

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Empresarial



**ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO NO SUBSIDIARIA
COMO UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA
MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS. ANÁLISIS DEL
SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS TERMINALES TERRESTRES
MUNICIPALES DE PASAJEROS**

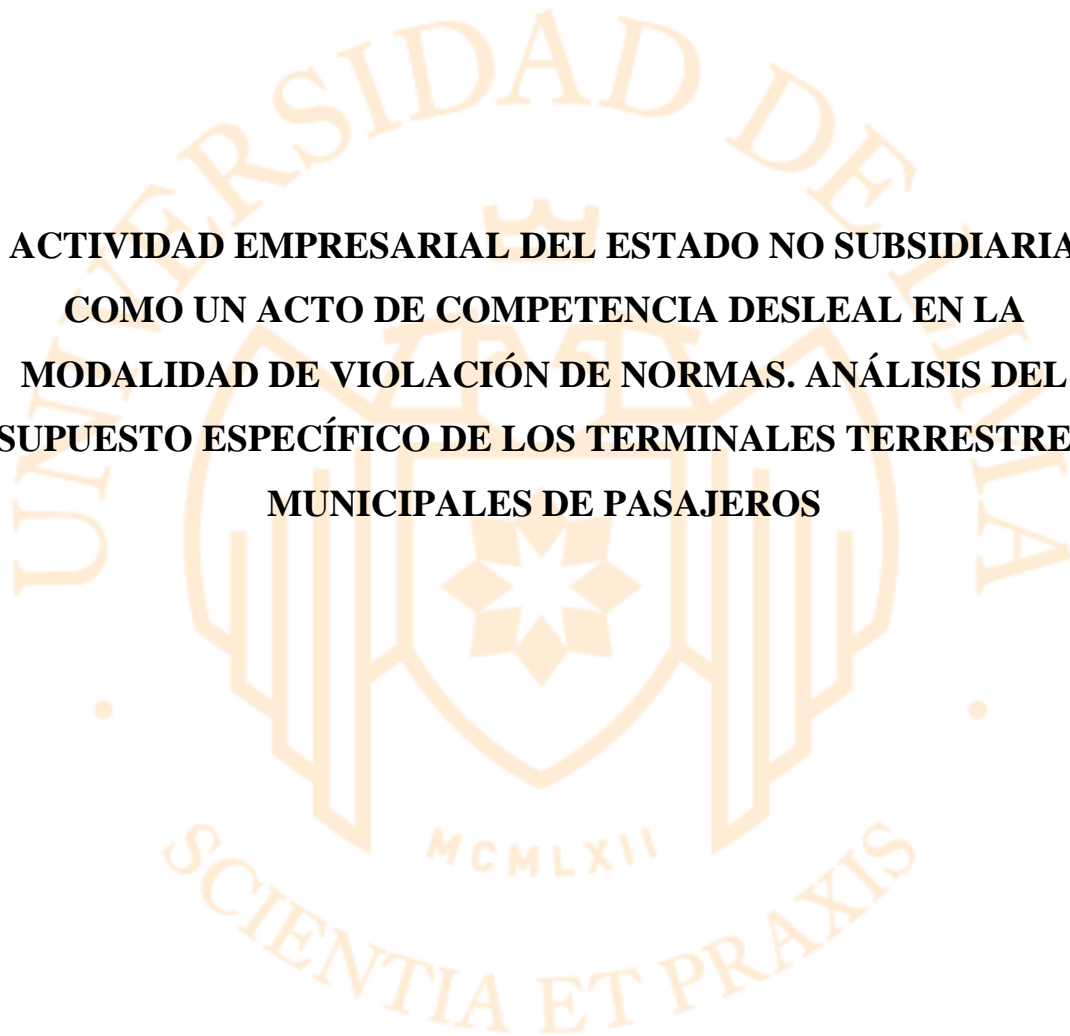
Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

**Rodrigo Pelaez Ypanaque
20197002**

**Asesor
Erick Edwin Urbina Lovon**

Lima – Perú
Febrero de 2023

**ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO NO SUBSIDIARIA
COMO UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA
MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS. ANÁLISIS DEL
SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS TERMINALES TERRESTRES
MUNICIPALES DE PASAJEROS**



INDICE

I. MARCO LEGAL INTRODUCTORIO	7
<i>1.1. Aproximación Temática: El principio de subsidiaridad del Estado peruano en la Constitución.....</i>	<i>7</i>
<i>1.2. Los actos de competencia desleal en el mercado: Definición, tipos, mercados involucrados.....</i>	<i>14</i>
<i>1.3. Actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal no subsidiaria</i>	<i>20</i>
<i>1.4. Precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI sobre la materia: criterios establecidos para definir la actividad empresarial del Estado y requisitos para que este pueda intervenir en determinados mercados.....</i>	<i>26</i>
<i>1.5. Breve exposición de los informes emitidos por el INDECOPI en mérito de la aplicación del Decreto Supremo 034-2001-PCM y de los procedimientos sobre actividad empresarial no subsidiaria del Estado resueltos por el Indecopi.....</i>	<i>34</i>
<i>1.6. Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los criterios del Tribunal de Indecopi (Sala de Defensa de la Competencia) respecto a la actividad empresarial del Estado.</i>	<i>40</i>

II. EL SUPUESTO DE LOS TERMINALES TERRESTRES DE PASAJEROS.....	46
<i>2.1. Actividad empresarial estatal en la implementación y explotación de terminales terrestres municipales de pasajeros</i>	<i>46</i>
<i>2.2 El Estado como empresario en este ámbito: cumplimiento de los atributos propios del empresario: actividad empresarial directa e indirecta</i>	<i>47</i>
<i>2.3 La no calificación de la actividad de implementación y explotación de terminales terrestres como un servicio público</i>	<i>56</i>
<i>2.4 La no calificación de un terminal terrestre de pasajeros como una obra pública o como un bien público</i>	<i>58</i>
<i>2.5 El necesario cumplimiento del Estado de los criterios establecidos en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI para poder intervenir en este ámbito empresarial.....</i>	<i>62</i>
<i>2.6 Análisis de los pronunciamientos por parte del Indecopi en el caso del Terminal Terrestre municipal de Trujillo: resoluciones de primera y segunda instancia administrativa.....</i>	<i>81</i>
<i>2.7 Razones que justifican el mandato de subsidiariedad en la realización de la actividad empresarial estatal.....</i>	<i>85</i>
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
<i>3.1 Conclusiones</i>	<i>90</i>
<i>3.2 Recomendaciones.....</i>	<i>92</i>
IV. BIBLIOGRAFIA	93
V. ANEXOS.....	95

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el principio de subsidiariedad consignado en el texto constitucional contenido en el artículo 60, como límite necesario que debe cumplir el Estado en el caso de que realice actividad empresarial, lo cual siempre se debiera dar de manera subsidiaria. Es decir, en ámbitos donde la oferta privada no existe o no resulta suficiente para satisfacer una determinada demanda.

En la primera parte de esta obra se realiza una aproximación al marco teórico aplicable respecto a la subsidiariedad y cómo es que una infracción al principio enunciado puede devenir en un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Asimismo, se analiza un precedente de observancia obligatoria sobre esta materia dictada por el Indecopi, para concluir con una breve referencia a los informes de la autoridad de competencia (Indecopi) sobre este tema y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto a la actividad empresarial estatal.

Al desarrollar la segunda parte de este trabajo se entra a analizar el supuesto específico de la actividad empresarial estatal de construcción, activación y aprovechamiento de las terminales terrestres de pasajeros, y cómo esta debe cumplir con el mandato de subsidiariedad tal como se consagró en el articulado constitucional. Así, finalmente se pasa a analizar el caso tramitado ante el Indecopi de la estación de transporte de la capital peruana de la provincia homónima de Trujillo para el transporte interprovincial, como consecuencia de la acusación hecha por parte de la Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de pasajeros en ómnibus por carretera

propietarios de counters del terminal terrestre de Arequipa S.A. (CORATTSA).

CAPÍTULO I: MARCO LEGAL INTRODUCTORIO

1.1. Aproximación Temática: El principio de subsidiariedad del Estado peruano en la Constitución

El principio de subsidiariedad del Estado peruano se encuentra recogido en el capítulo sobre los principios generales del Título III sobre el Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, específicamente en el artículo 60. Al respecto, el texto constitucional indica lo siguiente:

“Pluralismo Económico

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.*¹ (Subrayado añadido).

¹ En la siguiente tabla se puede visualizar un contraste entre el tratamiento y el desarrollo que se le da a la actividad empresarial en los textos constitucionales de los años 1979 y 1993:

En consecuencia, partiendo de los fundamentos constitucionales que habilitan la actividad empresarial estatal subsidiaria, se puede verificar como elementos que conforman la determinación específica del artículo 60 constitucional los siguientes:

- i. ***De acuerdo con la ley, se puede permitir las actividades empresariales directas o no, por parte del Gobierno,*** teniendo en cuenta lo proclamado en las diferentes leyes, por parte del Congreso.
- ii. ***Que el carácter de los desarrollos empresariales sea de provecho oficial, o bien, que provean un beneficio a todo el país,*** considerando que ambos elementos deben venir de suyo constatados en la formación de la ley o la expedición del instrumento con rango de ley que, en tanto siga vigente, sean capaces de acreditar el interés y la conveniencia de carácter público que posee los actos empresariales públicos permitidos.

Constitución Política del Perú de 1979	Constitución Política del Perú de 1993
<i>Artículo 113. El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.</i>	<i>Artículo 60. (...) 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.</i>

Tal como se lee en la tabla, con el régimen económico desarrollado en el articulado de la carta fundamental que fue aprobada en 1979 se estableció un amplio margen de libertad dentro del cual el Estado peruano podía realizar actividades empresariales. No obstante, esa libertad fue condicionada 14 años más tarde, en 1993, con la promulgación y posterior entrada en vigor en 1994 del nuevo texto constitucional que impuso requisitos de habilitación para la ejecución de actividades empresariales estatales por i) ley expresa, ii) carácter de interés social o conveniencia nacional, y iii) ejecución subsidiaria.

iii. *Que los actos de empresa, directos o no, por parte del Gobierno, sean de ejecución subsidiaria.* Desde el año 1994, momento en que se dio la entrada en vigor de la ley fundamental del Estado peruano que fue promulgada en 1993, por aplicación inmediata de sus disposiciones, resulta exigible que la realización de las actividades a nivel de las compañías, continuas o no, por parte del Gobierno, sean de carácter subsidiario para asegurar su adecuación constitucional, incluyendo las actividades de empresas estatales preexistentes.

Cabe precisar que, si bien el artículo 60 de la Constitución Política del Perú se ha considerado tradicionalmente como el fundamento constitucional del principio de subsidiariedad en el Perú, complementariamente tal principio puede tener otros fundamentos constitucionales. Así, también es un válido fundamento constitucional la determinación acerca de que “[e]l Gobierno incita a crear riqueza (...)” (artículo 59); y, la determinación del rol garante y promotor del Estado sobre los principios consagrados en la ley fundamental por los cuales se reconoce al ciudadano el derecho “[a] participar, en forma individual o asociada, en la vida (...) económica (...) de la nación” (artículo 2, numeral 17).

