión de servicios salud, educación y seguridad social, las cuales no son propios del ejercicio de libertad de empresa, sino del cumplimiento del Estado de sus deberes frente a la sociedad.

En esa línea, si nos adentramos en nuestro sistema jurídico, observamos que el artículo 44º de la Constitución, recoge los deberes primordiales del Estado, los cuales son: (i) defender la soberanía nacional; (ii) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; (iii) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y, (iv) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Sobre lo expuesto, podemos evidenciar que el Estado realiza diversas actividades no económicas mediante tres (3) distintas maneras: (i) el ejercicio de funciones de *ius imperium*; (ii) los deberes especiales respecto de ciudadanos que se encuentran en estado particular de indefensión, esto es, la denominada provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales; y, **(iii) los deberes generales frente a todos los ciudadanos (por ejemplo, se encuentra la educación y la salud)**. En atención a ello, es evidente que los parámetros recogidos por la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI resultan insuficientes y no recogen la real magnitud de las actividades que realiza el Estado.

En particular, dichas acciones son expresiones de las actividades no económicas, las cuales, en sentido estricto, resultan ser potestades y/o deberes que tiene el Estado para el cumplimiento de sus funciones frente a la sociedad, siendo que la autoridad competente en materia de competencia desleal deberá considerar lo señalado en la propia Constitución para poder establecer si la actividad analizada resulta ser una actividad no económica del mismo, en específico, un deber general que debe cumplir. En efecto, si la propia Carta Magna establece que el Estado debe realizar determinadas actividades, éstas no deben ser calificadas como actividades empresariales.

De esta manera, podemos observar que la actividad empresarial del Estado, debería ser ajena al cumplimiento de deberes estatales generales y específicos frente a la sociedad, así como están excluidas las actividades de *ius imperium*. En virtud de lo anterior, resulta necesario esclarecer cuándo el Estado realiza una actividad empresarial. Para esto, debemos considerar el propio marco legal establecido en la legislación que reprime la competencia desleal. En dicho contexto, es oportuno recordar que el artículo 2º de la LRCO establece que ésta resulta aplicable a actos que tengan como efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado (finalidad concurrencial).

Así, debemos resaltar que dicho supuesto normativo regula una diferenciación entre efecto y finalidad concurrencial. Por una parte, el efecto concurrencial se da cuando un acto se exterioriza en el mercado, el cual es susceptible, en sí mismo, de producir –sea real o potencial– un efecto de posicionamiento en el mismo de la persona que realiza la actividad. Y, por otra parte, la finalidad concurrencial se da cuando a través de un acto, la persona que lo realiza procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. De esta manera, puede observarse, de una parte, que el efecto concurrencial tiene un carácter objetivo vinculado a la propia actividad; y, de otra parte, que la finalidad concurrencial tiene un carácter subjetivo vinculado a las motivaciones de la persona que realiza dicha actividad.

En específico, respecto de las actividades que realiza el Estado, las mismas serán consideradas empresariales cuando éstas tengan un efecto concurrencial, esto es, cuando la actividad se exterioriza en el mercado de tal manera de que por sí misma tenga como efecto –sea real o potencial– el posicionamiento en el mercado de la empresa o entidad que realiza la actividad. En ese sentido, si se observa un caso en donde el Estado realiza una actividad por la cual no se busque dar cumplimiento a sus deberes estatales, sean generales o específicos o sus atribuciones de *ius imperium*, sino que es una actividad que tiene como efecto el posicionamiento de un bien o servicio en un determinado mercado, se podrá concluir que dicha actividad no se encuentra realizada en el marco de la actividad no económica del Estado, sino que la misma resulta ser una actividad de carácter económico o empresarial.

En esa línea, cabe precisar que en el cumplimiento de los deberes generales del Estado, este podría cobrar alguna cantidad monetaria a los ciudadanos por los costos que implica brindar algún servicio propio de esta naturaleza (por ejemplo, cuando se tramita una licencia de funcionamiento se debe pagar una tasa o cuando se matricula en un colegio público se debe pagar una matrícula). No obstante, distinto sería el caso en el que el Estado establezca que un determinado grupo de consumidores pague una cantidad monetaria superior para obtener determinados beneficios, en tanto contendría una finalidad concurrencial, toda vez que es una manera de posicionar un bien o servicio en el mercado. En dicha circunstancia, la entidad o empresa estatal no estará cumpliendo con sus deberes frente a los ciudadanos, sino que estaría segmentando sus servicios, respecto de aquellas personas a las que brinda sus servicios obligatorios y de aquellas personas a las que brinda sus servicios económicos, por lo que se estaría comportando como un agente económico.

En esa línea, por ejemplo, en el caso vinculado a la prestación de servicios educativos por parte del Estado mediante un colegio público o una universidad estatal, si observamos el artículo 16º de la Constitución, la

misma señala que es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica, por lo que puede concluirse que dicho colegio o universidad responde al cumplimiento de un deber general, siendo que el servicio de enseñanza que brindan no se encontrará bajo el concepto de actividad empresarial.

En atención a ello, aplicando los criterios expuestos, por ejemplo, a la prestación de servicios médicos por los hospitales, observamos que el cumplimiento del Estado respecto sus deberes frente a la sociedad se realiza bajo determinadas características en este ámbito<sup>41</sup>; sin embargo, cuando se presta de manera distinta, ofreciendo características diferenciales a un precio determinado, el Estado ha dejado de cumplir con sus prestaciones obligatorias frente a la sociedad, siendo una conducta que tiene como efecto concurrencial su posicionamiento en el mercado bajo determinados servicios, por lo que dicha actividad resulta ser una actividad empresarial.

