

El Otro Pollo

La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad

Alfredo Bullard Gonzalez*

SUMILLA

La Actividad Empresarial del Estado se encuentra limitado por el Principio de Subsidiariedad, determinado en el Artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993. Sin dicho límite la actividad empresarial incurriría en una forma de competencia desleal no solo afectando el mercado sino los fines de su labor promoción de la competencia.

En el presente artículo el autor realiza una revisión al denominado “Caso del Pollo a la Brasa”, objeto de un procedimiento de Competencia Desleal en las instancias de INDECOPI, en el que analiza el régimen subsidiario de la actividad empresarial del Estado e introduce la Teoría de los Bienes Públicos como una nueva perspectiva sobre el problema.

1. El Nuevo Caso del Pollo

Cuando uno se refiere a INDECOPI, el llamado caso del pollo es quizá el más representativo de su historia. Los trece años que este duró desde que INDECOPI abrió la investigación hasta la confirmación por la Corte Suprema en última instancia, contribuyeron a que fuera tan recordado. Pero también ayudó (tal vez de manera más significativa) el haber forjado principios (como el de la regla *per se* en las concertaciones de precios y la consolidación de la llamada *ancillary doctrine*). Lo que el Caso del Pollo estableció fue, precisamente, las bases del Derecho de la Competencia en el Perú. Marcó un proceso que nos permitió discutir durante más de una década, cuáles eran los principios aplicables a los carteles.

Pero este artículo no trata de ese caso del pollo, sino de otro pollo. Uno que se perfila para establecer algunos principios relacionados con el rol subsidiario del Estado y que, en mi modesta opinión, es mucho más importante que el primer caso. es el Caso del Pollo a la Brasa.

Y es que el Estado es mucho más peligroso para la competencia libre que las empresas privadas. Al Estado no le gusta competir, le gusta eliminar a su competencia. Y lo lamentable es que tiene el poder, a través de reglas y decisiones públicas, de conseguir dicha diferenciación. ¿Por qué este caso es tan importante? ¿Por qué el Directorio de INDECOPI -esta vez actuando como Estado- se niega a publicarlo? Trataré de explicar ello en este trabajo.

Hace ya siete años Alejandro Falla publicó un artículo titulado: *Zapatero a tus zapatos* (Alejandro Falla, *Perú Económico*, marzo del 2003). En él planteaba un problema serio en el funcionamiento del sistema económico, generado por la participación irracional y desleal del Estado en la actividad empresarial.

El punto es muy simple. Los ciudadanos pagamos impuestos para financiar los servicios que el Estado debe brindarnos, y el Estado tiene el deber de usar nuestros impuestos (dinero sacado coercitivamente de nuestros bolsillos) en eso y no en otra cosa.

* Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurrea. Maestría en Derecho de la Universidad de Yale, USA. Abogado, graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Presidente del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

Si el Estado usa los impuestos para financiar su propia actividad empresarial, genera dos efectos claramente nocivos: (1) deja de financiar los bienes y servicios que debería (como infraestructura básica, programas sociales, de salud y educación), con lo que el cobro del tributo es, en realidad, para esquilmar indebidamente al contribuyente y perjudicar al ciudadano: (2) compite deslealmente con el sector privado, porque usa “dinero gratis”, proveniente del erario público (es decir, de nuestros impuestos) para subsidiar su actividad empresarial, que limita la entrada o saca del mercado a los inversionistas privados que no pueden tener la ventaja de obtener ese “dinero gratis”.

Imagínese que Ud. fuera el dueño de una panadería y tuviera enfrente, al cruzar la calle, otra panadería que compite con la suya. Usted se esfuerza en bajar sus costos, mejorar la calidad, conseguir crédito -porque pagará intereses- o tener socios con quienes compartirá utilidades a fin de conseguir capital. Con ello puede defenderse legítimamente de sus competidores e incluso mejorar su negocio. Un buen día lo visita la SUNAT y coactivamente le saca el dinero de los impuestos y se lo lleva. Aturdido por la acción de la autoridad tributaria ve, con cierto alivio y consuelo que los funcionarios de la SUNAT cruzan la calle y se dirigen a la panadería de su rival. Usted dice: “Bueno, por lo menos le cobrarán impuestos a los de enfrente también”. Pero de pronto, para su sorpresa, descubre espantado que los funcionarios de la SUNAT toman el dinero sacado de su panadería y se lo entregan a su competidor. Al día siguiente su competidor vecino (que no es otra cosa que una panadería estatal) compra equipos nuevos, no tiene que pedir crédito y además rebaja el precio del pan aplicando parte del dinero recibido. Eso es lo que hace que la actividad empresarial del Estado sea competencia desleal.

En el artículo de Alejandro Falla se citan varios ejemplos que, como el ejemplo de la panadería y la SUNAT, demuestran de qué estamos hablando. Aquí van algunos.

EsSalud (la que debería invertir en servicios de salud para los asegurados) daba servicios de vigilancia y limpieza a terceros a través de una empresa pública, desplazando a las empresas privadas que ofrecían el mismo tipo de servicios.

Editora Perú, la que debería limitarse a publicar las normas legales, imprimía textos escolares, libros, revistas, volantes, etiquetas, formularios, envases,

almanaques, y hasta un periódico gubernamental, entre otros. La Imprenta del Ejército se dedicaba a brindar servicios parecidos.