En ese sentido, RODRIGUEZ indica que la subsidiariedad es un principio que se enmarca en la doctrina del modelo económico y social de mercado, en la cual están estrechamente asociados los derechos de libertad económica al comercio, a la propiedad personal, a la libre competencia, a la libertad de asociación, entre otros². Con esta anotación se comprende que en el artículo 58 constitucional se reconozca que bajo este régimen económico en el Perú

² RODRIGUEZ. V (2013). Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú. Lima. Quipikamayoc. UNMSM. P117

“la decisión personal es libre [y] se practica en una economía social de mercado; por tanto, con base en este sistema, el Gobierno dirige el desenvolvimiento de la nación y más que nada, en los sectores de producción de trabajo, área de sanidad, formación, seguridad, servicios básicos y construcción”.

Por ejemplo, cuando el Banco Agropecuario (AGROBANCO) financia la producción de una microempresa en el agro o la ganadería, en el marco de las Leyes que gobiernan su actividad, no solamente lo hace en atención de la habilitación específica del artículo 60 de la carta magna peruana, sino que además influencia la producción de trabajo y de excedente privado (o riqueza) en este sector. Asimismo, mediante el financiamiento de la actividad empresarial agropecuaria, por ejemplo, puede facilitar la colaboración particular o asociada de las personas y compañías personales dedicadas al agro o la ganadería.

Otro ejemplo es la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE) que, por medio de su actividad de intermediación, entre otros, destina financiamiento a empresas privadas que desarrollan inversiones productivas y de infraestructura pública y privada. Ello, desde luego, estimula la creación de trabajo y de excedente privado (o riqueza) en diferentes sectores y permite al Estado actuar en *“promoción de empleo (...) e infraestructura”* (artículo 58 de la Constitución Política). Asimismo, le permite, en determinados casos, financiar las obras de infraestructura que promueven y requieren los Gobiernos Regionales y Locales (artículo 192, numeral 8, y artículo 195, numeral 7 del texto constitucional), viabilizando también estos propósitos constitucionales.

Aun cuando no ha sido ampliamente desarrollado, este enfoque de fundamento constitucional complementario del principio de subsidiariedad ha sido sugerido por el Tribunal Constitucional al analizar el desarrollo de la actividad empresarial con carácter subsidiario del Estado peruano, ya sea que esta se realice de forma directa o indirecta, al señalar lo siguiente:

“23. (...)

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.”³.

Así, teniendo en consideración el nivel de desarrollo de la economía peruana, la complejidad social y geográfica del país (que impide el acceso eficiente de muchos peruanos a prestaciones necesarias para su desarrollo e inclusión social), resulta viable que el Estado, en ejercicio de su rol subsidiario, desarrolle actividad económica con el fin de proveer al ciudadano, individualmente o asociado, las condiciones necesarias para superar condiciones de desventaja que podrían impedirle “*la creación de riqueza*” personal y familiar; y, que le permitan “*participar, en forma individual o asociada, en la vida económica*” del país, cumpliendo así fines constitucionales.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI.

Partiendo de la interpretación de los artículos constitucionales en comento, cabe destacar aquí las funciones asociadas a la iniciativa privada que debe ejecutar el Estado peruano en cumplimiento de su actividad económica de carácter subsidiario, las cuales tienen que ver con el fomento, la estimulación, la cooperación, la complementación y sustitución –bajo la observancia de los requerimientos establecidos– de la iniciativa privada⁴. De tal manera que, como lo comentaba CHANG, no se puede interpretar que la subsidiariedad problematiza el rol del Estado y cuestiona su existencia e importancia, sino todo lo contrario, pues lo que el principio hace es priorizar su actividad regulatoria⁵ en pro de alcanzar un mayor nivel de eficiencia en el ejercicio de su actividad.

A mayor abundamiento, en la STC 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional explicaba el principio definiendo que la subsidiariedad horizontal es una relación que se da entre el Estado y la ciudadanía, cuidando siempre respetar la libre determinación de las voluntades que bajo este nombre se hallan representadas, es decir, de los ciudadanos⁶. Es así como el máximo intérprete de la ley fundamental ha destacado el modelo de subsidiariedad del Estado en su calidad de asegurador de los intereses públicos, al entender que la mediación se produce cuando los entes intermediaron del conjunto no exhiben las circunstancias para que se realice⁷.

⁴ RODRIGUEZ, V (2013). Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú. Lima. Op. cit. P119

⁵ CHANG CHUYES, G (2015). La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. II Convención Estudiantil de Derecho Público. Lima. Palestra Editores. Pp.141-142

⁶ Punto 19 de la STC 0008-2003-AI/TC.

⁷ Punto 21 de la STC 0008-2003-AI/TC

En la Sentencia 0008-2003-AI/TC se establece, además, que *“en este sentido, el tema de subsidiariedad debe estar supeditado al funcionamiento del Estado y al respeto del contenido básico de la libertad económica que limita, principalmente, el poderío del Estado, dado que la Constitución atribuye a este las funciones de control y ajuste del mercado. Esto es, ciertamente, consecuencia de que, además del consenso sobre las garantías que deben establecerse para mantener la amplia libertad de acción de las entidades del mercado, también existe el hecho de que debe haber un Estado, a pesar de ser un subsidiario, que conserva esencialmente sus funciones garantizadas y heterogéneas”*⁸

A partir del análisis hecho sobre el desarrollo constitucional que ha tenido el principio de subsidiariedad en el Perú⁹, para CHANG es dable concluir, en primer lugar, que en el articulado de la norma fundamental de 1979 no regulaba expresamente este principio, aun cuando en él se aprecia y contempla dentro de las funciones del Estado la regulatoria. Concluye, además, el catedrático en derecho administrativo y comisionado de Indecopi, que el Estado cumple con una función supletoria frente a las imperfecciones que presenta el mercado, en procura de los intereses y el bienestar de la sociedad. Desde estas aportaciones puede leerse, entonces, que el Estado, en su calidad de agente económico, dentro del marco de sus funciones debe emprender acciones tendientes a estimular, fomentar, complementar, coordinar y sustituir la iniciativa privada¹⁰.

⁸ Punto 35 de la STC 0008-2003-AI/TC

⁹ STC 034-2004-AI/TC, STC 7320-2006-AA/TC; STC 1535-2006-AA/TC; STC 1963-2006-AA/TC; STC 7339- 2006-AA/TC

¹⁰ CHANG CHUYES, G (2015). La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Op. cit. Pp. 142 – 143.

1.2. Los actos de competencia desleal en el mercado: regulación, definición y tipos

La dinámica propia del mercado establece que concurren en el mismo: por un lado, un grupo de ofertantes de bienes o servicios (empresas o proveedores) y por otro, un grupo de demandantes o destinatarios de estos (consumidores). Entre los ofertantes resulta necesario que se dé una competencia efectiva, de tal manera que así se aseguren de subsistir en el mercado las empresas que resulten más eficientes, es decir, aquellas que logran entender las necesidades y preferencias del consumidor y ofrecer una relación precio-calidad equilibrada al adquirente del producto y/o servicio que ofertan, para así generar legítimamente la preferencia de estos últimos.

Esta competencia efectiva y legítima en los mercados genera un daño lícito que es conocido como daño concurrencial y se fundamenta en que por razones de eficiencia algunas empresas son descartadas de determinados mercados y otras (las más eficientes) permanecen en el mismo. En este sentido, se pronuncia el Tribunal del Indecopi al señalar que *“Los factores económicos ciertamente debilitan la competitividad de los competidores, porque una parte natural de la lucha competitiva es la atracción de los consumidores hacia un factor económico y la retirada de los clientes hacia otro. Este tipo de robo de clientes es normal o legal porque se basa en la disposición libre e entendida del consumidor y las condiciones de la mejor oferta proporcionada por el agente”*¹¹.

Lamentablemente, no siempre la competencia entre las empresas se desarrolla basada en términos de buena fe empresarial y eficiencia, siendo que algunas se valen de actos de competencia desleal para ganar ilícitamente

¹¹ Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

cuotas de mercado y preferencias entre los consumidores, generando así un grave y directo perjuicio a los demás proveedores.

Los actos que implican una competencia ilícita están previstos en el contenido del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante LRCD), emitida el 25 de junio de 2008 por el poder ejecutivo (Presidencia de la República). Esta ley se publicó formalmente en el Diario Oficial El Peruano del 26 de junio del año 2008, y su entrada en vigor se dio dentro de los treinta (30) días posteriores a su publicación, es decir, desde el 26 de julio de 2008.

En el artículo 1 de la LRCD se estableció que el objetivo de tal ley es *“coartar todo hecho que implique una competencia ilegal que implique cierta afectación y que impida un correcto desarrollo del procedimiento competitivo”*. Asimismo, en el artículo 2 de este mismo cuerpo normativo se indica que su ámbito de aplicación objetivo recae sobre *“La acción cuya consecuencia o fin sea competir directa o indirectamente en el mercado. La acción que utilice publicidad está comprendida en el ámbito de esta ley. En este rigor, no es necesario determinar los hábitos de las personas que realizan estas operaciones”*.

La LRCD resulta aplicable, según lo previsto en el artículo 3° de esta norma, a *“todas las personas físicas o jurídicas, empresas no constituidas en sociedad, empresas unipersonales u otras entidades jurídicas públicas o privadas, gubernamentales o no gubernamentales, organizaciones sin fines de lucro o sin fines de lucro que proporcionen o soliciten bienes o servicios o sean socios, asociados o miembros de un negocio o de sindicatos de mercado más activo”*.

De otro lado, el artículo 4° de la LRCD delimita el ámbito de implementación territorial de tal dispositivo normativo, al establecer que *“esto se aplica a toda competencia desleal que afecte o pueda afectar la totalidad o parte del territorio de un país, aunque tenga su origen en países extranjeros”*.

Ahora bien, cabe preguntarse en este momento, ¿cómo se define un acto de competencia desleal? Según el artículo 6° de la LRCD *“un hecho de competencia ilegal es un acto que, de forma objetiva, es inverso a las reclamaciones de la correcta fe de las empresas que es la que debe dirigir la implicación de una economía social de mercado”* (Subrayado agregado).

Por su parte, LUYO y BAZAN definen el acto desleal desde las nociones del derecho que aporta la rama que regula la forma como se practica la competencia en el territorio, entendiendo por aquella, toda acción que *“una entidad económica [hace al] realizar su actividad de una manera que se desvía o viola los principios de eficiencia económica. Ahora bien, en términos generales, los principios anteriores implican básicamente comportamientos que son característicos del correcto funcionamiento del procedimiento de competencia y, de manera concreta, la conducta entendida con la definición de integridad comercial”*¹².

Para STUCCHI *“una violación de la integridad empresarial desde un punto de vista objetivo ocurre cuando los deseos del demandante se cumplen o intentan por razones distintas a su propia eficiencia, por ejemplo, cuando una empresa proporciona información falsa sobre ciertos bienes o servicios*

¹² LUYO CASTAÑEDA, M Y BAZÁN VÁSQUEZ, V (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Lima. Derecho & Sociedad 49. P.188.

y, por lo tanto, cambia la forma en que pueden ser evaluados. como ofertas”.¹³

Pasando a desarrollar los tipos de actos de competencia desleal previstos en la LRCD, corresponde señalar que, conforme a la legislación vigente, una posible infracción de competencia desleal se encuentra tipificada únicamente en el texto de la LRCD, más concretamente en su artículo 6, donde se dispone lo siguiente:

“Artículo 6.- Cláusula general. –

6.1.- *Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.*

6.2.- *Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado*. (Subrayado añadido)

A mayor abundamiento, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1044 al referirse a la cláusula general como la única disposición prohibitiva y sancionadora, señala que¹⁴:

¹³ STUCCHI LOPEZ - RAYGADA, P (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. P.4.