En consecuencia, la actividad empresarial del Estado puede definirse como la oferta con un efecto concurrencial de bienes o servicios en el mercado, la cual difiere de las actividades no económicas, las cuales se distinguen de tres (3) maneras: (i) el ejercicio de funciones de *ius imperium*; (ii) los deberes generales frente a todos los ciudadanos comprendidos en la Constitución; y, (iii) los deberes especiales respecto de ciudadanos que se encuentran en estado de indefensión, es decir, la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales.

## 6. Notas finales

- La actividad empresarial del Estado se encuentra normativamente regulada, principalmente, bajo dos niveles: (i) un nivel constitucional, por el artículo 60° de la Constitución; y, (ii) un nivel legislativo, por el numeral 14°.3 del artículo 14° de la LRCO, bajo la figura legal de violación de normas.
- El nivel constitucional distingue que para que el Estado pueda realizar actividad empresarial, ésta debe: (i) ser autorizada por ley expresa; y, (ii) ser de manifiesta conveniencia nacional o interés público. De otro lado, el ámbito objetivo de la LRCO dispone que, todo acto de competencia desleal es aquel que tenga un efecto o finalidad concurrencial, esto es de posicionamiento en un determinado mercado, especificando que bajo la figura de violación de normas ello se plasma en que el Estado realice una actividad que tenga como efecto el posicionamiento de determinado bien o servicio en el mercado, lo que genera como consecuencia que podría distorsionar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo si no cumple con lo establecido en la Constitución.
- El Tribunal del INDECOPI, a través de sus distintos pronunciamientos, distinguió tres (3) tipos de actividades estatales para estos efectos: (i) las actividades de tipo empresarial; (ii) las actividades de *ius imperium* (titularidad exclusiva del Estado en base a sus prerrogativas del poder público); y, (iii) las actividades de corte asistencial. Es oportuno precisar que esta distinción responde a una adaptación del desarrollo realizado por el TJCE sobre este particular; sin embargo, corresponde señalar que existe una diferencia con respecto a la actividad de corte asistencial, principalmente basada en la inexistencia del principio de solidaridad en la jurisprudencia peruana, cuestión que resulta determinante para tener una interpretación más restrictiva sobre las actividades asistenciales.
- En base a estos fundamentos, resulta lógico cuestionarse si la clasificación realizada por el Tribunal del INDECOPI es suficiente para abarcar todas las aristas de participación del Estado. La respuesta es a todas luces negativa. Para ello, debemos preguntarnos si existen supuestos en los cuales podamos entender que el Estado desarrolle actividad no económica (no empresarial), pero que a su vez no sea de *ius imperium* o de corte asistencial.
- Esta inquietud nos lleva a analizar tres (3) premisas: (i) la diferenciación de las actividades económicas y no económicas del Estado; (ii) las actividades no económicas del Estado incluyen las prerrogativas (*ius imperium*), los deberes generales del Estado y los deberes especiales (corte asistencial); (iii) los deberes generales del Estado comprenden actividades que, no son exclusivas de este ente, pero que el mismo se encuentra obligado a brindar por disposición constitucional sin necesidad de evaluar determinadas circunstancias particulares.

41 Para estos efectos, pueden revisarse los casos contenidos en los siguientes pronunciamientos: (i) Resolución 2473-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010; (ii) Resolución 2549-2010/SC1 del 14 de septiembre de 2010; (iii) Resolución 2550-2010/SC1 del 14 de septiembre de 2010; (iv) Resolución 2470-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010; y, (v) Resolución 2471-2010/SC1 del 6 de septiembre de 2010.

- La limitación al carácter “no económico” de estos deberes generales del Estado se encuentra supeditada a la evidencia o existencia de un efecto o finalidad concurrencial que la pueda convertir en una actividad empresarial, ello en aplicación del propio ámbito de aplicación objetivo de la LRCD.
- En consecuencia, la actividad empresarial del Estado puede definirse como la oferta con un efecto concurrencial de bienes o servicios en el mercado, la cual difiere de las actividades no económicas, las cuales se distinguen de tres (3) maneras: (i) el ejercicio de funciones de *ius imperium*; (ii) los deberes generales frente a todos los ciudadanos comprendidos en la Constitución; y, (iii) los deberes especiales respecto de ciudadanos que se encuentran en estado de indefensión, es decir, la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales.

## 7. Bibliografía

Carbajo Cascón, Fernando. Violación de Normas. En *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Navarra: Editora Aranzadi – Thomson Reuters.

Guamán Hernández, Adoración. 2009. El Principio de Solidaridad en la Jurisprudencia del TJCE. En *Jurisprudencia e Instituciones Jurídico Laborales*, coord. Jesús García Ortega, 121-140. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ruíz, Gonzalo; Martha Martínez y Eduardo Quintana. El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín Latino Americano de Concorrenia* N° 22: 107-125.

Stucchi, Pierino. 2009. Los actos de competencia desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal. *Revista de Derecho - Universidad de Piura*, Vol. 10: 11-47. Disponible en: [https://works.bepress.com/pierino\\_stucchi/4/](https://works.bepress.com/pierino_stucchi/4/) (documento pdf).