

# Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos

María Quiñones Alayza\*

## SUMILLA

La connotada autora desarrolla en este artículo la distinción entre los Servicios Públicos asistenciales –o Servicios Públicos “sociales”– y los Servicios Públicos económicos, de cara a entender cuándo es que el Estado incurre en competencia desleal e infringe el principio de subsidiariedad. Para ello, comenta fallos de INDECOPI, que se originaron gracias a casos emblemáticos como “Universidad del Altiplano: pollos a la brasa” y “Clínica Santa Teresa”. Finalmente, recalca la importancia de diferenciar entre aquellas actividades estatales que tienen una naturaleza empresarial y aquellas otras, que dada su esencialidad, no deben regirse por criterios de mercado, sino de universalidad, equidad y asequibilidad.

## I. Actividad empresarial y competencia desleal

¿Cómo puede competir la actividad privada contra una empresa estatal que no tiene problema en ofrecer bienes y servicios por debajo de su costo –por razones políticas–, ni restricciones en cuanto a los aportes de capital y crédito que requiera para solventar sus operaciones? En ese supuesto, la actividad privada solo tendrá cabida en aquellos segmentos –resquicios del mercado– a los que no llegue la oferta estatal. Nadie –salvo el Estado– puede competir a pérdida indefinidamente.

Por eso, la mayoría de países que adoptaron el paradigma que la economía de mercado constituía la mejor opción para asegurar una eficiente asignación de recursos, aprobaron normas reprimiendo los actos y prácticas que afectasen la libre competencia. Usualmente, estas incluyeron una serie de limitantes a la actividad empresarial del Estado.

Ejemplo de lo anterior es el artículo 21° de la Constitución Política de Chile, país emblemático en nuestro continente por su defensa de la

economía de mercado, que exige una Ley de quórum calificado (aprobada por la mayoría absoluta de senadores y diputados en ejercicio) para la realización por el Estado y sus Organismos de actividad empresarial. Declara, asimismo, como principio general, que ésta se someterá a la legislación común aplicable a los particulares –aun cuando admite como excepción, por motivos justificados por una norma con rango de Ley, que dicha actividad goce de un estatuto distinto–.

Asimismo, en la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Europea, se ha recogido el criterio que las normas de competencia resultan de aplicación a todos los Organismos, privados o públicos, que desarrollen actividades económicas, siempre que el comercio entre Estados miembros pueda verse afectado<sup>1</sup>.

En el caso peruano, el artículo 60° de la Constitución –probablemente una de las normas constitucionales más restrictivas del mundo en esta materia– ordena a la actividad empresarial del Estado a sujetarse al principio de subsidiariedad, sometiéndola a una serie de controles:

\* Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Administrativo Económico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

<sup>1</sup> Artículo 86.2 del Tratado de Roma. También, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. “Servicios de Interés General y Artículo 86° del Tratado CE: Una Visión Evolutiva”. Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo - CEU. Centro de Política de la Competencia. Madrid, junio de 2005. (Texto completo en: <http://www.idee.ceu.es/access.php?file/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/Jero%20competencia%201-0511.pdf>). También, ARIÑO ORTIZ, GASPAREL. Principios de Derecho Público Económico. Ara Editores. Lima, 2004. p. 468.

*“Solo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

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

Escollo insalvable contra el que se han estrellado las intenciones de sucesivos gobiernos por reactivar la actividad empresarial del Estado, esta norma incorpora tres candados, para blindar al mercado de sus distorsiones: subsidiariedad, Ley expresa y motivación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; amén de ordenar que la empresa estatal se someta al mismo tratamiento legal que la privada. Quedan prohibidos, consiguientemente, los estatutos preferenciales y privilegios para las empresas estatales<sup>2</sup>.

La rigidez del artículo 60° de la Constitución es consecuencia de la traumática experiencia vivida en el cuarto de siglo<sup>3</sup> durante el cual, la expropiación masiva de empresas privadas y la inversión del Estado en actividades “estratégicas” dejó a un país quebrado, con un déficit casi inmanejable y con una economía destruida<sup>4</sup>.

Al rotundo mandato de la norma constitucional se suma la publicación, en el año 2008, del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), cuyo artículo 14.3

ha tipificado, como un supuesto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, a la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública con infracción del mandato constitucional<sup>5</sup>. La razón de la infracción es que se atribuye a dicha actividad el efecto, real o potencial, de afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo<sup>6</sup>.