¹⁴ Cfr. Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal.

- *“los actos de competencia desleal (...) consisten en comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial”.*
- *“constituye el tipo exigido por el artículo 230.4 de la Ley 27444 (...)”, siendo que esta “tipificación general es suficiente para sancionar un acto que encaja en la descripción general de una conducta prevista por Ley como prohibida y sancionada”.*

Los demás artículos de la LRCD resultan ser una ejemplificación enunciativa de actos de competencia desleal, más no un tipo prohibitivo y menos sancionador constituido solamente por el artículo 6 de la norma referida. Estos se pueden sintetizar en una lista que categoriza los actos que constituyen competencia desleal en los enunciados, tal como se lee en la normativa:

Actos que afectan la transparencia del mercado:

- Engaño (artículo 8 de la LRCD)
- Confusión (artículo 9 de la LRCD)

Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico:

- Explotación indebida de la reputación ajena (artículo 10 de la LRCD)
- Denigración (artículo 11 de la LRCD)
- Comparación y equiparación indebida (artículo 12 de la LRCD)

Hechos que perturban ilegalmente la perspectiva de competencia propia o ajena:

- Infracción de secretos de la compañía (artículo 13° de la LRCD)
- Infracción de leyes (artículo 14 de la LRCD)
- Deterioro empresarial (artículo 15 de la LRCD)

Prácticas de competencia desleal con actividades promocionales:

- Que van en contra del principio de autenticidad (artículo 16 de la LRCD)
- Que van en contra del principio de legalidad (artículo 17 de la LRCD)
- Que van en contra del principio de adecuación social (artículo 18 de la LRCD).

Las autoridades a las que les corresponde efectuar acciones de fiscalización para identificar la existencia de competencia desleal son nombradas en el artículo 24 de la LRCD. Allí se expresa que la competencia de fiscalización recae, en primera instancia, sobre la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) y las Comisiones de las Oficinas Regionales del Indecopi; luego, se dispone que la autoridad en segundo grado de competencia encargada de hacer la fiscalización sea el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, siendo la Sala Especializada en Defensa de la Competencia la oficina que resuelve sobre estos asuntos.

Habiendo delimitado debidamente estos conceptos se puede concluir como lo hicieron LUYO y BAZÁN, en el sentido de que *“la LRCD tiene por objeto dotar a las estructuras funcionales del INDECOPI de las herramientas necesarias para el seguimiento y la solución de controversias, brindando la oportunidad de luchar contra las prácticas de los operadores económicos que atentan contra la integridad comercial en condiciones de competencia, resguardando así el buen funcionamiento del proceso y la competencia. Este*

concepto obviamente se refiere a cualquier tipo de conducta desleal en las reglas antes mencionadas, incluidas las violaciones de las normas (...)".¹⁵

1.3. Actividades de competencia desleal, violando las normas de realización de actividades económicas estatales no relacionadas

En el texto del artículo 58 constitucional, incluido en el título relativo al régimen económico del Perú, se consagra como sistema económico el ejercicio de una economía social de mercado así:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. (Subrayado y resaltado agregado)

En ese sentido, señala el Tribunal Constitucional (TC) que bajo este marco *“El Gobierno es responsable de establecer los contextos mínimos para el desarrollo libre y competitivo de la actividad económica privada y proporcionar el ámbito para el desarrollo efectivo, que asegure el mejoramiento de los productos y valores competitivos para los consumidores”*¹⁶.

En efecto, el sistema de economía social de mercado se rige bajo la libre oferta y demanda y se debe garantizar en el mismo la libre y leal competencia entre los agentes económicos (empresas) que concurren en los diversos

¹⁵ LUYO CASTAÑEDA, M Y BAZÁN VÁSQUEZ, V (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Lima. Op. cit. P.188.

¹⁶ Sentencia del TC en el proceso de amparo correspondiente al Expediente N° 10063-2006-PA/TC

mercados, esto finalmente redundará también en beneficio de los que consumen quienes podrán permitirse productos o servicios de calidad a buenos precios. Como se señaló líneas arriba, la competencia debe sustentarse en razones de eficiencia y no incurrirse en afectaciones a la buena fe empresarial a través de actos de competencia desleal.

Bajo este contexto, podría indicarse que el “*la ley de lucha contra la competencia desleal está establecida en el ordenamiento jurídico del país. Es una orden de restricción y sanción para la actividad económica realizada con medios inadecuados; esto afecta no solo a los competidores, sino que también cambia las condiciones generales del mercado*”¹⁷.

A partir del año 2008, con la LRCD, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico el problema de la competición ilegal de la infracción de leyes, previsto concretamente en el texto del artículo 14 del referido cuerpo normativo que dispone lo siguiente:

“Artículo 14.- Hechos de infracción de reglas.

14.1.- Incluye el desarrollo de acciones cuyo impacto real o potencial en el mercado sea el uso de ventajas significativas obtenidas en la competencia del mercado, en violación de leyes obligatorias. Para establecer que hay una ventaja significativa, es importante evaluar la mejor posición competitiva que se obtuvo al infringir las reglas.

14.2.- La transgresión de reglas imperiosas permanecerá conocida:
a) Con la evidencia de que haya una decisión preliminar y definitiva de la autoridad correspondiente sobre el tema de la detección de

¹⁷ Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI.

dicha transgresión, si no espera que se vigile dicha decisión en el procedimiento administrativo; 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". (Subrayado y resaltado agregado)

Así, se verifica que para los supuestos de violación de normas se exige la existencia de una ventaja significativa que haya sido obtenida por la comisión de una infracción de las normas imperativas. Lo anterior, salvo para el supuesto de actividad empresarial del Estado no subsidiaria que contraviene el artículo 60 de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué se entendería por ventaja significativa? Sobre el particular, citando a ILLESCAS¹⁸, a través de una ventaja significativa, el infractor obtiene "Las diferencias competitivas en comparación con otros operadores

¹⁸ ILLESCAS, R (1992), La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal en: Bercovitz, Alberto (Coord.), La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991. Madrid: Cámara de Comercio e Industria, p.116

determinan su acceso al mercado, la continuación o el éxito en la superación de las expectativas o percepciones de la competencia de servicios”.

Para MASSAGER, *“los rasgos importantes deben tener un tamaño significativo y, por lo tanto, controlar la desigualdad en la posición de competencia”*¹⁹.

Se puede concluir entonces, como bien lo hace GALVÁN, que *“Por tanto, no basta con que el autor infrinja las normas para beneficiarse de una ventaja competitiva. El beneficio debe ser significativo y debe demostrarse”*²⁰.

Así, Indecopi considera que para determinar la ventaja competitiva significativa *“Habría que pensar en la reducción o ahorro de costes que consigue la empresa a causa de infringir las normas de obligado cumplimiento.”*²¹

De otro lado, de una revisión del antes citado artículo 14 de la LRCD se verifica que la infracción de normas imperativas se puede dar en dos (2) supuestos:

- Si se llega a constatar que la autoridad competente ha emitido previamente una decisión firme en la que determina la existencia de esta infracción, bajo la condición de que en lo judicial no se esté revisando tal pronunciamiento vía una demanda contenciosa administrativa.

¹⁹ MASSAGER, J (1999), Comentario a la ley de competencia desleal. Madrid: Civitas, p.440.

²⁰ GALVÁN, G (2016). La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario. Revista Pensamiento crítico Vol.21, p.95.

²¹ Resolución N° 2290-2013/SDC

- Si no se puede probar que se cumple con las autorizaciones, los contratos y/o los títulos que obligatoriamente requiere todo agente económico para realizar determinada actividad empresarial.

El supuesto relevante para este trabajo es el contemplado en el artículo 14 de la LRCD, más específicamente en su numeral 14.2 contenido dentro el literal b). Al respecto, el Indecopi señala que *“La condición del artículo 14, artículo 14.2, inciso b) de la Ley de Desarrollo Territorial es que se asegure que la entidad económica no tiene una declaración de la institución administrativa o un acuerdo de acceso al mercado, que le permita acudir a la vía judicial. En la actividad económica se constató que su comportamiento en el mercado fue un desarrollo desigual de la libre empresa privada, lo que le permitió ahorrar al valor que debía cubrir para ajustar su negocio a ley vigente”*²².

Por consiguiente, si los privados se encuentran obligados a no infringir normas imperativas para concurrir en determinados mercados y poder así realizar determinada actividad empresarial, esta misma exigencia se entiende que, con mayor razón, también aplica para el Estado. De esta manera, el Estado debe cumplir con sus deberes jurídicos, los cuales se encuentran previstos en la Constitución Política.

Justamente uno de estos deberes del Estado, aparece en el artículo 60 de la carta magna por el cual el Gobierno se verá impedido de realizar una actividad empresarial que no resulte subsidiaria (mandato de subsidiariedad) y por ello la realización de tal actividad, en contravención al mandato de

²² Ibidem.

subsidiariedad, se encuentra previsto como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (artículo 14 de la LRCD).

Una particularidad de este supuesto de violación de normas que configura el ejercicio de una actividad empresarial no subsidiaria es la no exigencia de ventajas significativas para determinar que este tiene lugar en la acción. Al respecto, consideramos una decisión acertada de la LRCD no exigir que se verifique una ventaja competitiva como consecuencia de las actividades empresariales no subsidiarias que realicen las entidades estatales, para determinar que en el marco de esta se han cometido actos de competencia desleal que configura el supuesto de violación de normas.

Encuentra justificación lo anterior en el deber que, en el contexto de una economía social de mercado, tiene el Gobierno de promover la libre y leal competencia en el mercado, fin con el cual debe adoptar las acciones necesarias y crear el marco jurídico adecuado para garantizar así el correcto funcionamiento del mercado. No se entendería entonces que, bajo esta consideración, el Estado entré a competir con los agentes privados en mercados cuya demanda puede verse suficiente y adecuadamente satisfecha por tales agentes económicos.

Además, no debemos olvidar que el Estado, por su propia naturaleza, nunca podrá competir en las mismas condiciones que lo hacen quienes son parte del sector privado, teniendo en cuenta que el Estado “nunca quiebra” y, además, se vale de los recursos públicos (“recursos generados por el aporte de todos nosotros”) para realizar su actividad empresarial y para asumir posibles pérdidas producto de sus emprendimientos empresariales, con lo cual su participación siempre se debe entender de manera subsidiaria. Es decir, solo en determinados ámbitos donde la oferta privada no resulta

suficiente para cubrir la demanda de bienes o servicios o en mercados donde no concurren empresas privadas (por no ser rentables o atractivos) y sea necesaria la intervención estatal para prestar determinados servicios requeridos. Esto se da, por ejemplo, en el caso de la empresa estatal **ACTIVOS MINEROS**, que forma parte de FONAFE, encargada de la gestión de remediación de pasivos ambientales por encargo del Ministerio de Energía y Minas.

Así, habría que concluir como lo hacen LUYO y BAZÁN, en el sentido de que *“un gobierno no debe distorsionar el mercado al participar en una economía que no es compatible con sus obligaciones constitucionales, o se apartará de los valores que el mercado está diseñado para proteger, lo que refleja una violación de los requisitos de buena fe. Esto debería promover la competencia en la economía social de mercado.”*²³.