El Servicio Industrial de la Marina (SIMA) que debería ofrecer servicios a naves de la Marina, se encargó de pavimentar la avenida Pardo en Miraflores, hacer el muro perimétrico del aeropuerto de Pucallpa; y además colocó en ese entonces en su plan estratégico que SIMA-lquitos se posicione como el único proveedor de construcción de carreteras **“creando barreras de ingreso a nuevos competidores”** (obviamente empresas privadas).

La Marina de Guerra tenía catorce embarcaciones pesqueras (que fueron descubiertas pescando en zonas prohibidas y sin los permisos respectivos) y ochocientas hectáreas dedicadas a la producción de langostinos. Contaba asimismo con la Estación Naval de Paita que tiene plantas de congelado, cámaras de almacenamiento y salas de procesamiento de pescado. Los controles de las autoridades pesqueras se han visto limitados por tratar de intervenir en áreas declaradas como “zonas militares”.

Hospitales de las fuerzas policiales y militares creados para atender dignamente a sus miembros, prestan servicios en los que se cobra a particulares (no a policías ni a militares) por servicios análogos a los que brinda cualquier clínica, al usar equipos liberados de impuestos y financiados con recursos públicos. Y los ejemplos pueden seguir por ser innumerables.

La actividad empresarial estatal no quiebra, porque si le va mal recibe más tributos (finalmente siempre la SUNAT puede anunciar orgullosamente que subió la presión tributaria). Y a la larga nos suben los impuestos para crear estos esperpentos empresariales. Además, vende a precios artificialmente bajos con lo que perjudica la legítima inversión de quien no puede recibir el subsidio público, destruyendo a su competencia privada que sí tiene que asumir todos los riesgos. Reduce la eficiencia del funcionamiento del mercado al hacer que la actividad empresarial se base en incentivos equivocados (objetivos políticos o sociales mal entendidos o, lo que es peor, y está comprobado empíricamente, que el Estado no maximiza beneficios, sino que maximiza gastos).

2. El marco Constitucional

Pero no solo estamos frente a un absurdo económico. Esta situación es claramente inconstitucional.

Según el artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993: **“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 norma claramente señala que la actividad empresarial del Estado es excepcional y solo puede presentarse en situaciones muy particulares, y de manera muy limitada. En buen cristiano lo que la Constitución le dice al Estado es: “No te metas en lo que le corresponde al sector privado” o, como dice Falla, parafraseando el refrán: “Zapatero a tus zapatos”. Lo cual significa que el Estado nos brinde los servicios por los que pagamos impuestos y los privados se encarguen de suministrar los bienes y servicios que hemos confiado a los mercados.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia dada en el Expediente 008-2003-AI/TC, cuando analiza el contenido del artículo 60°:

“Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no solo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana”.

Durante años el propio Estado intentó, sin éxito, ponerle límites a este despropósito. Al inicio se trató de prohibiciones genéricas, mandatos para que FONAFE controlara la situación o solicitudes que terminaban en un informe de INDECOPI, el cual recomendaba que se dejara de hacer lo que se estaba haciendo. Por supuesto que el informe terminaba convenientemente guardadito en un cajón. Las entidades del Estado se llenaban de razones para sentarse en la noticia. Nadie tenía “dientes” para hacer cumplir lo que dice la Constitución. En pocas palabras lo que esta decía era letra muerta.

3. La Competencia Desleal del Pollo a la Brasa: Poniéndole dientes a la Constitución.

En el año 2008, y de manera casi inadvertida, la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal trajo una novedad. En una auténtica innovación peruana -no conozco otro sistema legal que tenga algo parecido- el artículo 14.3° del Decreto

Legislativo 1044 calificó la violación del principio de subsidiariedad como un caso de competencia desleal, y por tanto sancionable con multas por INDECOPI, quien está en capacidad de ponerle fin a tanto abuso. La norma en cuestión señala:

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

Pero solo a finales del 2010 INDECOPI emite un precedente de observancia obligatoria, dictado por el tribunal de INDECOPI, y que, al confirmar lo resuelto por la primera instancia declara los criterios que se aplicarán para determinar la existencia de esta forma de competencia desleal.

El caso que originó la decisión es digno de colgarse en un museo surrealista. Una universidad estatal (la Universidad Nacional del Altiplano, en Puno, financiada en parte con nuestros impuestos) no tuvo mejor idea que colocar un negocio de pollería. Sí, vendía pollos a la brasa (papas fritas y cremas incluidas) financiados con recursos públicos, que deberían dedicarse a actividades educativas. Y competía con las pollerías de la zona. Una de ellas (El Rancho II) la denunció por competencia desleal.

Así la pollería universitaria quitaba recursos a los estudiantes para servir pollo con papas a sus comensales y de paso les quitaba también clientes a sus competidores privados, cuando usó recursos que deberían dedicarse a otras cosas.

Por supuesto que la universidad alegó cosas tan absurdas como que la pollería era parte de su actividad educativa (algunos estudiantes practicaron en ella, seguramente prendiendo las brasas o en actividades similares) o de “investigación” (¿Habría desarrollado alguna especie de pollo especial para ser cocinado a la brasa o alguna técnica para hacer pollo a la brasa sin brasas o, de pronto, sin pollo?).