Y no cabe duda que la actividad empresarial del Estado compite de manera desleal contra los agentes privados. El Estado cuenta con crédito ilimitado (recolectado a través de los impuestos que el Estado extrae, incluso, de sus propios competidores en la actividad, como acota BULLARD<sup>7</sup>), tiene siempre la posibilidad de acceder a ampliaciones de su capital para soportar los déficit que su gestión genera, sus costos fijos son reducidos -por utilizar la infraestructura pública instalada- además de gozar, con frecuencia, de privilegios jurídicos respecto de los privados<sup>8</sup>.

A lo anterior se agrega que la actividad empresarial del Estado no responde a un fin de lucro ni se rige por las señales del mercado. Más bien, constituye un instrumento del gobierno que apunta a otros objetivos; es decir, se trata de una herramienta más - como la emisión de moneda, la política tributaria, los subsidios o los aranceles - de intervención en la economía, destinada a cumplir ciertos fines redistributivos y políticos, así como alinear la actuación de los agentes económicos con los objetivos del gobierno y su política económica<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Si constitucionalmente no es posible que las empresas públicas compitan con las privadas -porque solo pueden participar subsidiariamente- pareciera incongruente la declaración contenida en el segundo párrafo del artículo 60°, sobre la igualdad de tratamiento legal entre la empresa pública y la privada. Ello lleva a QUINTANA SÁNCHEZ a considerar que: “Esta regla de trato igualitario cobraría sentido si la empresa pública actúa y compite en el mismo mercado que la empresa privada. Es decir, si participa en el mercado sin cumplir un rol subsidiario. En tal caso, la empresa estatal tendría que competir sin ningún tipo de subsidio o privilegio especial, y solo debería mantenerse en el mercado mientras pueda operar de ese modo y persistan las condiciones que justificaron su entrada. Así, una interpretación de esta naturaleza indicaría que la Constitución también estaría reconociendo la posibilidad de que la actividad empresarial del Estado se realice en competencia con la iniciativa privada.” QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo: “Una Nueva Mirada a la Actividad Empresarial del Estado”, En “ConexiónESAN.com”, 26 de setiembre de 2011. Texto completo en: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/09/26/una-nueva-mirada-a-la-actividad-empresarial-del-estado/>.

<sup>3</sup> Periodo: 1968-1993.

<sup>4</sup> Un dato interesante es que tanto la Constitución de 1993 como la Constitución de 1979 declaran su adhesión al modelo de “economía social de mercado”. Sin embargo, el tratamiento a la actividad empresarial del Estado no puede ser más distinto entre una y otra. Opuestamente al tratamiento subsidiario a ultranza y excepcional a la segunda la confina, el artículo 113° de la Constitución de 1979 asignaba a la actividad empresarial del Estado el rol de “promover la economía del país, prestar Servicios Públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”; permitiéndole, tácitamente, establecer un régimen preferencial para las empresas públicas. Además, el artículo 114° permitía, por causa de “interés social o seguridad nacional”, reservar para el Estado actividades productivas o de servicios (excluyéndolas, por ende, de la actividad privada).

<sup>5</sup> “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.”

<sup>6</sup> Ver artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>7</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo: “Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 149, pp. 17-27.

<sup>8</sup> Ver Considerando 28 de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI de Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI (Pollería el Rancho contra Universidad Nacional del Altiplano – Puno)

<sup>9</sup> QUINTANA SÁNCHEZ señala que, teóricamente, un Estado puede realizar actividad empresarial por razones de equidad (fines

Ejemplos de lo dicho se encuentran en el rol que desempeña PETROPERÚ, en el mercado de refinación y comercialización de combustibles; o el que juega ELECTROPERÚ en el mercado de generación eléctrica. Estas empresas estatales son abiertamente utilizadas por el Gobierno, tanto para impedir el incremento excesivo de los combustibles, como para vender o comprar energía en condiciones distintas a las de mercado y, por ende, inaceptables para el sector privado. También, sirven como instrumentos para ejecutar proyectos de inversión que, desde una perspectiva estatal de largo plazo, pueden resultar convenientes para el país, pero cuyo costo de oportunidad no los hace atractivos para el sector privado.

Pero la actividad empresarial del Estado ocasiona un problema, incluso más severo: desviar los fondos del Tesoro Público de aquellos fines que solo el Estado puede satisfacer, para destinarlos en actividades que, la mayor parte de las veces, podrían ser atendidos de manera más eficaz y eficiente por los privados.