1.4. Precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI sobre la materia: criterios establecidos para definir la actividad empresarial del Estado y requisitos para que este pueda intervenir en determinados mercados

En el año 2010 se emitió desde la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi el precedente de observancia obligatorio materializado en la Resolución N° 3134 –2010/SC1-INDECOPI, a través del cual se desarrollaron los criterios a considerar por parte de la autoridad administrativa (Indecopi) al evaluar la existencia de un supuesto de competencia desleal de infracción de reglas por la ejecución de actividades empresariales estatales no subsidiarias. El caso que generó la citada

²³ LUYO CASTAÑEDA, M Y BAZÁN VÁSQUEZ, V (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Lima. Op. cit. P.190.

resolución fue consecuencia de la denuncia interpuesta por una pollería en Puno (el Rancho II) contra la Universidad Nacional del Altiplano (universidad pública) por poner un negocio que se dedica a la comercialización de pollos al carbón dentro de las instalaciones del establecimiento educativo.

Tal como se ha indicado, en la actividad empresarial estatal no subsidiaria subyace por definición la competencia desleal con respecto a los sujetos que hacen parte del sector privado, dado que el Estado cuenta con recursos ilimitados para su ejercicio. Este crédito ilimitado, conforme lo señala BULLARD, es *“recogido por medio de los gravámenes que el Gobierno obtiene, inclusive, gracias a los competidores”*²⁴. Asimismo, el Estado siempre tiene la posibilidad de *“el mayor acceso al capital para respaldar el déficit creado por su gestión, que reducirá sus costos fijos -el uso de las construcciones públicas instaladas- y además, los privilegios legales generales asociados con los privados”*²⁵.

Como parte de la metodología de estudio planteada en la necesidad de observación forzosa, fue preciso: (i) determinar si el ejercicio que desarrolla el Estado es empresarial o no; en caso de que sí califique como tal (ii) se debe corroborar que tal actividad observe lo establecido en el artículo 60 constitucional (mandato de subsidiariedad); además, dentro de la evaluación prevista en el numeral (ii) se debe verificar por ley expresa que se cuenta con la autorización para desarrollar la actividad, así como su subsidiariedad, la finalidad de interés social o conveniencia nacional que subyace en el ejercicio de la referida actividad empresarial del Estado.

²⁴ BULLARD GONZALES, A. Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación al principio de subsidiariedad. Dialogo con la Jurisprudencia N° 149, p.17-27.

²⁵ Ver Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

El Indecopi define el precedente de observancia obligatoria con relación a una actividad empresarial estatal como “*la gestión de los medios de producción y participación como proveedor de un servicio o producto determinado del Estado*”. Agrega el referido precedente que tanto los privados como las entidades de carácter público pueden contravenir el principio de subsidiariedad y aclara, además, que se excluye de la catalogación del ejercicio empresarial del Gobierno, toda actividad que implique el desempeño de ciertos derechos como el *ius imperium* y algunas prestaciones como las de carácter asistencial que se desprenden de sus funciones.

Así pues, hay que distinguir la actividad empresarial de las “actividades estatales de autoridad” que son las realizadas por el Estado dentro del marco de las atribuciones soberanas para las cuales está habilitado. Siendo así la titularidad de la actividad gubernamental de mando público es exclusiva del Estado y comprende funciones tanto de carácter legislativo como ejecutivo y judicial como son la despacho de pautas y la dirección de los sistemas de justicia y defensa, o la concesión de títulos habilitantes. No obstante, estas acciones llevadas a cabo por el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, como bien lo señala BULLARD, no se encuentran exentas de control; “*sin embargo, corresponde a un comité diferente (eliminación de trabas burocráticas) al Comité de Prevención de la Competencia Desleal*”²⁶.

De otro lado, la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI define como actividad prestacional “*todos estos beneficios que se derivan de bienes o servicios que son esenciales para los fines sociales, a saber, para nivelar las diferencias entre los sectores más pobres de la sociedad y para asegurar y*

²⁶ BULLARD GONZALES, A. El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por violación al principio de subsidiariedad. Revista de Derecho Administrativo CDA N° 10, p.202.

promover el uso universal de ciertos derechos fundamentales para los grupos sociales". Sobre el particular, BULLARD indica que *"el contenido debe ser una consecuencia determinada del cumplimiento de los deberes constitucionales atribuidos al Estado y de la obligación de velar por la protección de los derechos fundamentales de determinados colectivos, que se definen como derechos sociales"*²⁷.

Una vez se establece que la actividad ejecutada es una actividad empresarial estatal, y se descarta estar ante una actividad de *ius imperium* o prestacional asistencial, corresponde realizar el segundo nivel de análisis que implica determinar lo siguiente:

- **Primer requisito: el Estado debe contar con la autorización por ley expresa para realizar el ejercicio empresarial**, es decir, debe ser acreditada por una ley que haya sido admitida previamente por el Congreso de la República.

Con respecto a este primer requisito la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI indica que *"para que una empresa pública sea legítima, primero debe contar con leyes claras aprobadas por el Congreso de la República para que prospere. Además, la ley debe dejar en claro que las empresas o agencias gubernamentales tienen derecho a fabricar, distribuir, desarrollar o cambiar bienes y servicios en ciertas actividades y no deben aceptar licencias implícitas o interpretaciones similares o extendidas de estas"*.

²⁷ Ibidem, p. 204.

Como principal argumento que justifica esta interpretación se puede aludir a las disposiciones dadas por el Tribunal Constitucional que así lo determina en las sentencias proferidas el 15 de febrero de 2005 (Exp. No. 0034-2004-PI/TC) y el 14 de marzo de 2007 (Exp. No. 0019-2006-PI/TC). Dentro de los fundamentos jurídicos 31 y 26, respectivamente, de las decisiones emitidas el colegiado manifestó que *“El artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva absoluta de ley que permite al Estado realizar actividades comerciales exclusivas y complementarias, lo que significa que la ‘reserva absoluta de ley’ debe ser promulgada por la Asamblea Nacional”*.

- **Segundo requisito: después de confirmar que el comercio del gobierno está permitido según una ley aprobada previamente por el Congreso, debe verificar si esta es subsidiaria.** Es decir, se debe verificar que la actividad empresarial gubernamental en un determinado mercado satisface la petición de los consumidores que se encontraba insatisfecha debido a que no existe oferta privada o existiendo esta no resultaba suficiente, a estos efectos.

Al momento de establecer si la actividad gubernamental empresarial es o no subsidiaria se debe puntualizar, en primera instancia, cuál es el mercado relevante. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). Dentro del contenido del artículo 6 de la LRCA se menciona:

“6.1. [Que] el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.

6.3 El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante”.

Una vez establecido el mercado relevante, se debe analizar si hay o no subsidiariedad en la actividad, para lo cual se deben considerar tres (3) escenarios:

- **Escenario 1: existe más de una empresa del sector privado y una entidad de carácter estatal.** Si se cumple la condición de que en un mercado existe más de una empresa del sector privado establecida que no está vinculada la una a la otra, es dable pensar, en calidad de presunción legal relativa, que la competencia se da en igualdad de condiciones siendo estas adecuadas. De modo que, en ese caso, la acción de las agencias estatales es limitada, dado que la oferta privada puede expandirse tanto como sea posible para satisfacer la demanda.

En caso de que la entidad estatal pretenda desvirtuar la presunción legal debe presentar evidencia que confirme que los participantes del sector privado no poseen las condiciones que se requieren para compensar la demanda que podría tener el mercado si una de ellas llegase a retirarse de la competencia. Consecuentemente, si para los privados no es viable arrojar la demanda liberada y asumida por la entidad gubernamental, esta deberá probar la presencia de barreras que no solo obstaculizan,

sino que paralizan la entrada de competencia innovadora que puedan cubrir con las solicitudes por cubrir.

- **Escenario 2: del mercado más importante hace parte una compañía del sector privado y una institución de carácter estatal.**

En este ámbito no se tiene en cuenta el interés de la oferta privada porque no se considera dentro del supuesto previsto en las disposiciones del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM. Por tanto, a efectos de determinar si la actividad institucional empresarial vulnera el mandato constitucional de subsidiariedad, el Indecopi debe verificar si la parte del sector privado presenta las condiciones adecuadas que se requieren para poder cubrir la demanda que atiende actualmente y la demanda que eventualmente comenzará a liberarse si la entidad estatal llegase a retirarse del mercado, o bien deberá demostrar que no existen barreras significativas que impidan la entrada de agentes privados competidores si es que la oferta existente (brindada por una empresa privada y otra estatal) no resultase suficiente.

- **Escenario 3: en el mercado más importante únicamente hace parte la institución del Estado.**

Dado que el supuesto de este escenario apunta que la oferta privada no existe, únicamente la estatal, en consecuencia, la acción que procede es verificar si los agentes privados tienen la posibilidad de cubrir la demanda bajo condiciones iguales a las que la entidad o la empresa estatal lo ha hecho. Lo anterior, en el supuesto que el Estado se retirase de este mercado en específico.

Además, se deberá verificar la presencia de barreras a la entrada al mercado. Es decir, si no se corrobora que haya barreras de entrada, resulta sumamente probable que los agentes económicos privados no estén interesados en incursionar en dicho mercado (por no resultar un mercado rentable, por ejemplo), pudiendo concluirse así que la empresa estatal sí cumple un rol subsidiario.

Ahora bien, si se corrobora que sí hay barreras a la entrada significativas, la participación de la entidad o empresa estatal también se puede considerar como subsidiaria, salvo que se establezca que es la propia presencia del Estado la barrera que genera desincentivos para el ingreso de privados a ese mercado.

- Tercer requisito: la finalidad del ejercicio de las empresas debe tener en cuenta al interés social o a nivel país.

En este último requisito, dispuesto en el artículo 60 constitucional como sustento de la autorización con la que debe contar el Estado para tener viabilidad para ejecutar la actividad empresarial, se enfrenta la dificultad que representa la indeterminación de las nociones jurídicas *interés público* y *conveniencia nacional*, las cuales no se encuentran definidas en la ley fundamental del Estado peruano.

Determinar lo que corresponde entender por estos conceptos escapa a la competencia del Indecopi, por lo tanto, le concierne al Congreso de la República evaluar la finalidad de la actividad empresarial del Estado y determinar lo que en el marco de esa actividad debe entenderse por ambas nociones jurídicas. Al dictar el contenido de los conceptos, el

Congreso puede, además, emitir la ley expresa por medio de la cual autoriza al Estado la ejecución de la actividad empresarial en discusión.

1.5. Breve exposición de los informes emitidos por el INDECOPI en mérito de la aplicación del Decreto Supremo 034-2001-PCM y los ordenamientos sobre actividad empresarial no subsidiaria del Estado resueltos por el Indecopi

En seguida, se habló de una síntesis de las conclusiones adjuntas en los informes emitidos por el INDECOPI sobre las condiciones de la actividad empresarial de las entidades de carácter estatal bajo el ámbito del FONAFE, según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM:

INFORME	MATERIA	SÍNTESIS
037-2001/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Servicios Postales del Perú S.A. (Serpost)	Exceden lo autorizado por Ley las actividades consistentes en i) la prestación de servicios de asesoría y consultoría en materia postal; ii) la prestación de servicios y actividades conexas y complementarias al servicio postal; y iii) la prestación de servicios complementarios o afines al servicio postal. Tanto en el servicio de mensajería local como en el servicio de mensajería nacional (los servicios llamados Servicio Expreso Local y Servicio Expreso Nacional) la oferta privada era suficiente para atender las demandas de este mercado. Lo mismo ocurre con los servicios de Overnight y giros postales. Finalmente, en el caso de servicios básicos, es importante tener en cuenta que el CPU no establece una modalidad específica de prestación de dichos servicios ni el tipo de régimen de propiedad del administrador postal por lo cual no sería obligatorio que los preste una empresa estatal. Por ello, en el caso de dichos servicios, así como el de courier, debe evaluarse el interés público de la actividad desarrollada por Serpost, la conveniencia de redefinir la modalidad de intervención estatal, así como la posibilidad de promover que dichos servicios sean parcial o totalmente prestados por agentes privados, a partir de las experiencias internacionales.