Ni siquiera cocinaban pollos criados en la Universidad, sino adquiridos de terceros. No se puede imaginar el lector la cantidad de absurdos que plantearon para justificar lo injustificable con argumentos tan estrambóticos como los que usaría el Ejército para justificar la tenencia de un quiosco

de raspadilla; el Ministerio de la Mujer, un spa; el Ministerio de Cultura, un álbum de figuritas del Mundial de Fútbol o el de educación, un cine porno.

La Resolución es la número 3134-2010/SC1-INDECOPI de fecha 29 de noviembre del 2010. No vamos a abundar en todo el detalle de los fundamentos técnicos y legales de la Resolución, bastante bien sustentados y sobre los que sin duda puede generarse una interesante y profunda discusión académica. Pueden revisar el texto íntegro de la Resolución en el siguiente link: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf. Sin embargo, vamos a destacar sus aspectos más relevantes.

Es importante anotar que no es el caso en el que el INDECOPI aplica este nuevo dispositivo. Lo hizo ya en un caso anterior (Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI) respecto a la competencia desleal del Hospital Cayetano Heredia que competía con las clínicas, en un mercado más sensible, pero en el que la misma lógica es perfectamente aplicable. Pero es en el caso de la pollería en el que establece los criterios que obligatoriamente se seguirán en el análisis.

4. Los Criterios para sancionar casos de Competencia Desleal por violación del Principio de Subsidiariedad

El precedente señala, con carácter obligatorio, los criterios principales que deben seguirse para sancionar a una entidad o empresa del Estado por Competencia Desleal por Violación del Principio de Subsidiariedad. A grandes rasgos, son los siguientes:

a. Debemos estar ante una Actividad Empresarial

En el precedente queda claro que la intervención del Estado se presenta solamente cuando este desarrolla actividad empresarial. Ello excluye la actividad del Estado en ejercicio de sus potestades públicas. Lo que diga un ministerio al dar una concesión o aplicar una sanción, o la municipalidad al dar una licencia de funcionamiento, por más que distorsionen la competencia, no son actos de competencia desleal. Se excluye por tanto los actos de *ius imperium*. Ello no significa, como veremos más adelante, que esos actos de *ius imperium* no estén sujetos a límites o control, pero ello corresponde a otra Comisión (la de Eliminación de Barreras Burocráticas) y no a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Es un tema de tipicidad de la infracción, de donde se deriva

un tema de competencia del órgano a cargo del procedimiento.

Por otra parte, tampoco entran en la competencia de la Comisión las actividades asistenciales, definidas en el precedente como: "Todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social".

El tema asistencial plantea mayores problemas de definición para diferenciarla de la actividad empresarial. Por ejemplo, un hospital público que cobra una tarifa subsidiada para apoyar a ciertos grupos sociales, ¿es asistencial, empresarial o ambas cosas a la vez?

En esa línea el precedente señala:

"Esta limitación se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales".

La línea definida señalada en la Resolución establece, con acierto, que empresarial no es sinónimo de fin de lucro ni requiere de una forma de persona jurídica determinada. Un ministerio, que no reparte utilidades a nadie (que es lo que determina un fin de lucro) puede cometer la violación, si ofrece un servicio en competencia con la empresa privada (por ejemplo tomar fotografías para documentos de identificación), a pesar de que no es una sociedad mercantil ni tiene forma de aquellas personas jurídicas que se dedican a hacer empresa.

Por su parte, un contenido asistencial debe ser consecuencia de la ejecución de algún mandato constitucional que asigna al Estado, el deber de velar por ciertos grupos en protección de derechos fundamentales definidos como sociales. Más allá de la conveniencia económica del concepto y de si es lógico o no que el Estado desarrolle la gestión de estas actividades, el precedente respeta

lo establecido en el marco constitucional que permite promover actividades como educación, programas alimentarios o de vivienda para ciertos grupos.

El problema está en dónde trazar la línea entre lo asistencial y lo empresarial. Es claro que si el servicio es totalmente gratuito, y se dirige a grupos con menores recursos, será simple sostener el carácter asistencial. Pero, ¿qué pasa si se cobra al particular un precio subsidiado? ¿Qué ocurre con un “supermercado popular” subsidiado con fondos estatales, que ofrece abarrotes con descuento en sectores más pobres? ¿O un programa de venta de útiles escolares con descuentos para las zonas marginales? ¿Es empresarial o asistencial? Allí el problema se hace más complejo. Sin duda este es uno de los temas que requerirá de una definición más clara mediante la casuística de los casos que se presenten.

Parecería que la idea es que la actividad asistencial es una que no compite porque los consumidores a la que va dirigida carecen de recursos, y por tanto el subsidio no le quita propiamente ventas al sector privado, pero cumple con un fin social definido en la Constitución. En tales casos el programa debería estar diseñado para llegar solo a los sectores que quiere beneficiar y limitar su impacto a esos sectores. Sin duda no es un tema fácil y la actividad probatoria puede ser particularmente compleja.

b. Autorización por Ley expresa

El precedente establece que:

“Para ser lícita, la Actividad Empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación”.