En efecto, solo el Estado está en capacidad de atender ciertas necesidades que, justamente, son la razón de su existencia -seguridad interna y externa, justicia, infraestructura de uso público, medio ambiente saludable para todos los ciudadanos- además de la provisión de servicios asistenciales y públicos para aquellos sectores que no cuentan con los recursos económicos para obtenerlos del mercado. La actuación del Estado es también indispensable para asegurar que el país cuente con una infraestructura, administración de justicia y seguridad (física y jurídica) que resultan presupuestos esenciales para el desarrollo y la competitividad de las empresas nacionales, así como para la generación de fuentes de trabajo.

Partiendo de esa base, y teniendo en cuenta que los ingresos del Estado no son ilimitados, estos deben asignarse, en primer lugar, a aquellos fines que solo el Estado puede satisfacer –en otras palabras, a cumplir con las funciones que le han sido reconocidas por la Constitución– en lugar de distraerlos en otras actividades, en donde su rol es bastante menos relevante.

Por solo dar un ejemplo, en mi opinión es insostenible –incluso escandaloso– que el Estado peruano distraiga fondos públicos en exploración petrolera, en lugar de destinarlos a asegurar la presencia del Estado en el VRAE<sup>10</sup> para combatir el narcotráfico y el terrorismo, a través de Servicios Públicos y asistenciales adecuados para la población, así como armamento, capacitación y equipos para las fuerzas militares y policiales.

Por supuesto que siempre existirán razones para justificar la actividad empresarial del Estado (incluyendo los mayores votos que se consigan por mantener los precios locales por debajo de los del mercado internacional, o las expectativas de obtener grandes utilidades, sin tomar en cuenta los riesgos y los costos que la actividad supone), pero estas resultan deleznable frente a la necesidad que el Estado actúe para garantizar la seguridad interna, atender a la población desnutrida, proteger el medio ambiente<sup>11</sup> y el patrimonio cultural, así como dotar de infraestructura, capacitación y servicios a las poblaciones más alejadas, particularmente a las alto andinas y amazónicas, que han sido tradicionalmente relegadas.

## II. Actividad empresarial y Servicios Públicos – los precedentes de INDECOPI

Mucho se ha escrito sobre el artículo 14°.3 de la LRC<sup>12</sup> y la jurisprudencia a la que ha dado lugar.

redistributivos), de eficiencia económica (compitiendo con los privados para buscar mejores condiciones de oferta) o estratégicas (en sectores considerados vitales para la soberanía de un país). *Ibid.* Loc.cit. A modo de ejemplo, un país cuya Constitución económica admite la actividad empresarial del Estado en todos estos casos es Ecuador, cuyo artículo 313° otorga al Estado el derecho de “*administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos*”, entendiéndose por tales a “*aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social*”.

<sup>10</sup> VRAE: Valle de los ríos Apurímac y Ene.

<sup>11</sup> Dicho sea de paso, las empresas públicas suelen ser de las más contaminantes, porque el Estado es renuente a supervisarse a sí mismo y remiso para hacer las inversiones que exige una industria respetuosa de la ecología.

<sup>12</sup> Entre otros: BULLARD GONZALES, Alfredo: “El Otro Pollo. La Competencia desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 10 – Derecho de la Competencia, pp. 199-209; DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José y BULEJE DIAZ, Crosby: “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010-SCI-INDECOPI”. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 10 – Derecho de la Competencia, pp.221-235; QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo: El Rol Asistencial y Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado y su Alto Interés Público o Manifiesta Conveniencia Nacional. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 149, pp. 29-33; PUENTE ARNAO TIRAVANTI, Víctor: “La Competencia Desleal del Estado en la Nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 132, pp.357-363. HUAPAYA NAVA, Mario y TERRAZOS POVES, Juana Rosa: “Principio de Subsidiariedad: Consideraciones Respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado”. En: *Derecho & Sociedad* 31, pp. 277-284.

Aplicando esta norma, INDECOPI -la agencia peruana de competencia- ha calificado, como actos de competencia desleal, hechos tales como la venta de pollos a la brasa por una universidad pública (Caso "Universidad del Altiplano")<sup>13</sup> y la prestación de servicios médicos *premium*, por hospitales e instituciones de salud del Estado, sujetos a un tarifario diferenciado de los servicios sanitarios básicos (Caso "Clínica Santa Teresa")<sup>14</sup>. Quisiera detenerme en la tesis que INDECOPI postula en ambos precedentes para determinar qué conductas del Estado califican como actividad empresarial. En opinión de dicha agencia, ésta existe cuando el Estado "*asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más... (...) 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*"<sup>15</sup>. (Subrayado es nuestro).