038-2001/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Transportes Aéreos Nacionales de la Selva (TANS)	<p>El Estatuto de TANS excedió el carácter subsidiario previsto por el marco constitucional y legal vigente. Por tanto, se recomendó la actualización de dicho Estatuto a fin de que este se limitara a autorizar actividades de transporte aéreo que tengan carácter estrictamente subsidiario.</p> <p>Las actividades de TANS no tenían carácter subsidiario debido a que la oferta privada era suficiente para abastecer la demanda existente en las siguientes rutas: Lima-Cuzco-Lima, Lima-Arequipa-Lima, Lima-Chiclayo-Lima, Lima-Tacna-Lima, Lima-Trujillo-Lima, Lima-Piura-Lima, Chiclayo-Piura-Chiclayo, Arequipa-Tacna-Arequipa, Lima-Iquitos-Lima, Arequipa-Juliaca-Arequipa, Lima-Juliaca-Lima.</p> <p>No se ha podido concluir que las actividades de TANS no tenían carácter subsidiario en las siguientes rutas: Lima-Pucallpa-Lima, Lima-Puerto Maldonado-Lima, Lima-Tarapoto-Lima, Tarapoto-Iquitos-Tarapoto, Pucallpa-Iquitos-Pucallpa.</p> <p>La utilización de la actividad empresarial del Estado para evitar prácticas anticompetitivas o de abuso de posición de dominio por parte de las empresas en el sector aerocomercial no sería la vía legal idónea, ya que para tales casos el marco normativo peruano establece la aplicación de las normas de libre competencia.</p> <p>Si bien es evidente que el carácter dinámico del mercado no es razón válida para mantener la presencia de TANS, resultaría adecuado establecer un procedimiento de revisión periódica de la oferta privada del servicio en aquellas rutas que pudieran resultar desabastecidas, a fin de evaluar si correspondería algún tipo de intervención estatal en dichos casos, evitándose la presencia de TANS por situaciones excepcionales y transitorias de desabastecimiento que no justifican su ingreso al mercado.</p>
039-2001/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.	<p>El Estatuto vigente de dicha empresa no sólo comprende como actividades empresariales permitidas a las expresamente autorizadas por Ley, sino que amplía el ámbito de las mismas a servicios ajenos a su finalidad principal.</p> <p>Se ha excedido la Ley autoritativa en cuanto a los servicios de prestación de servicios de aviso comercial, y prestación de servicios gráficos para fines distintos a la elaboración de publicaciones. La subsidiariedad depende de la actividad que se realice, como por ejemplo servicios gráficos para la fabricación de libros, textos escolares, revistas, folletos, catálogos y demás publicaciones, en las que no hay subsidiariedad.</p> <p>En los servicios de edición y publicación de las Separatas Normas Legales Jurisprudencia, Boletín Oficial y Separatas Especiales del Diario</p>

		Oficial El Peruano, no pudo concluirse que Editora Perú no cumplía un rol subsidiario en la prestación de dichos servicios.
040-2001/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Servicios Industriales de la Marina S.A. (Sima Perú S.A.)	Realiza actividades que exceden lo legalmente autorizado (obras civiles, reparación y mantenimiento industrial, consultorías a terceros Sima-Consult). El Estatuto de Sima Perú excede lo dispuesto por la Ley facultativa. Determinadas actividades de Sima Perú no tenían carácter subsidiario, pues la oferta privada cubriría las necesidades que pudieran surgir (reparación de embarcaciones menores para particulares en el Callao, estructuras pequeñas de metalmecánica, etc.).
041-2001/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Servicios Industriales de la Marina Iquitos S.R.L. (Sima Iquitos)	Se han excedido las actividades autorizadas por Ley, en tanto se realizan las actividades de venta de insumos de metalmecánica (planchas dobladas de acero), obras civiles no complementarias ni conexas a la actividad metalmecánica. No se pudo concluir que la actividad empresarial de Sima Iquitos no tenía carácter subsidiario en los siguientes servicios: Construcción de embarcaciones fluviales de acero mayores a las 1 000 TRB, Reparación de embarcaciones fluviales de acero mayores a las 1 000 TRB, Reparación de embarcaciones fluviales de acero menores a las 1 000 TRB, Construcción y reparación de estructuras metálicas flotantes, Estructuras grandes de Metalmecánica. No tenían carácter subsidiario debido a que la oferta privada actual y/o potencial es suficiente para abastecer la demanda existente: construcción de embarcaciones fluviales de aluminio, construcción de embarcaciones fluviales de acero menores a las 1 000 TRB, reparación de embarcaciones fluviales de aluminio, construcción de estructuras pequeñas de metalmecánica.
005-2002/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. - ADINELSA.	La actividad realizada por Adinelsa se centra en la adquisición de la propiedad o posesión de infraestructura eléctrica rural que no ha sido materia de privatización, construida por otras entidades estatales y entregar su administración a empresas concesionarias del servicio público de distribución de energía eléctrica, para que éstas a su vez realicen la operación y mantenimiento de dicha infraestructura pública. La actividad desarrollada por Adinelsa no constituye el ejercicio de actividad empresarial.
010-2002/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Empresa Nacional de la Coca S.A. - Enaco.	Enaco ha venido realizando la actividad de envasado de filtrantes a terceros, excediendo lo autorizado por Ley. En el caso del acopio y comercialización de hoja de coca entera en tanto el Perú no denuncie la Convención Única de Estupefacientes, Enaco es el Organismo Oficial del Perú y como tal se encuentra obligado a cumplir, en representación del Estado, los compromisos asumidos por éste como miembro de la Convención Única de

		<p>Estupefacientes. En el caso de la exportación de pasta básica de cocaína (PBC) con 92% de pureza, Enaco se encuentra legalmente autorizada a realizar dicha actividad, y no pudo concluirse que Enaco no realiza actividades que no son de carácter subsidiario.</p> <p>Finalmente, en cuanto a la producción de filtrantes de hoja de coca, esta no tiene carácter subsidiario.</p>
023-2002/GEE	<p>Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Perupetro S.A.</p>	<p>La única actividad empresarial que realiza Perupetro es la comercialización de hidrocarburos por lo que se procedió al análisis de legalidad y subsidiariedad de la misma.</p> <p>Perupetro se encuentra autorizada a comercializar hidrocarburos exclusivamente a través de terceros que no deberán ser filiales, subsidiarias u otra organización societaria de la que forma parte Perupetro, y bajo los principios de libre mercado, los hidrocarburos provenientes de las áreas bajo contrato, cuya propiedad le corresponda. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al análisis realizado, existirían ciertas condiciones específicas del mercado (costos de transporte y de almacenamiento), que en la actualidad harían económicamente inviable la compra del crudo por parte de una empresa distinta a Petroperú.</p> <p>Al existir una incompatibilidad entre los requisitos exigidos por el marco legal vigente y las condiciones específicas en este mercado, que hacen, por el momento, económicamente inviable la comercialización del crudo propiedad de Perupetro; esta Gerencia considera necesaria la adecuación de la Ley de Hidrocarburos a este caso específico, resaltando su carácter particular y excepcional.</p> <p>No se puede afirmar que Perupetro no cumple un rol subsidiario en la comercialización de hidrocarburos de los lotes explotados bajo contrato de servicios, en el corto plazo, ya que no existirían empresas privadas interesadas para realizar esta actividad. Cabe señalar que el hecho de que las condiciones actuales del mercado hagan económicamente inviable este tipo de operaciones no excluye la posibilidad de que en un futuro, estas cambien y, eventualmente, surjan compañías privadas interesadas en comercializar el crudo de Perupetro.</p>
024-2002/GEE	<p>Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Corporación Financiera de Desarrollo S.A. - COFIDE</p>	<p>Todas sus actividades son autorizadas por Ley (con excepción de las actividades de la modificación del artículo 11 del Estatuto).</p> <p>Respecto de las actividades empresariales efectivamente desarrolladas por COFIDE, todas ellas se encuentran autorizadas legalmente, sea por el Decreto Legislativo 206, la Ley 26702 o su Estatuto. Sin embargo, respecto de la actividad de recuperación de determinadas carteras de créditos de los bancos sujetos a un régimen de vigilancia o intervención, se detectó que la actividad de cobro y financiamiento directo de</p>

		<p>las deudas de las personas naturales y jurídicas deudoras no calificadas como empresas y entidades del sistema financiero o entidades de fomento, no se encuentra autorizada legalmente.</p> <p>No se pudo concluir que la actividad de intermediación financiera de segundo piso que realiza Cofide no tenga carácter subsidiario, al menos en el corto plazo.</p> <p>No pudo concluirse que los servicios de administración de fideicomisos y comisiones de confianza, en el caso específico de los encargos hechos por el Estado a Cofide, no tengan carácter subsidiario.</p> <p>El carácter subsidiario dependerá de la actividad realizada.</p>
045-2002/GEE	Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Banco de la Nación S.A.	<p>Todas sus actividades tienen carácter empresarial, y todas las actividades que realiza se encuentran autorizadas por Ley, excepto la recepción de depósitos de los recursos provenientes de los Comités de Fondos de Asistencia y Estímulo (Cafae). El Banco de la Nación sólo puede recibir en depósito recursos públicos, salvo que el depósito implique el servicio de pagaduría a trabajadores o proveedores del Estado, o se realice en un lugar donde la banca privada no tiene oficinas.</p> <p>El carácter subsidiario dependerá de la actividad realizada.</p>
032-2006/GEE	Opinión respecto a la posibilidad de que el Banco de la Nación otorgue créditos a las MYPE en los centros poblados donde esta entidad es la única oferta bancaria	<p>El Banco de la Nación no se encuentra autorizado legalmente para otorgar créditos a las MYPE y no es posible atribuir dicha función vía Decreto Supremo. Se cumple con notificar tal hecho al FONAFE.</p> <p>El Banco de la Nación se encuentra autorizado legalmente para realizar con entidades que otorgan crédito a las MYPE, aquellas operaciones y servicios que tengan por objeto utilizar o compartir la infraestructura del Banco en el otorgamiento de dichos créditos en las localidades donde el Banco de la Nación sea la única oferta bancaria.</p> <p>El rol subsidiario del Banco de la Nación debiera llevarlo a complementar a la banca privada y de ninguna manera a competir con ella; mucho menos si lo hace en condiciones de ventaja.</p> <p>Siendo que el Banco de la Nación es la entidad con mayor presencia en el territorio nacional, sería conveniente que compartiera su infraestructura con instituciones especializadas en el microcrédito.</p>

De otro lado, partiendo del cuadro trabajado por LUYO y BAZAN²⁸, completaremos la data de casos resueltos por el Indecopi, en segunda y

²⁸ LUYO CASTAÑEDA, M Y BAZÁN VÁSQUEZ, V (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Lima. Op. cit. P.193.

definitiva instancia administrativa (por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi) en materia de violación de normas por actividad empresarial estatal no subsidiaria:

EXPEDIENTE	DENUNCIANTE	DENUNCIADO	ACTIVIDAD ECONÓMICA CUESTIONADA	¿QUÉ MANIFESTÓ EL TRIBUNAL DEL INDECOPI SOBRE LA ACTIVIDAD CUESTIONADA?
154-2008/ 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.
169-2008/ 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.
170-2008/ 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.
171-2008/ 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.
172-2008/ 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.
173-2008/ 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.
201-2008/ 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.
209-2008/ 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.
102-2012/ CCD	Gremco Publicidad S.A.	Instituto Peruano del Deporte	Arrendamiento de Infraestructura	Constituía una actividad de carácter empresarial.
107-2012/ 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.
175-2012/ CCD	Gremco Publicidad S.A.	Universidad Nacional Mayor de San Marcos	Arrendamiento de Infraestructura	Constituía una actividad de carácter empresarial.