La necesidad de una Ley expresa significa, a criterio de INDECOPI, que exista una voluntad indubitable, expresada textual y claramente de autorizar la actividad empresarial con dicho carácter.

Sin embargo de este elemento han salido algunas de las críticas al precedente. Se señala que si se

cumple el requisito de autorización legal es porque el Congreso ya evaluó la subsidiariedad y la “... **razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional...**” exigido por la Constitución. En esa línea, sostienen algunos, que INDECOPI, al continuar el análisis para determinar la existencia de subsidiariedad, está en el fondo revisando lo hecho por el Congreso, e indirectamente metiéndose en la calificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Según tal perspectiva podría sostenerse que INDECOPI debería limitar su análisis a verificar si existe autorización legal y únicamente considerar que existe competencia desleal en el caso de realización de actividad empresarial por el Estado sin Ley que lo respalde.

Discrepamos sin embargo de tal aproximación. El concepto de “subsidiariedad” es económico antes que legal, y depende de las circunstancias de cada caso en cada momento. Lo que hoy es subsidiario mañana puede dejar de serlo. Como se verá más adelante para calificar que una actividad es subsidiaria hay que determinar si el sector privado puede o no cubrir la demanda del bien o servicio respectivo. Y ello cambia en el tiempo. Las condiciones de oferta y demanda, el tamaño del mercado, los niveles de ingreso de los consumidores, la tecnología disponible en cada momento, las barreras económicas o legales, cambian. Lo que hoy es subsidiario puede dejar de serlo mañana y viceversa.

Cuando el Congreso aprueba una Ley autoritativa lo que hace es calificar el carácter de alto interés público o manifestar conveniencia nacional de la actividad en abstracto. Pero no califica el carácter subsidiario. Ello tiene que evaluarse en cada momento y circunstancia en que se presente un caso.

En esa línea lo que califica el Congreso es que la actividad tiene una naturaleza tal que la satisfacción de la demanda es de interés público o de manifiesta conveniencia nacional y en atención a ello autoriza al Estado a desarrollar empresa para satisfacer esa demanda, pero deja abierta la posibilidad de que la subsidiariedad sea analizada en el caso concreto, cuando este se presente. Así, si el sector privado está en capacidad de cubrir la demanda, la actividad estatal, formalmente autorizada, no será necesaria. De entrar el Estado en la actividad sería un supuesto de violación al principio de subsidiariedad, incluso son la autorización estatal.

Un ejemplo real nos puede ayudar a comprender cómo se debe aplicar el principio. El Estado

determina por alguna razón que la conectividad aérea es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Por ello da una Ley que autoriza la actividad aérea como actividad empresarial por parte del Estado y crea Aeroburocracia S.A. La norma autoriza a la empresa a brindar servicio de transporte aéreo. Pero de ello no se deriva que la nueva empresa pueda entrar a cubrir todas las rutas que desee. Parece claro que por condiciones de demanda la ruta Lima-Cuzco puede ser cubierta perfectamente por la oferta privada y de hecho es lo que sucede en la práctica, pues varias empresas privadas están compitiendo. Pero de pronto no ocurre lo mismo con los vuelos a Yurimaguas. En tal supuesto una ruta cumple con la condición de subsidiariedad y la otra ruta no. Aeroburocracia S.A. puede volar a Yurimaguas, pero no a Cuzco. Si vuela a Cuzco estará compitiendo deslealmente, pues se usarán recursos públicos para una actividad que no cumple el requisito de subsidiariedad. La autorización legal no es suficiente para aceptar que esté cumpliendo con la Constitución. La actividad está autorizada en sus motivos (interés público o conveniencia nacional). Pero la evaluación de subsidiariedad tiene que hacerse caso por caso.

Ello fue adecuadamente comprendido por INDECOPI quien reconoce que no puede revisar los motivos expresados en la Ley autoritativa en relación con el carácter de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, limitándose solo a revisar que la norma exprese que se basa en esos motivos. Sin embargo, el impedimento de revisar el fondo de la calificación no le impide hacer el análisis de fondo acerca de la subsidiariedad.

Así el precedente señala:

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

Una situación similar se presenta en la actividad de eliminación de barreras burocráticas también a cargo de INDECOPI. Como se sabe cuando el Estado crea una barrera burocrática INDECOPI analiza primero la legalidad de la medida (es decir, si tiene fundamento legal) y luego analiza

la razonabilidad de la medida (esto es, si económicamente tiene sentido). En este caso ocurre lo mismo. Hay un análisis de legalidad formal, y otro de subsidiariedad que no es otra cosa que un análisis de razonabilidad de la participación del Estado en un mercado determinado.

c. El carácter Subsidiario

Quizá el tema más complejo, y que generará mayores discusiones en el futuro, es el del rol subsidiario. Será, sin duda, el que planteará más problemas probatorios. Afortunadamente, para definir los absurdos de la competencia desleal por parte del Estado, el caso del precedente está muy bien escogido. Es claro que la venta de pollo a la brasa, es el tipo de restaurante más común y más apreciado por la población peruana, que se encuentra en cada esquina, no puede ser una actividad que encaje en la subsidiariedad. Es más, pocas cosas pueden ser menos subsidiarias. Es indudable que el sector privado está en la capacidad de cubrir la demanda de pollerías sin enfrentar ningún problema en cualquier área geográfica del país. Pero lo malo es que el precedente no hace un recorrido analítico que nos ayude mucho con las zonas grises.