Como los casos de la Universidad del Altiplano y la Clínica Santa Teresa estaban referidos a servicios prestados por entidades de salud y educativas, INDECOPI desarrolla, en su jurisprudencia, las características de la prestación asistencial (lo que en doctrina administrativa usualmente se conoce como "Servicios Públicos Sociales"). Dentro de este rubro, incluye a los bienes y servicios "...que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible"; en particular, las prestaciones obligatorias recogidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución (derechos sociales y económicos), "...que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social"<sup>16</sup>.

Respecto de estas prestaciones asistenciales, la agencia de competencia afirma que:

***"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"<sup>17</sup>. (Resaltado y subrayado agregados)*

En ese orden de ideas, lo que lleva a INDECOPI a considerar que los centros estatales de salud, denunciados por la Clínica Santa Teresa, realizaban una actividad empresarial cuando prestaban servicios médicos bajo un "tarifario diferenciado", es que dicha actividad: "*no cumple con la calificación de asistencial, al no estar diseñada para satisfacer el acceso a una prestación de salud mínima bajo el rasgo de universalidad... (...) al no ser una prestación destinada a dar un mínimo de salud a toda la colectividad, siendo tan solo una actividad diferenciada dirigida a un grupo de usuarios de mayor poder adquisitivo que el de los pacientes regulares"<sup>18</sup>. (Subrayado agregado).*

En mi opinión, el criterio utilizado por INDECOPI para diferenciar un Servicio Público Social de una actividad empresarial es acertado. Los artículos 9° al 11° de la Constitución, atribuyen al Estado un rol de facilitador y garante del **acceso universal y equitativo** a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Consiguientemente, un servicio médico que esté disponible solo para quienes puedan pagar por él (como es el caso de los servicios bajo tarifario diferenciado) no cumple con la finalidad de garantizar el acceso universal y equitativo de todos los ciudadanos a un servicio considerado esencial. Se trata, por ende, de una actividad empresarial, que busca ofrecer un servicio a un determinado segmento de la población.

Distinto sería el caso si los hospitales públicos prestaran estos servicios a todos los ciudadanos, con un solo tarifario (con independencia de que este cubra el coste o no del servicio) pero garantizando que quienes acrediten su imposibilidad de pago tengan derecho a ser atendidos gratuitamente, o a una tarifa reducida. Porque un Servicio Público

<sup>13</sup> Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI.

<sup>14</sup> Resoluciones Números. 2470; 2471; 2472 y 2473-2010/SCI-INDECOPI.

<sup>15</sup> Considerandos 29 y 30 de la Resolución N° 2472-2010-SCI-INDECOPI.

<sup>16</sup> Considerandos 37 y 38 de la Resolución N° 2472-2010-SCI-INDECOPI.

<sup>17</sup> Considerando 39 de la Resolución N° 2473-2010/SCI-INDECOPI.

<sup>18</sup> Considerandos 136 y 137 de la Resolución N° 2473-2010/SCI-INDECOPI.

Social no tiene que ser gratuito, ni subsidiar a toda la población, pero sí debe estar disponible para quienes no puedan pagar por él y aplicarse en condiciones de equidad.

Por otro lado, en lo que se refiere a la educación -otra prestación asistencial clásicamente atribuida al Estado- también están presentes los criterios de universalidad y equidad que debe cumplir todo Servicio Público (educación accesible a todos los ciudadanos, con independencia de sus recursos económicos y discapacidades). Así, entre los deberes que los artículos 14° al 17° de la Constitución imponen al Estado, se encuentran los de asegurar que nadie se vea impedido de recibir la educación adecuada, por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas; ofrecer educación gratuita a nivel escolar y garantizar, a nivel universitario, el derecho a la educación gratuita en las instituciones públicas de aquellos alumnos que tengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con recursos económicos para cubrir los costos de educación.

La importancia que la sociedad atribuye al acceso de todos los ciudadanos a ciertas prestaciones que considera esenciales<sup>19</sup>, es la razón de ser de todos los servicios públicos.