241-2012/ 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.
062-2013/ CCD	Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima	Municipalidad Distrital de Los Olivos	Prestación de servicios veterinarios	Constituía una actividad de carácter empresarial.

1.6. Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los criterios del Tribunal de Indecopi (Sala de Defensa de la Competencia) respecto a la actividad empresarial del Estado

El Tribunal de Indecopi toma como referencia para resolver los casos de actividad empresarial estatal no subsidiaria a la jurisprudencia extranjera que sobre la materia existía. Me refiero específicamente a lo resuelto por el TJUE.

En 1991 se da el Asunto C41/90 ante el TJCE como consecuencia de la demanda interpuesta por Klaus Hofner y Fritz Elser contra Macrotom GmbH presentada ante el Tribunal de Justicia Alemán.

La materia de controversia en ese caso era que los demandantes brindaron a Macrotom el servicio de selección de personal para un puesto de gerente de ventas, a pesar que en ese momento quien debía ejercer esa labor era el Instituto Federal de Empleo (tenía el monopolio sobre dicha actividad). Así, los demandantes ofrecieron el servicio antes referido a Macrotom, sin embargo, la persona que seleccionaron,

finalmente no fue contratada por la empresa. Como consecuencia de ello, Macrotom se negaba a realizar el pago por el servicio brindado.

Si bien se desestimó la demanda interpuesta por la ilegalidad de la actividad, que correspondía ser brindada al Instituto Federal de Empleo, en vía prejudicial el TJCE resolvió si el monopolio de la actividad que realizaba el referido instituto podría calificar o no como un abuso de posición de dominio.

Al resolver lo planteado, el TJCE concluyó que: (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 confíen a oficinas públicas no podía afectar la naturaleza económica de sus actividades”*²⁹.

Por consiguiente, al evaluarse la actividad que realizaban las entidades públicas en este caso, se pudo corroborar que estas no debían exceptuarse de un análisis desde la perspectiva del Derecho de la Competencia.

De manera posterior, a través del asunto *Eurocontrol*³⁰, el TJCE resolvió que las actividades realizadas en ejercicio de prerrogativas del ejercicio público no calificaban como actividad económica estatal. El Tribunal estableció que, si bien era factible que *Eurocontrol*³¹ realizase

²⁹ Asunto C41/90 resuelto mediante pronunciamiento del 23 de abril de 1991.

³⁰ Asunto C364/92

³¹ Eurocontrol es una entidad de carácter internacional que tiene como función determinar y recibir las tarifas impuestas a los usuarios de la navegación que circundan o cruzan el territorio marítimo adscrito al territorio de los Estados contratantes. Algunos de los países que la conforman son: al

actividad empresarial, esta se justificaba por el ejercicio de la función pública de policía de la navegación aérea que cumplía tal entidad.

En este caso, se define a las actividades que se dan en ejercicio del *ius imperium* del Estado como “*actividades esenciales del poder público*”. Para el TJCE, las entidades públicas podían realizar actividad económica (empresarial), entendida como la producción de bienes y servicios para su comercialización.

Una de las exoneraciones del procedimiento Eurocontrol se efectúa sobre la actividad estatal empresarial, toda vez que se establece que no calificaba como tal aquella que se derivase del ejercicio de *imperium* de una entidad (actividades propias y exclusivas del Estado).

De otro lado, en el caso *Poucet*³², el TJCE excluyó que las Entidades Gestoras del gobierno francés no realizaban actividad empresarial, dado que se encontró que, sustentadas en el principio de solidaridad nacional, más bien realizaban una actividad con fines sociales. Se descartó en ese caso el carácter de actividad empresarial por no perseguir la misma una finalidad lucrativa, y porque el objetivo que se perseguía era garantizar a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos esenciales y su protección.

Sin embargo, surge la siguiente pregunta ¿qué se entendería por principio de solidaridad? Es bastante complicado trata de definir este concepto tan abstracto y genérico.

occidente de Europa Alemania, Bélgica y Francia; y al sur del continente Portugal y Gran Bretaña, por citar solo algunos.

³² Asunto C-159/91 y Asunto C-160/91

En los casos de Kattner³³ y Císal³⁴, fue gracias al principio de solidaridad que el TJCE pudo establecer la diferencia entre una actividad estatal y una actividad empresarial. De esta manera, el antes referido principio de solidaridad dicho principio se erige como una limitación para determinar la existencia de actividades empresariales por parte de entidades públicas, basándose en el fin social y de bienestar general de los ciudadanos que persigue (ausencia de ánimo de lucro).

Por lo expuesto, se verifican ciertos elementos que van a permitir establecer cuando una actividad estatal no califica como empresarial: (i) objeto de esta debe ser social; (ii) ausencia de ánimo de lucro (no se debe buscar lucro o ganancias con dicha actividad); (iii) debido cumplimiento de parámetros de solidaridad (en beneficio de toda la sociedad, de los ciudadanos en general); y, (iv) contar con un adecuado y resaltante grado de control estatal.

Por tanto, se verifica entonces que el Tribunal distingue a las actividades estatales entre dos (2) tipos:

- (a) actividades empresariales (económicas) estatales.
- (b) actividades no económicas: dentro de este grupo se incluyen las que se realizan en ejercicio de la autoridad soberana que es propia del Estado y también aquellas actividades que son de carácter social (acordes con el principio de solidaridad).

³³ Asunto C-350/07.

³⁴ Asunto C-218/00.

A continuación, se presenta el cuadro trabajado por LUYO y BAZAN³⁵, a efectos de sintetizar el grado de influjo que puede ejercer el TJCE sobre los proferimientos y las decisiones efectuadas por el Tribunal del Indecopi en materia de ejercicio empresarial estatal:

Criterios del TJCE y del Tribunal del Indecopi

	TJCE	Tribunal de Indecopi	Efecto
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: * Para el caso europeo: La actividad evaluada debe generar una afectación al mercado, que falsee o amenace falsear la competencia. (Art. 87 del TCCE) * 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

³⁵ LUYO CASTAÑEDA, M Y BAZÁN VÁSQUEZ, V (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Lima. Op. cit. P.197 y 198.

<p>Actividad de ius imperium</p>	<p>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</p>	<p>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 inmanentes al concepto básico de soberanía.</p>	<p>No se aprecia mayor diferencia</p>
<p>Actividad asistencial</p>	<p>Comprende todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tiene la particularidad de ser asistenciales y persigan un fin social.</p>	<p>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.</p>	<p>Existe una diferencia en el sentido que el concepto brindado por el Tribunal del Indecopi tiene un carácter más restrictivo de la actividad asistencial.</p>



CAPÍTULO II: EL SUPUESTO DE LOS TERMINALES TERRESTRES DE PASAJEROS

2.1. Actividad empresarial estatal en la ejecución y utilización de estaciones de transporte municipales de viajeros

Una empresa es definida como una unidad de producción, vale decir, que ello implica la combinación de capital y trabajo que organiza el empresario con la finalidad de efectuar un proceso para generar un bien y/o un servicio considerado necesario para el mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se le denomina Terminal Terrestre de Pasajeros al departamento que brinda servicios de envío, recepción de automóviles, recogida de pasajeros, carga y descarga de equipaje y entrega de paquetes.

El Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, en su artículo 3° define a los terminales terrestres como: *“Infraestructura adicional de transporte terrestre para brindar servicios de pasajeros o carga a nivel nacional, regional y provincial.”*

La naturaleza jurídica del Terminal Terrestre es la de un bien complejo susceptible de ser organizado, explotado y transferido en el mercado.

En ese sentido, la actividad que se encarga de implementar los procesos, hacer el mantenimiento y ejecutar las operaciones en una estación de transporte de viajeros consiste en un ejercicio empresarial privado, generalmente desarrollado por privados.

2.2. El Estado como empresario en este ámbito: cumplimiento de los atributos propios del empresario. Realización de actividad empresarial directa e indirecta. Referencia al caso del terminal terrestre de pasajeros de Trujillo

Cabe recordar que, para definir al empresario encargado de realizar la actividad empresarial, debemos tomar como punto de partida la definición aportada por el Derecho Mercantil de lo que es la empresa. Esta se define como la combinación de capital y trabajo organizados por el empresario con el objeto de generar bienes y servicios necesarios para el mercado.

Joaquín Garrigues en su obra “Curso de Derecho Mercantil” establece: “[que], teniendo en cuenta la visión económica, la definición de compañía no contemplar algún tipo de dificultad, sino que un empresario diría que es un grupo de bienes (cosas, derechos, ejercicios) constituidos con fines de lucro”³⁶

En ese sentido, cabe indicar que empresa es una organización patrimonial destinada a servir de medio al empresario para desarrollar una actividad económica para la obtención de una finalidad que puede ser lucrativa o no lucrativa, independientemente de ello, se trata de la integración de ambos elementos mencionados (capital más trabajo), de modo tal que se pueda desarrollar dicha actividad.

³⁶ GARRIGUES, J (1974). Curso de Derecho Mercantil. Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A, p. 166.

Una vez se ha definido lo que es una empresa, corresponde definir la noción de empresario por quien se entiende todo sujeto de derecho, pudiendo ser este una persona física o una persona moral, que cuenta con capacidad legal para producir de modo profesional en un rubro de la economía un bien y/o servicio y colocarlo en el mercado, combinando el capital que utiliza como recurso para la producción y su trabajo.

En este sentido, Alberto Bercovitz Rodríguez – Cano, en sus “Apuntes de Derecho Mercantil” establece:

*“La empresa es una organización de diversos elementos, pero no tiene personalidad jurídica. Por ello, para poder actuar en el tráfico necesita vincularse a un sujeto jurídicamente autónomo, esto es, un sujeto con capacidad jurídica y capacidad de obrar, que será quien realice los actos y negocios jurídicos”.*³⁷

Este es el dueño de la empresa y tiene capacidad legal. Por lo tanto, cuando se dice que un negocio está sujeto a derechos y obligaciones, en realidad se hace referencia al propietario del negocio que tiene derecho a asumir derechos y obligaciones. Para ser tal empresario, debe poseer un conjunto de bienes muebles, tangibles e intangibles destinados a producir bienes o prestar servicios en el mercado con el propósito expreso de generar dinero.

De otro lado, resulta importante también mencionar que el empresario cuenta con una serie de atributos que lo identifican como tal, los cuales son los siguientes: (i) gestionar él mismo su negocio; (ii) aceptar los riesgos que por distintas causas pueden materializarse en la actividad económica que

³⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, A (2003). Apuntes de Derecho Mercantil. Cuarta edición, Editorial Thomson Aranzadi, pág. 124.

desarrolla; y (iii) participar de los rendimientos que genera el negocio, pero también de las pérdidas.