Sobre el particular el precedente señala:

“...se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial.

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

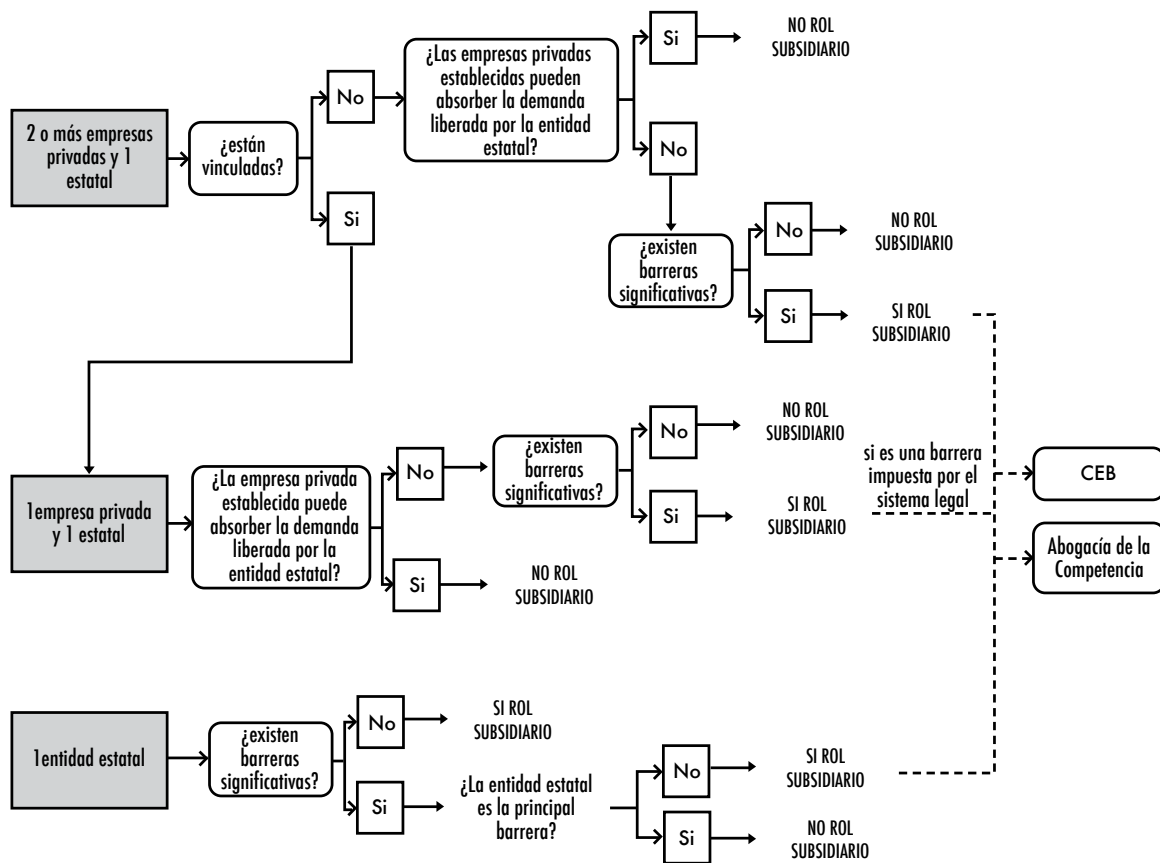
- (i) Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: en este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.
- (ii) En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: en

este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria, la autoridad -a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante- deberá comprobar 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.

entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose -a diferencia de los dos primeros escenarios- que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados”.

(iii) Solo participa la empresa o entidad estatal: en este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la

La resolución contiene un cuadro que esquematiza la secuencia de análisis propuesta y que facilita su comprensión y que transcribimos a continuación:



La aproximación de INDECOPI parece adecuada y trata de usar la propia dinámica de los mercados para definir la existencia de subsidiariedad. Sin embargo, el análisis será bastante complejo y requerirá de una actividad probatoria intensa en muchos casos.

Quizá los rasgos más importantes son:

- a. La utilización de la definición de un mercado relevante para establecer con quiénes podría estar compitiendo real o potencialmente la

actividad empresarial estatal. Queda claro que la idea es hacer uso de los criterios que se utilizan para definir mercados en la aplicación de las normas de libre competencia (definición de mercados relevantes de producto y geográfico). Ello es esencial para saber si la entidad estatal está realmente sola o acompañada por empresas privadas y en qué número. Así, si la entidad estatal produce pan (y es la única que lo hace en el área geográfica relevante), pero hay empresas privadas de galletas, a fin de definir si estamos ante el

supuesto de una sola productora (la estatal) o varias, debemos definir si el mercado relevante es solo el de pan o si es el de pan y el de galletas. Si es el de pan la entidad estatal es la única y se encontrará en el tercer supuesto del precedente. Pero si el mercado relevante es el de pan y el de galletas, entonces estará en el primer supuesto (si es que hay dos o más privados fabricando galletas) o en el segundo supuesto (si solo hay un fabricante privado de galletas).