Estos tienen por fin asegurar el acceso y goce, universal y equitativo, de los derechos económicos y sociales que son consustanciales a la dignidad humana y presupuesto indispensable para el ejercicio de la libertad<sup>20</sup>:

*"...desde el marco de la economía del bienestar son bienes de valor social (merit goods): su determinación supone la definición de auténticas preferencias sociales, cuya definición tiende a hacerse a través de procesos políticos y expresarse en normas constitucionales y legales.*

*(...)...como afirma Malaret, la noción de ciudadano permite superar la noción de*

*individuo –en el sentido atomizante del término- para subrayar la inclusión plena de la persona en el tejido social. En suma, la ciudadanía social alude a este tipo de derechos, cuya protección vendría garantizada por el Estado Nación, entendido no ya como Estado Liberal de Derecho, sino como Estado Social de Derecho"<sup>21</sup>.*

Por eso, tratándose de Servicios Públicos sociales, el mercado no es el principio rector<sup>22</sup>, aspecto que lleva a INDECOPI a concluir que la prestación asistencial no califica como actividad empresarial: *"...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"<sup>23</sup>.*

Concluyendo, el rol que nuestra Constitución atribuye al Estado en materia de Servicios Públicos sociales, no es subsidiario sino protagónico o, cuando menos, concurrente con el de las empresas e instituciones privadas.

### III. Actividad empresarial del Estado y Servicios Públicos económicos

En lo que se refiere a la segunda excepción a la actividad empresarial, el ejercicio de la potestad de imperio, o "actividad estatal de autoridad pública", como también la denomina INDECOPI, citando a la normativa comunitaria europea<sup>24</sup>, la Sala de Competencia se limita a mencionar algunos ejemplos: la función legislativa, la administración de los sistemas de defensa nacional y de justicia, así como el otorgamiento de títulos habilitantes<sup>25</sup>. Tanto en el caso de la Universidad del Altiplano como en las resoluciones vinculadas al caso Santa Teresa, la descripción de dicha actividad es bastante escueta, circunscrita al "ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de ius imperium, propias de la existencia del Estado"<sup>26</sup>, es decir, a las funciones públicas del Estado<sup>27</sup>.

<sup>19</sup> "Ciertamente la esencialidad o no esencialidad de una actividad, recurso o servicio es de imposible definición a priori. La declaración de tal es tarea del legislador..." ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios..." Op.cit., p. 462.

<sup>20</sup> "...quienes cifran el destino de la libertad solo en la existencia de mercados libres, [olvidan] que estos, por sí solos, terminan, según la metáfora de Isaiah Berlin, permitiendo que los lobos se coman a todos los corderos." VARGAS LLOSA, Mario: "El Joven Popper". En: Diario La República, 9 de setiembre de 2012, p. 7.

<sup>21</sup> KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. "Derecho Constitucional Económico". Op.cit., pp. 567 y 568.

<sup>22</sup> Si fuera así, solo podrían acceder quienes estén en capacidad de pagar por ellos.

<sup>23</sup> Considerando 37 de la Resolución N° 2471-2010/SC1-INDECOPI.

<sup>24</sup> Considerando 39 de la Resolución N° 3134-300/SC1-INDECOPI. Ver también MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo: "Servicios de Interés General y artículo 86° del Tratado CE: Una Visión Evolutiva". Op. cit.

<sup>25</sup> Ver Considerando 39 de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI.

<sup>26</sup> Considerando 40 de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI.

<sup>27</sup> Para José María SOUVIRON MORENILLA, las funciones públicas son "actividades intrínsecas y definidoras del Estado" en tanto que los Servicios Públicos son "actividades asumidas por éste pero que no pertenecen a su esencia: el imperium derivado de la

Dentro de estas funciones, el considerando 146 del caso Santa Teresa incluye el otorgamiento de concesiones de infraestructura de uso público y autorizaciones para el uso o aprovechamiento de bienes estatales, cuando señala que *“la potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir, expresión de una potestad pública que solo puede ser ejercida por el Estado, en calidad de titular del bien de dominio estatal”*. Es relevante mencionar que, en opinión de INDECOPI, fue por el ejercicio de esa función de imperio que el Tribunal Constitucional, en el caso *“Gremco Publicidad contra el Instituto Peruano del Deporte”*<sup>28</sup>, consideró que el arrendamiento de espacios publicitarios en el Estadio Nacional no constituía una actividad empresarial. Con ello, desestimó la interpretación de las entidades estatales de salud denunciadas que, amparándose en esa sentencia, alegaban que la prestación de sus servicios bajo tarifario diferenciado no constituía una actividad empresarial, porque no estaban organizadas como empresa pública ni tenían fin de lucro<sup>29</sup>.