En relación con la gestión del negocio, en las empresas unipersonales son las mismas personas naturales las que se encargan de esta actividad mientras que en las personas jurídicas hay órganos que realizan esta actividad en beneficio del empresario. Lo característico de este atributo es que sea ejercido directa o indirectamente (a través de un administrador, representante, gerente u órgano) se realiza siempre en interés de quien o quienes en este caso tienen la calidad de empresario(s).

En el caso de una persona física que realiza actividad empresarial será esta la beneficiaria. Si se trata de una persona moral no serán los gerentes o directores los beneficiarios, sino la propia sociedad y, en última instancia, sus socios o los accionistas. En el caso de las Asociaciones en participación, los beneficiarios son tanto el asociante como el asociado, y en el caso del Consorcio los partícipes. Vale decir que los asociados o partícipes son los empresarios.

En lo referido al riesgo que asume el empresario, la realización de la actividad empresarial siempre genera la posibilidad de ganancia o de pérdida en los resultados.

Como contraprestación por los aportes realizados por los miembros de estas sociedades (o asociaciones), se establecen formas de participación diversas en las ganancias, ya sea en las utilidades (ingresos netos), resultados o en los ingresos brutos (porcentaje de la facturación).

En lo relacionado con las pérdidas existen diversas maneras de asumirlas, por ejemplo, los que hacen aportes en propiedad pueden verse afectados hasta con el embargo de sus bienes, los que hacen aportes en uso (como dar en comodato un bien por un tiempo determinado) pierden el costo de oportunidad de haber podido dedicar el bien a una actividad más productiva, que le podría haber generado rentabilidad.

Cabe preguntarse si una entidad pública (como una municipalidad), estaría ejerciendo el rol de empresario en el caso que explotara directamente o diera en concesión (explotación indirecta), la actividad de implementación y posterior puesta en marcha de un terminal terrestre de pasajeros.

En mi consideración, tales entidades públicas (Estado), bajo el escenario antes indicado sí estarían actuando como un empresario, es decir, estarían realizando actividad empresarial, al cumplir con los atributos propios de un empresario, en tanto:

- - Se encargan de la gestión del negocio directamente o se la dan a una compañía privada para su bien (“Gestión indirecta”).
- Asumen los riesgos de la empresa.
- Participan en los beneficios y sufrimiento de pérdidas que pueden ocasionarse en el desarrollo del ejercicio económico con el que se compete en el mercado.

Se podría argüir que cuando hay relaciones societarias que culminan en personas jurídicas como la Sociedad Anónima (S. A), es la persona jurídica (S. A) el empresario y no la entidad estatal. Se podría señalar entonces que, de igual modo, si la actividad económica se da en concesión a un privado,

sería el concesionario (privado) el que actúa como operador y como empresario (no siéndolo el Estado).

Sobre el particular, hay que recordar que solo se requiere que el Estado sea accionista o aportante de recursos para que se considere que él mismo es el empresario, por lo que así queda sujeto a observar las limitaciones impuestas por la ley de subsidiariedad que dispone el artículo 60 de la norma fundamental.

Vale decir que el Estado no puede ocultarse, camuflarse o excusarse señalando que constituye una persona jurídica para ese fin y que esta persona jurídica es la que realiza actividad empresarial y no él.

En esa misma línea, si existiera una persona jurídica de por medio, se puede correr el velo y destacar que lo importante, lo determinante es el rol organizador que asume el Estado, y es lo que finalmente determina la existencia de actividad empresarial estatal; con la misma razón si hay actividad empresarial del Estado cuando éste es partícipe en un consorcio, asociado en una asociación en participación o concedente de un negocio (actividad económica) que más adelante podría explotar por cuenta propia o seguir explotando mediante otro concesionario.

Para entender lo antes expuesto con mayor claridad, lo llevaremos a un caso en concreto como lo es el de las estaciones de transporte de pasajeros. Aquí, el Estado (las municipalidades) se encargan de la explotación del negocio directamente (como en el caso de la terminal de transporte de Ilo) o lo hacen de forma indirecta mediante un contrato de concesión (caso estación de transporte de Trujillo). Con el fin de hacer un análisis más detallado se ha

considerado traer a esta presentación el caso del terminal terrestre de pasajeros ubicado en la ciudad peruana de Trujillo.

En la letra del Proyecto de Contrato de Concesión³⁸ (confirmado en la versión definitiva de dicho contrato) del terminal terrestre de Trujillo se establecía que la Municipalidad de Trujillo podía dar en concesión la explotación de dicho terminal o, en su defecto, explotar directamente tal actividad económica. Así, en el numeral 15.8 literal b) se establecía que: *“producida la caducidad de la concesión (por ejemplo, por una resolución por incumplimiento del contrato), la actividad del concesionario cesa y se extingue su derecho a explotar la infraestructura del Terminal Terrestre, derecho que es asumido por el Concedente”* (Municipalidad de Trujillo). Es decir, dado ese supuesto, el Estado explotaría directamente el negocio.

Añade el mismo numeral 15.8 literal c) que: *“Al vencimiento de la franquicia, el nuevo licenciante o franquiciado por él designado será responsable de la instalación terrestre.”*³⁹. De esta manera, se reitera que el Estado (Municipalidad de Trujillo) podía continuar explotando directamente el terminal terrestre de pasajeros de Trujillo o hacerlo nuevamente en forma indirecta mediante la designación de un nuevo concesionario.

Por tanto, una vez que se dejase sin efecto el contrato de concesión por diversos motivos, el Estado (Municipalidad de Trujillo) podía decidir explotar directamente el negocio (terminal terrestre) o designar un nuevo concesionario que se encargue de la explotación del mismo, debemos

³⁸ El proyecto de Contrato de Concesión, en el numeral 15.8, literal b) señala: Producida la Caducidad de la Concesión, la actividad del Concesionario cesa y se extingue el derecho de explotar la infraestructura del TT, derecho que es asumido por el Concedente.

³⁹ El proyecto de Contrato de Concesión, en el numeral 15.8, literal c) señala: Producida la Caducidad, el nuevo concesionario designado se hará cargo del TT (...)

resaltar que en este segundo supuesto en el ínterin hasta que se diese la designación del nuevo concesionario, el municipio se encargaría, de forma directa, de la explotación del Terminal.

En efecto, esto se podía apreciar con total claridad en un contrato de concesión, como el que se dio en ese caso, donde no mediaba una persona jurídica que se encargue de la explotación del negocio.

En concordancia con lo expuesto, la Municipalidad Provincial de Trujillo dentro del procedimiento de licitación pública especial para celebrar contratos de concesión delegó la responsabilidad de llevar a cabo las fases de construcción, ejecución de las operaciones y el mantenimiento del terminal terrestre de pasajeros de la ciudad de Trujillo. Además, se comprometía a realizar un aporte de capital (aporte de un terreno), específicamente ejerciendo el derecho de uso de un terreno que formaba parte del patrimonio estatal donde se realizaría el levantamiento de las instalaciones del terminal⁴⁰ (realizaría una inversión en el negocio), ello sin perjuicio de las facilidades y garantías que se otorgarían al concesionario para la operación y explotación del terminal⁴¹.

⁴⁰ La Ley N° 26887, también denominada Ley General de Sociedades, permite que entre los aportes hayan bienes en uso, tal como se lee en el contenido del párrafo 2 del artículo 22 de la referida ley, donde expresamente se indica que “la aportación transfiere los bienes aportados como capital a la sociedad, a menos que se disponga que los bienes son propiedad de otro, en cuyo caso la sociedad solo recibe los derechos que le transfieren los accionistas”.

⁴¹ En el punto 5.10 del Anexo N° 3, sobre las bases del proceso de licitación pública que se llevó a cabo para dar en concesión el proyecto del Terminal Terrestre de Trujillo en sus distintas fases de construcción, operación y mantenimiento, se establece lo siguiente:

5.10. Garantías que la Municipalidad Provincial de Trujillo (MPT) le otorga al concesionario:

- La MPT firmará un Convenio de Estabilidad Jurídica con la persona física o moral a quien se le notifique es adjudicataria de la buena pro del concurso.
- A través de la Ordenanza Municipal N° 22 -2006-MPT, la MPT aprobará un Reglamento para la Autorización de Apertura y Funcionamiento de Terminales Terrestres en la provincia, con el fin de garantizar el estándar de calidad del proyecto.
- Para un mejor ordenamiento del transporte de pasajeros entre provincias, en cumplimiento de sus funciones, la MPT emitirá normas complementarias para regular las siguientes acciones: el ingreso y el egreso de buses de transporte interprovincial, la prohibición del uso de la vía pública para recoger o bajar pasajeros, los controles de seguridad para el embarque de pasajeros (vigencia de pólizas, alcoholemia, traslado de menores de edad sin autorización, entre otros).

Por otro lado, el privado al cual se le concediera la construcción, operación y mantenimiento del referido terminal aportaría un servicio: el cual consiste en encargarse de la gestión del negocio (actividad económica), en beneficio tanto del concedente como del concesionario.

A cambio de su aporte de capital, la Municipalidad Provincial de Trujillo tendría un porcentaje de participación sobre los ingresos brutos que se generen producto de la explotación económica del terminal, que no podrá ser menor al 10% de los ingresos totales.

Los ingresos derivados de la explotación del terminal en Trujillo, según lo dispuesto en las bases, serían:

- Ingresos que se obtienen por la prestación de servicios principales:
 - Tasa por el empleo de la rampa que utilizan los buses de transporte de pasajeros interprovincial (10%).
 - Tasa de ingreso de viajeros (10%).
- Ganancias por la prestación de servicios suplementarios (10%) como, por ejemplo: el servicio de encomiendas, el estacionamiento para vehículos privados y taxis, la seguridad interior, entre otros.
- Ingresos por la prestación de servicios conexos (10%) como, por ejemplo: los módulos de ventas, los restaurantes, las agencias de bancos, las farmacias y las cafeterías.

Vale decir, le garantiza que se respetara los términos de este contrato entre socios (convenio de Estabilidad Jurídica) y le asegura que va a regular las barreras de acceso (autorizaciones y funcionamiento de terminales terrestres) para sus competidores y además se encargará de orientar los accesos y salidas de sus clientes (transportistas).

Sobre estos ingresos la Municipalidad de Trujillo obtendría un porcentaje de participación no menor al 10%. De esta manera, no cabría duda respecto al carácter mercantil y lucrativo de esta actividad empresarial desarrollada por el Estado.

Por tanto, esta figura en el Derecho Mercantil calificaría como un Contrato Asociativo o de Colaboración Empresarial, no quedando dudas de que en ese caso estábamos ante una actividad estatal empresarial ejecutada por la Municipalidad Provincial de Trujillo, por la cual se obtenían rentas de tercera categoría (renta derivada de “negocios”).

Por consiguiente, en el referido caso materia de análisis, el Estado (Municipalidad provincial de Trujillo) aportó bienes propios (terreno) al negocio, participó en los ingresos obtenidos de las actividades empresariales y además se encargó de elegir al gestor del negocio poniéndole un marco normativo, análogo a un estatuto que regula relaciones entre socios, al hacerlo coparticipe del mismo a través de un proceso de licitación pública especial por el cual le otorga la concesión de la explotación del Terminal Terrestre de la ciudad de Trujillo.

Desde el punto de vista mercantil queda claro que el Estado en ese caso sí está realizando actividad empresarial mediante Contrato Asociativo o de Colaboración Empresarial, ocultando la actividad privada bajo la forma de una Asociación Público Privada.