- b. Destaca además el uso del concepto de barreras de entrada como un criterio central para definir las razones que pueden explicar la presencia de la empresa estatal con ningún o algunos privados al frente. Incluso, si las barreras fueran estatales, el propio precedente ordena informar a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del propio INDECOPI o llevar a cabo las acciones de abogacía de la competencia para que se tomen cartas en el asunto y se eliminen las barreras.² Y la idea es que solo es competencia desleal si la empresa misma es la barrera. Así, si existe una sola empresa productora de pan estatal y no hay otras, uno podría creer, en ausencia de barreras legales o de otro tipo, que el sector privado no entra en ese mercado, porque no hay demanda suficiente (lo que justificaría el rol subsidiario). Pero puede ser que la barrera sea la propia entidad estatal, que al producir en el mercado usando recursos públicos, puede vender a precios con los que no se puede competir. Ello desincentiva o impide la entrada. En esa línea el precedente es bastante sesudo en establecer un análisis bastante lógico.
- c. Presume que si, en ausencia de barreras, existen muy pocas empresas privadas al lado de la entidad estatal, ello es *prima facie* una prueba de que se viola el principio de subsidiariedad, debiéndose demostrar por parte del Estado que las empresas privadas no estarán en capacidad de absorber la demanda desatendida por la actividad empresarial estatal. Pero si solo existe una o ninguna empresa privada, la carga de la

prueba de que la actividad no es subsidiaria recaerá en la denunciante o en INDECOPI

- d. En esa línea es importante en el precedente la aplicación de la carga de las pruebas, pues como ya se indicó, siendo el tipo de pruebas a actuarse sofisticadas y complejas, definir quién tiene la carga de la prueba es fundamental en el resultado. Se usa un concepto dinámico en el que la carga de la prueba va girando según los hechos aumentan o no la posibilidad de que la competencia sea desleal. Así, en el supuesto que haya dos o más empresas privadas en el mercado, el Estado tiene que probar la razonabilidad de su permanencia (demostrando que a su retiro la demanda que desatiende no podrá ser abastecida adecuadamente por el sector privado) algo realmente difícil de probar. Pero si existe una o ninguna empresa privada, la carga de la prueba de la irracionalidad de la permanencia gira a INDECOPI o al denunciante, que tendrá que demostrar que la demanda desatendida con la salida de la entidad estatal podrá ser cubierta por los privados existentes o por los potenciales entrantes al mercado. Ello también es bastante difícil de demostrar.
- e. Lo anterior permite concluir que buena parte de los casos se definirán por la determinación del número de agentes en el mercado (en particular si existen empresas privadas). Y por ello la discusión en la definición del mercado relevante será determinante en las posibilidades de éxito del caso. La entidad estatal buscará acreditar que hay solo uno o ningún competidor. Para lograr ello, lo que buscará demostrar que participa en un mercado más restringido (preferirá que se diga que es el del pan y no el del pan más galletas) para que la carga de la prueba sea de la otra parte. Por el contrario, los privados tratarán de demostrar que el mercado es lo más amplio posible (pan más galletas) para que quien soporte la carga de la prueba sobre el carácter subsidiario sea la entidad estatal. Es curioso que con el precedente la situación sea justamente la contraria a la que se da en los casos de aplicación de la legislación de libre

² Sobre el particular el precedente señala:

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

competencia en el que es el denunciado el que trata de ampliar el mercado y el denunciante el que trata de reducirlo para acreditar un mayor poder de mercado.

5. El Voto en Discordia

Hay un voto en discordia de uno de los vocales, que si bien está de acuerdo con sancionar a la pollería universitaria, no coincide con los criterios fijados en el caso. Es un voto bastante más político, que comete un error de fondo al colocar “la carreta delante de los bueyes”. Sugiere que no se puede aprobar un precedente sin tener en cuenta el efecto que tendrá en las 136 empresas públicas (y eso que no considera todos los casos de actividades empresariales desarrolladas directamente por entidades del Estado sin forma empresarial). Pero a nuestro criterio el asunto es lo opuesto. Es como decir que cuando le ponemos la multa prevista en la ley a una combi por una infracción de tránsito, hay que considerar el efecto que tendrá en la situación de las “combis asesinas” existentes. Las combis son asesinas, porque no se les aplica la ley. Y la actividad empresarial del Estado es desleal cuando no se cumple con la Constitución.

Esas empresas y actividades han proliferado en contra de la Ley y de la Constitución. Las consecuencias a las que se aluden en el voto en discordia son las que se derivan de cumplir con un mandato legal. Es su proliferación al margen de la Ley la que ha creado el problema y no a la inversa. Y la Resolución usa criterios bastante razonables para poder distinguir “la paja del trigo”. Si el Estado está haciendo mal hay que corregirlo, incluso asumiendo los costos que esto tendrá en el corto plazo.

6. La Teoría de los Bienes Públicos como fundamento de la Competencia Desleal

Algunos han sugerido que en realidad lo que INDECOPI debió hacer es aplicar la teoría de los bienes públicos y los bienes privados, en lugar de usar la lógica que siguió.

Según esta lógica lo que INDECOPI debería haber hecho es simplemente señalar que la actividad empresarial del Estado debería estar permitida, cuando lo que debe producirse es un bien público y no cuando lo que debía producirse era un bien privado.