Llama la atención, sin embargo, que la jurisprudencia expedida por INDECOPI no se pronuncie sobre los Servicios Públicos económicos<sup>30</sup>; sea para considerarlos como un supuesto que no califica como actividad empresarial del Estado o, para sustentar por qué sí tienen tal calidad. En particular, resulta sorprendente que este aspecto no haya sido abordado al resolver la denuncia por competencia desleal interpuesta por la empresa Tarucani Generating Company S.A. (TGC) contra Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (EGASA)<sup>31</sup>.

En ese caso, EGASA fue denunciada por TGC, entre otros actos, por incurrir en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la LRCO, al realizar actividades de generación hidroeléctrica, además de haber obtenido concesiones temporales para la

realización de estudios destinados a la construcción de futuras centrales. La Sala de Competencia revocó la resolución de primera instancia -que había declarado fundada la denuncia- por considerar que existía una Ley expresa -Ley N° 23406, Ley General de Electricidad- que autorizaba a EGASA a prestar el servicio de generación y a obtener concesiones para nuevos proyectos hidroeléctricos (al ser esta norma anterior a la Constitución de 1993, no se le aplicó el test de subsidiariedad). En este caso, INDECOPI parece haber asumido, sin mayor análisis, que la generación de electricidad era una actividad empresarial, por lo que se limitó a evaluar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución para su desarrollo. Esto, en mi opinión, es un error. Como lo demostró el propio INDECOPI en los casos de Universidad del Altiplano y Santa Teresa, un enfoque riguroso obliga, con independencia de la conclusión a la que se arribe, a analizar, en primer lugar, si el desarrollo y gestión de Servicios Públicos económicos por el Estado debe considerarse como actividad empresarial. Solo si la respuesta es afirmativa, deberá evaluarse si la actividad denunciada se sujeta, o no, a lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución.

Para ello, es indispensable partir de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales que aluden al rol del Estado en materia de Servicios Públicos Económicos, para poder establecer el tipo de actividad ante el que nos encontramos. En particular, debe analizarse lo dispuesto en el artículo 58°. Este, luego de reconocer el derecho a la libre iniciativa privada, precisa que el Estado: *“orienta el desarrollo del país y actúa, principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, Servicios Públicos e infraestructura”*. (Subrayado agregado).

En la misma línea, el artículo 195° atribuye a los Gobiernos Locales la función de:

*soberanía*”. “La Actividad de la Administración y el Servicio Público”. Editorial Comares. Granada, 1998. p. 115. Por su parte, KRESALJA destaca que los Servicios Públicos no son “...actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad”. Citado en KRESALJA, Baldo y OCHOA, César: Derecho Constitucional Económico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009, p. 559.

<sup>28</sup> Expediente N° 07644-2006-PA/TC.

<sup>29</sup> El TC considera, en su resolución, que una actividad empresarial conlleva *“la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro”*, concluyendo que el arrendamiento por el IPD del Estadio Nacional no constituía una actividad empresarial porque se trataba de un organismo público descentralizado cuyas funciones incluían las de *“Autorizar y regular la cesión en uso de los bienes y la concesión de la infraestructura deportiva”* con fines de conservación de la misma. Para el TC, mediante dicho arrendamiento, el IPD cumplía con la finalidad constitucional de *“promoción del deporte”*, reconocida en el artículo 61° de la Constitución Política del Perú.

<sup>30</sup> Según la clásica definición de ARIÑO, el Servicio Público económico o industrial es *“aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”* (ARIÑO ORTIZ, “Principios...” op.cit. p. 564). Usualmente se trata de servicios que requieren para su prestación de infraestructuras de red con características monopólicas. Los servicios de saneamiento, ferroviarios, eléctricos, de transporte y distribución de gas, y de telecomunicaciones, entre otros, son considerados en el Perú como servicios públicos.

<sup>31</sup> Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, del 4 de abril de 2011.

*“Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a Ley”<sup>32</sup>.*

Las normas precedentemente reseñadas contienen un imperativo constitucional para que el Estado actúe y desarrolle actividades destinadas a la prestación de determinados Servicios Públicos. Si estos servicios fuesen considerados como parte de la actividad empresarial del Estado, dicho mandato resultaría, *prima facie*, contradictorio con lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución, que obliga a Ley autoritativa previa, sustentada en alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, además de limitar su actuación a un plano meramente subsidiario de la actividad privada. En efecto, ¿cómo podría requerirse una Ley autoritativa cuando la propia Constitución le ordena actuar en esos campos?