Según esta teoría son bienes públicos los que no tienen consumo rival y tienen altos costos de

exclusión. Por el contrario, los bienes privados son los que tienen consumo rival y bajos costos de exclusión.

Consumo rival significa que un bien puede ser consumido por dos personas sin que el consumo de una parte impida el consumo por parte de la otra. El ejemplo es la seguridad, donde la existencia de un guachimán en la cuadra puede proteger a todos los vecinos, pues su sola presencia disminuye los robos para todos. En cambio si alguien se come una manzana otro no puede comerse la misma. Ello porque la manzana tiene consumo rival.

Por otra parte, los costos de exclusión hacen que si alguien paga al guachimán no puede excluir a los demás de la seguridad que la presencia del mismo genera en la cuadra. Por el contrario, el dueño de la manzana puede usar su posesión para impedir a bajo costo que los demás se la coman.

Cuando un bien no tiene consumo rival y tiene altos costos de exclusión, los incentivos para producirlos privadamente son bajos. Si yo coloco al guachimán en la calle y pretende cobrar a los demás, estos no tienen incentivos para pagarme, ya que asumirán que los demás pagarán y con ello tendrán seguridad igual. Y efectivamente, una vez que el guachimán esté en la calle la seguridad beneficiará a todos, porque es difícil excluir a los demás de la misma.

Por ello en los bienes públicos el Estado tiene que cobrar impuestos coercitivamente para poder financiar el suministro del bien o del servicio. Entonces es razonable cobrar impuestos para poder tener en lugar de un guachimán privado un policía público.

En realidad, lo que busca esta teoría es proponer que los bienes que producen externalidades; es decir, beneficios o costos externos necesitan de la intervención del Estado. Un guachimán privado genera beneficios externos, porque uno le paga, pero el resto recibe la seguridad gratuitamente. Al externalizar los beneficios los incentivos para financiarlos privadamente caen.

Pero la idea de los bienes públicos y el problema de externalidades en producirlos no sirven realmente para definir los límites de la actividad del Estado por dos razones.

La primera debido a que la teoría de los bienes públicos puede ayudar a explicar la función pública, pero no la actividad empresarial del Estado. La policía no es suministrada por el Estado como una actividad empresarial. Es el ejercicio de una potestad pública financiada por impuestos. Por el contrario, el

que Aeroburocracia S.A. vuela a Yurimaguas no es un servicio que pueda ser calificado como un bien público. El vuelo tiene consumo rival (no se puede llevar infinitos pasajeros) y costos de exclusión bajos (cierras la puerta del avión al que no ha pagado su pasaje). No hay externalidades. Solo reciben los beneficios del vuelo quienes compran su pasaje. Sin embargo, los vuelos a Yurimaguas podrían suministrarse bajo una actividad empresarial del Estado.

Pero la segunda razón es que la teoría de los bienes públicos no necesariamente permite sostener que cuando hay bienes públicos (y que generan externalidades) la actividad estatal sea la mejor opción.

En el mundo real los bienes públicos son, con asombrosa frecuencia, producidos por los privados, y en particular por las empresas. Y por tanto el Estado es mucho menos necesario de lo que parece.

Ronald Coase, ganador del Premio Nóbel de Economía en 1991, nos explicó esto en un artículo escrito en 1974 (*The Lighthouse in Economics*, Journal of Law and Economics, Vol. 17, N° 2 pp. 357-376 The University of Chicago Press, se puede encontrar en http://web.rollins.edu/~ddavison/Coase_Lighthouse.pdf). Coase desmitificó la idea que un bien que genera externalidades necesariamente será producido por el mercado, y lo hizo bañando la teoría con el ácido de la realidad.

El ejemplo usado en el artículo de Coase es el de los faros que se instalan en las costas para guiar por las noches a los barcos. Como vimos en la teoría convencional los bienes públicos generan externalidades, pues no tienen consumo rival y generan costos de exclusión altos. Una vez instalado un faro todos los barcos que pasan por el lugar se benefician de la luz, porque la pueden ver y usar como guía, sin pagar por ella. Eso es lo que hemos denominado un beneficio externo o una externalidad positiva (como la seguridad en la cuadra generada por el guachimán).

Por su parte, quien hizo la inversión en construir el faro no podrá recobrar su inversión de los barcos que pasan, ya que no hay cómo cobrarles, pues no es imaginable tener un guardacostas persiguiéndolos para recabar una tarifa, sin tener que llegar a mirar y guiarse por la luz o que les tape la luz a los que no pagan. El costo no puede entonces ser internalizado en quien se beneficia por el faro. Por ello sería una externalidad.

Según esa perspectiva, la doctrina económica general catalogó a los faros como bienes públicos. Autores tan reconocidos como Mill, Sidgwick, Pigou o más modernamente Samuelson, sostuvieron que dada esta naturaleza, no quedaba otra salida de que el Estado construyera los faros y cubriera la inversión cobrándonos impuestos.