En buena medida, los fundamentos utilizados por INDECOPI para considerar a las actividades asistenciales como un supuesto distinto a la actividad empresarial resultan aplicables a los Servicios Públicos económicos. También en este caso existe *“una obligación prevista por disposición constitucional”* para que el Estado actúe, con el añadido que, respecto de los Servicios Públicos económicos, el Estado tiene la calidad de titular del servicio. Evidentemente, la actuación del Estado no tiene que implicar, necesariamente, la gestión directa de la actividad, pero tampoco lo impide. Dicho de otra manera, si el Servicio Público es por definición, una actividad de titularidad estatal ¿cómo puede calificarse como actividad empresarial cuando el Estado la presta?

Reconozco que el tema es espinoso y objeto de amplio debate, tanto en la doctrina nacional como en la comparada. Para algunos autores, la *“exclusividad regalística”* característica del concepto tradicional de Servicio Público –que conllevaba la sustracción de la actividad prestacional de la esfera privada, para pasar a convertirse en un cometido estatal– habría desaparecido hoy en día para dar lugar a un nuevo Servicio Público, en el que el

Estado cumple, básicamente, el rol de garante o responsable del servicio. En esa línea, DANÓS considera que en los servicios públicos:

*“el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, ya que la asunción de titularidad solo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público. De ahí que aunque la titularidad del Servicio Público sea estatal, la ejecución de la actividad (la prestación del Servicio Público) tenga que estar a cargo de empresas particulares y que, por aplicación del precepto constitucional que consagra el principio de subsidiariedad, la intervención estatal en el plano de la gestión se restrinja a los supuestos de ausencia o insuficiencia de las prestaciones gestionadas por los privados, cediendo el Estado el protagonismo en la prestación a favor de los operadores particulares”<sup>33</sup>.* (Subrayado agregado)

En tanto que para KRESALJA y OCHOA, el Servicio Público mantiene, entre otras, las siguientes notas características:

*“a) Se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable. b) La titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta. i) por una declaración formal (publicatio) que supone la reserva de un sector y su posterior (y a veces necesaria) concesión a terceros y ii) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad(...)”<sup>34</sup>.*

Personalmente, suscribo la posición de estos últimos autores. Porque si la calificación de un servicio como público no otorga al Estado el derecho de prestar el servicio por organización propia, entonces no habría distinción entre el **Servicio Público** y el **servicio de interés general**. Serían sinónimos. La gran diferencia entre ambos conceptos es, justamente, que el primero le atribuye titularidad al Estado y el segundo no. En lo demás, son idénticos: servicios considerados tan

<sup>32</sup> Podría citarse también el artículo 119°, que dispone que la dirección y gestión de los Servicios Públicos está confiada al Consejo de Ministros y a cada ministro, en los asuntos que competen a la cartera a su cargo. Pero coincido con DANÓS en que dicha norma, más que referirse a los servicios públicos, apunta a designar a los servicios administrativos en sentido orgánico. (DANÓS, “El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana” op. cit., p. 256).

<sup>33</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana”. En: THÉMIS N° 55, p. 259.

<sup>34</sup> KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. “Derecho Constitucional...” op. cit., p. 559. En la misma línea, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, op. cit., p. 565.

indispensables o esenciales para la vida social que la Ley hace al Estado responsable de asegurar su adecuada prestación (es decir, de forma obligatoria, universal, regular, accesible y asequible). Por ende, la titularidad estatal tiene que ser algo más que una atribución de responsabilidad por el servicio. Por eso, justamente es que tratándose de un Servicio Público, su gestión por los particulares se da a través de una concesión: título habilitante otorgado por la Administración que supone una delegación de cometidos estatales en su favor. En un servicio de interés general, la técnica concesional no se utiliza, bastando con una mera autorización o registro.

Un elemento adicional a tener en cuenta es que jurídicamente, no cabría distinguir entre ciertas actuaciones del artículo 58°, que calificarían como función de imperio (seguridad y promoción del empleo), y otras, que constituirían una actividad empresarial (los Servicios Públicos económicos). La "actividad empresarial del Estado, a que se refiere el artículo 60°, es necesariamente distinta a las actuaciones atribuidas al Estado en el artículo 58° de la Constitución. Así lo reconoce también la normativa comunitaria europea, para la que la "actividad estatal de autoridad pública" –el término que INDECOPI utiliza expresamente en sus resoluciones como supuesto de excepción al principio de subsidiariedad– comprende no solo a las funciones del Estado, sino a los servicios de interés general (nuestros Servicios Públicos económicos) y a los del estado de bienestar (los Servicios Públicos sociales)<sup>35</sup>.

#### IV. Conclusión

DEVOLVÉ consideraba que la noción del Servicio Público constituye una amenaza para las libertades públicas:

*"Si el Estado no es más que un conjunto de servicios públicos, cuyos límites son indefinidos, el Servicio Público justifica todas las extensiones del Estado y todas las restricciones de las libertades públicas: él abre la vía a la esclavitud"*<sup>36</sup>.

Y tenía razón.

Pero también la tenía Isaiah BERLIN cuando sostuvo que:

*"...ofrecer derechos políticos y salvaguardas contra la intervención del Estado a hombres que están medio desnudos, mal alimentados, enfermos y que son analfabetos es reírse de su condición: necesitan ayuda médica y educación antes de que puedan entender qué significa un aumento de su libertad o que puedan hacer uso de ella. ¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? [...] Si mi libertad o la de mi clase o nación depende de la miseria de un gran número de seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inmoral"*<sup>37</sup>.

En ese equilibrio precario entre libertad y solidaridad, esos dos polos de tensión –al decir de ARIÑO- que inspiran a todas las constituciones económicas del mundo, la noción de Servicio Público (social y económico) ha sido una herramienta para construir un Estado y una sociedad inclusivos, que garanticen el acceso universal y equitativo de todos los ciudadanos a las prestaciones que, en cada tiempo, se han considerado como presupuestos esenciales para la dignidad y libertad humana. Pero esta noción también ha servido para dotar al Estado de una serie de prerrogativas y privilegios, restringiendo el ámbito de la libertad privada y afectando el proceso competitivo.

Creo que el Estado Social de Derecho de hoy, requiere como ayer, del Servicio Público, aunque restringido a aquellas actividades que verdaderamente lo justifican. En el caso de Perú, un sistema obsoleto de Servicio Público, que ha mantenido la *publicatio* para actividades que han devenido en netamente comerciales, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas y regulatorias<sup>38</sup>, faculta al Estado a ejercer un nivel de intervencionismo y una actividad económica que no se condicen con la evolución del mercado en sectores que hace tiempo dejaron de tener características monopólicas y que pueden ser adecuadamente atendidos por la actividad privada.

La modificación del marco legal que permita la transformación de la mayoría de Servicios Públicos en servicios de interés general, es una tarea aún pendiente en nuestro país. Como aconseja ARIÑO, debemos sustituir el concepto de Servicio Público (peligroso, por ambiguo y extensivo) por el de servicio universal, que no es otra cosa que el núcleo duro del servicio esencial de interés general:

<sup>35</sup> Ver, al respecto, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. "Servicios de Interés General...". Op.cit.

<sup>36</sup> DEVOLVÉ, Pierre: "Servicio Público y Libertades Públicas". Citado por MAIRAL, Héctor: "La Ideología del Servicio Público". En: Revista de Derecho Administrativo. Año 5, N° 14. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993. p. 372.

<sup>37</sup> BERLIN, Isaiah. Cuatro Ensayos sobre la libertad. Citado por KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit., p. 568.

<sup>38</sup> Tal vez el ejemplo más claro sea el de las telecomunicaciones.

*“En lugar de declarar Servicio Público el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones o cargas de Servicio Público, esto es, de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar a todos, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento, vienen vinculados los operadores que actúen en él. Ello exige justamente la diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte), en el correo el servicio básico postal de cartas y certificados con carácter universal (pero no el servicio de paquetería o transporte urgente), en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte en alta tensión por la red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor, ni el suministro a grandes consumidores), etc...,”*

*etc... En cada sector, hay que determinar en concreto cuáles son esas obligaciones”<sup>39</sup>.*

Es este servicio universal el que mantiene los clásicos caracteres de obligatoriedad, universalidad, regularidad, aunado al de accesibilidad y asequibilidad; ya que las actividades competitivas al prestarse en un régimen de concurrencia, se rigen en buena medida por las reglas del mercado. Una delimitación como ésta permitirá una diferenciación más fina entre aquellas actividades estatales que tienen una naturaleza empresarial -y por ende, deben sujetarse al artículo 60°- y aquellas otras que, dada su esencialidad, no deben regirse por criterios de mercado, sino de universalidad, equidad y asequibilidad.

En el ínterin, no queda más que reconocer que, en tanto la actividad estatal califique como Servicio Público, no puede ser calificada como “actividad empresarial”, por tratarse del cumplimiento de un cometido estatal expresamente reconocido en nuestra Constitución. A pesar de que con ello se abra un forado a la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad estatal reconocido en el artículo 60° de la Constitución.

<sup>39</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op.cit., p. 762.