En esa perspectiva es fácil explicar por qué el caso del pollo a la brasa de la decisión de INDECOPI está bien resuelto. El producir pollo a la brasa no genera externalidades. Si uno quiere un pollo con papas va a una pollería y le paga un precio al dueño que refleja el costo de producirlo. El pollo a la brasa tiene consumo rival (dos personas no se pueden comer el mismo pedazo de pollo) y costos de exclusión bajos (si no te pagan el pollo no lo entregan). Así, si el derecho de propiedad está bien definido el comensal recibirá todos los beneficios de comerse su pollito, pagando el íntegro de los costos en el precio. Por eso, en el caso había que mandar al Estado a su casa y no tiene sentido que la Universidad del Altiplano produzca pollos con nuestros impuestos o con recursos públicos. No se requiere subsidio estatal para producir el número óptimo de pollos. En eso la aplicación de la teoría es correcta.

Pero, y aquí viene el error, esa teoría nos diría que sí sería legítima una empresa estatal para la construcción y mantenimiento de faros, porque allí sí hay externalidades que impedirían que el sector privado se vea motivado a invertir y mantener faros.

Coase les diría que en esta última parte del razonamiento están en un error. Y ello por la simple razón de que, como lo demuestra en su artículo, la historia de los faros en el Reino Unido nos dice que fueron construidos, administrados y financiados por los privados, quienes a pesar de las externalidades existentes, encontraron arreglos institucionales para poder cubrir su costo con pagos que los barcos hacían en los puertos.

Y es que si los beneficios brindados por la existencia de un bien público son suficientemente importantes para un grupo de personas y estos pueden organizarse a bajo costo para producirlos (y ello puede ocurrir bajo una actividad empresarial), estos bienes se producirán más allá que se generen externalidades a terceros o que los terceros puedan generar externalidades a los productores de estos.

La moraleja de Coase es que incluso con la existencia de externalidades, los privados pueden

tener incentivos para producir los llamados bienes públicos. Y ello significa que INDECOPI posiblemente tenga que declarar como Competencia Desleal mucho más cosas que las que la teoría de los bienes públicos sugeriría.

Temas como la salud, la educación, la seguridad, las playas, las calles, las carreteras, y muchos otros, tradicionalmente colocados alegremente en el cajón de los bienes públicos, reservados al Estado, pueden ser cubiertos por el sector privado, mediante incentivos adecuados y arreglos institucionales inteligentes.

Regresando a nuestro ejemplo sobre la seguridad ciudadana, esta, como los faros, genera externalidades. El beneficio de un vigilante en la calle genera seguridad no solo a quien paga por él, sino a todos los demás en el barrio que ven reducidos los robos por el desincentivo de la mera presencia del guachimán. La conclusión sería que entonces nadie contrataría guachimanes para vigilar las calles. Pero lo cierto es que los guachimanes existen, a pesar de generar externalidades y son una fuerza de seguridad más numerosa (y muchas veces más efectiva) que la fuerza policial estatal pagada con nuestros impuestos. Le puedo asegurar que usted se siente mucho más seguro en un condominio urbano o en una playa, protegido por una fuerza privada de seguridad, que en un barrio residencial, pero abierto de Lima protegido por una fuerza de seguridad estatal (policía).

Y usted usa páginas web para obtener información (tradicionalmente considerada un bien público) sin pagar por ella, gracias a que unos anunciantes financian con publicidad el bien público de manera privada, de manera similar a como alguien usa gratis Facebook, el buscador de Google; obtiene información en Wikipedia o usa un correo electrónico brindado gratuitamente por Yahoo o Hotmail. La propia Internet podría ser considerada un bien público. En todos estos casos los bienes se producen privadamente generando externalidades que el modelo convencional usaría como fundamento para negar su producción privada. A

partir de la teoría de los bienes públicos muchos de estos bienes tendrían que ser producidos por el Estado.

Y por supuesto que la teoría de los bienes públicos no puede explicar por qué tenemos empresas estatales produciendo bienes privados tales como gasolina, agua potable o electricidad.

Además, tenemos que distinguir el financiamiento de la gestión. Y en realidad el famoso rol subsidiario también puede cumplirse mediante actividad empresarial privada, porque lo subsidiario es el financiamiento. A veces no hay forma de recoger los fondos privados con precios en el mercado, pues hablamos de productos que tienen externalidades sea por su naturaleza de bienes públicos (por ejemplo seguridad) o por su carácter asistencialista (la demanda no puede financiar por pocos recursos la oferta necesaria como salud o educación para sectores de bajos ingresos). Pero es posible imaginar empresas privadas de policía financiadas con impuestos o subsidiar la oferta o le demanda (carreteras cofinanciadas o vouchers para educación).

7. Conclusión

Por supuesto que ya se elevarán las voces que calificarán de indebida o incorrecta la decisión de INDECOPI. Vendrán principalmente de los ministerios y de las entidades públicas, de los políticos que no pueden entender un Estado con límites.

Me limito a felicitar a quien se le ocurrió la idea de enfrentar el problema de la actividad empresarial del Estado en las normas de competencia desleal; al gobierno por haberla aprobado reconociendo que uno de los roles principales del buen gobierno es precisamente ponerse límites; y a INDECOPI por dictar una de las resoluciones más importantes y mejor sustentadas de los últimos años. Creo que el pollo a la Brasa es un caso más importante que el pollo a secas. Ojalá el futuro nos dé la razón.