De esta manera, queda totalmente claro que el Estado (municipalidades provinciales) se comporta como un empresario, de hecho es tal en el contexto de las actividades de edificación de terminales terrestres de pasajeros. Por ello su actividad debe cumplir el mandato de subsidiariedad.

2.3 La no calificación del ejercicio de desarrollo y utilización de estaciones de transporte como servicios estatales

Los juristas mexicanos de la UNAM (Universidad Autónoma de México) Luis Miguel Reyna Alfaro y Karen Ventura Saavedra en su obra “Los servicios públicos en el Perú: una visión preliminar⁴²”, obra que forma parte del acervo de la Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, definen a los servicios públicos como:

“Las actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas, creados por la Constitución o las leyes, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades que son de interés general, bien sea en forma directa, mediante concesionario, o a través de cualquier otro medio legal, con sujeción a un régimen de derecho público o privado, según corresponda”. (Subrayado agregado)

Los servicios públicos buscan satisfacer el interés común y son brindados al público en general a cambio de un pago (tarifa razonable por recibir un servicio público). Así, son considerados servicios públicos, el servicio de agua y desagüe, el servicio de luz eléctrica, etc.

⁴² REYNA ALFARO, L Y VENTURA SAAVEDRA, K (2008). Los Servicios Públicos en el Perú: una visión preliminar. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM). P.593.

Surge la pregunta respecto a si la actividad de construir y operar Terminales Terrestres de pasajeros calificaría como un servicio público. La respuesta es que NO, pues tal actividad no busca satisfacer necesidades de interés general, más bien prevalece en este caso el interés privado del empresario que invierte en dicha actividad buscando obtener ganancias (el denominado “ánimo de lucro” que acompaña a toda actividad empresarial).

De la definición de servicio público antes citada, se verifica que sólo son considerados servicios públicos los que expresamente sean reconocidos por la Ley o en la Constitución y esto no ocurre para la actividad de implementar y explotar un terminal terrestre de pasajeros. En efecto, no existe ninguna ley que reconozca a la actividad empresarial referida a construir y operar Terminales Terrestres de pasajeros como un servicio público, por lo que no puede ser considerada como tal. Tampoco se califica a esta actividad como servicio público en la Constitución.

Algunos ejemplos de servicios públicos reconocidos por ley se encuentran en la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, que en su artículo 3 dispone que los servicios de agua y desagüe son servicios públicos. De otro lado, se halla el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, que en su artículo 2 dispone que la electricidad constituye un servicio público. Asimismo, regula sobre la materia la Ley N° 28988 que en su artículo 1 reconoce su calidad de servicio público esencial a la educación brindada en los ciclos Inicial, Primaria y Secundaria denominada Educación Básica Regular (EBR), en tanto que la constitución consagra que la educación es un derecho que debe ser protegido y garantizado por el Estado.

Por lo expuesto, podemos concluir que el servicio público se puede definir como una actividad económica, que debe ser establecida por ley o por la

Constitución al tratarse de un **servicio esencial**. Sobre el mismo, el **Estado puede reservarse la titularidad**, contando con la facultad de **explotarlo directamente (por sí mismo) o indirectamente mediante un contrato de concesión**. En caso de darse en concesión un servicio público, la explotación de este estará a cargo de privados, quienes deberán pagar una contribución por ello al Estado, conservando este último la titularidad del referido servicio público.

Considerando que la edificación, ejercicio y explotación de una estación de transporte de pasajeros no constituye un servicio público, el Estado (como las municipalidades) no puede otorgar en concesión a privados la utilización del referido ejercicio económico.

2.4 La no calificación de un terminal terrestre de pasajeros como una obra pública o como un bien público

Asimismo, las obras públicas (obras de infraestructura pública) constituyen una actividad exclusiva del Estado, que pueden ser efectuadas o estar a cargo de la inversión privada a través de la modalidad denominada concesión. Lo anterior, conforme lo dispone el Decreto Supremo N° 059-96-PCM sobre las “normas legales que rigen las concesiones del sector empresarial para obras estatales, construcciones y servicios institucionales”, el cual, en su artículo 2, señala que “las concesiones son una forma de incentivar la inversión privada en infraestructura y obras estatales de servicios públicos”.

Entiéndase por *obras públicas* las **actividades que realiza el Estado con el propósito de contribuir con una mejora o ampliar el alcance de la cobertura de una necesidad en la sociedad, pudiendo darse ese aporte en distintos ámbitos que impactan lo social**. La forma como se financian

las obras públicas es mediante la asignación y destinación, a la ejecución de dichas obras, de los fondos públicos que forman el patrimonio del Estado, los cuales se obtienen por medio de los recaudados que capta el gobierno mediante el pago de impuestos y tributos de los ciudadanos. Estas obras **no tienen, por tanto, por definición, afán de lucros**. Lo que quiere decir que ni los agentes del gobierno ni entre sus dependencias se pueden repartir los recaudos a título personal, aun cuando se diga que estos fondos son patrimonio del Estado, dado que el objetivo del Estado y la imposición de la tributación como deber ciudadano no es generar ganancias financieras, **sino prestar un servicio útil a la comunidad**.

Teniendo en cuenta la definición anterior, son consideradas obras de carácter público las siguientes: la construcción de carreteras, puentes, centros penitenciarios, hospitales, calles, instalaciones de alumbrado público, entre otras financiadas o promovidas por la administración pública.

Sin embargo, **los terminales terrestres no son per se obras públicas, porque no constituyen un bien de necesaria titularidad del Estado ni su actividad califica como exclusiva de este.**

Por otro lado, no se puede decir que la construcción de terminales son obras públicas, pues es evidente que, en la actividad de implementación y explotación de este tipo de infraestructuras, cuyo uso es exclusivo para el transporte terrestre de pasajeros, se persigue un **evidente afán de lucro. Por tanto, no existe un fin social que justifique la realización de tal obra.**

Además, debemos tener en cuenta que en a lo largo del país existen varios terminales terrestres que fueron construidos y son operados por privados, por lo que podemos concluir que la actividad referida a la construcción,

operación y mantenimiento de terminales terrestres es una actividad que puede ser realizada perfectamente por empresas privadas.

En conclusión, **el terminal terrestre como infraestructura realizada no califica como una obra pública.** Por tanto, si el Estado (municipalidades) pretende realizar actividad empresarial como es la construcción de un terminal terrestre (como infraestructura), debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución que establece el mandato de subsidiariedad.

Por otro lado, existen bienes de dominio público y de dominio privado del Estado, los **bienes de dominio público** son aquellos sobre los cuales el Estado ejerce una titularidad especial, teniendo la condición de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

El artículo 73 de la carta magna peruana estableció que: **“La propiedad de dominio público es inviolable e intransferible. Los bienes estatales pueden ser transferidos a personas naturales bajo la ley para uso económico”**.

En efecto dentro de los bienes de potestad estatal están los que son reservados para el uso exclusivo de funciones del Estado (***bienes afectados al servicio público***), por ejemplo, el Palacio de Gobierno, las escuelas, hospitales, las bases militares, las embajadas, los cuarteles, los museos, los cementerios y otros bienes que se utilizan para desarrollar actividades o prestar servicios en cumplimiento de la responsabilidad y las obligaciones estatales.

Existen otros bienes que siendo de dominio público se permite su uso público, estos son los denominados ***bienes estatales destinados al uso***

público. Algunos de estos bienes son: las calles, las plazas, los caminos, los puentes, los muelles, los parques y cuantas obras hayan sido hechas para el goce y beneficio común de la colectividad.

Por su naturaleza, como bienes estatales, propios de un territorio y consecuentemente de la colectividad, los *bienes de dominio y uso público* son de carácter **inalienable e imprescriptible**. Ahora bien, aunque la dirección y mantenimiento de estos bienes pertenece a una empresa pública, cabe aclarar que de acuerdo con lo determinado en la carta magna peruana, estos bienes pueden ser dados en concesión a particulares por medio de la firma de un contrato para su aprovechamiento económico. Lo anterior sucede en el caso, por ejemplo, de carreteras, puentes, plazas, penales, parques, caminos y recursos naturales; un caso muy puntual es el de la ciudad inca de Machu Picchu, la cual también es considerada un bien de uso público.

El terminal terrestre no es un bien del Estado de uso público, es un bien de titularidad privada que puede ser explotado comercialmente por privados para atender a su público objetivo (clientes).

Los terminales terrestres pueden ser perfectamente creados, explotados, mantenidos por privados, así mismo, se puede dar la transferencia de estos bienes entre agentes privados.

Los Terminales Terrestres de pasajeros, por tanto, no pueden ser considerados dentro de esta lista referida a bienes de uso público, pues son susceptibles de propiedad privada, de uso exclusivo para su titular y no se requiere que el Estado se los conceda.

Al no ser la actividad económica de implementación y explotación de un terminal terrestre un servicio público ni poder ser considerado en sí mismo (como infraestructura) una obra pública ni un bien público y, por ende, no poder ser ni una actividad ni un bien donde el Estado se deba reservar la titularidad de la misma, no se justifica el hecho de que mediante un proceso de licitación pública el Estado ceda la directa gestión temporalmente a un privado.

Nos encontramos así ante un caso que constituye una actividad económica en la que concurren los agentes privados para participar en ella y en la que se debería excluir al Estado como socio, inversionista, partícipe, asociante, asociado, concedente o concesionario al tratarse de una actividad empresarial en la que lo principal es obtener rendimientos, por lo tanto, es claro su fin de lucro.

2.5 El necesario cumplimiento por parte del Estado de los criterios determinados en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI para poder intervenir en este ámbito empresarial

Habiendo determinado, con base en el derecho mercantil, que la implementación y utilización de estaciones de transporte se puede considerar un ejercicio empresarial en la cual se considera como ejecutor al aparato estatal y que bien podría ser desarrollada por empresas del sector privado, corresponde hacer el análisis de subsidiariedad. De esa manera se podrá determinar si puede considerarse lícito el hecho de que el Estado, a través de una municipalidad, realice una actividad empresarial subsidiaria y si ello constituye o no competencia desleal.

Para ello hay que tomar en cuenta los límites que fija el principio de subsidiariedad recogido en la ley fundamental del Estado peruano, en su artículo 60. Estos límites son los siguientes:

- (i) **Se debe habilitar por ley expresa el desarrollo de la actividad empresarial estatal.**
- (ii) **Se debe verificar que el ejercicio empresarial ejecutado por el estado es, en efecto, de carácter subsidiario.**
- (iii) **Se debe constatar que la finalidad del ejercicio empresarial del Gobierno es de interés público o conveniencia nacional.**

A partir de lo anterior se afirma que el Estado únicamente puede realizar actividad empresarial subsidiaria según las disposiciones dadas por la ley subsidiariedad, instaurada en el artículo 60 de la carta magna, la cual indicaba que “El Estado no podrá realizar directa o indirectamente actividades comerciales en aras de grandes intereses públicos o nacionales, salvo que así lo establezca claramente la ley”. (Subrayado agregado)

Derivado de la interpretación del principio se tiene que la intervención estatal a nivel empresarial constituye claramente un caso de excepcionalidad, conclusión que es respaldada por los fundamentos económicos que sustentan el modelo de economía social de mercado, el cual ha sido acogido como régimen económico de la nación por la ley fundamental del Estado peruano.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en el contenido del fundamento jurídico 23 de la Sentencia 008-2003-AI/TC donde explica que “*Cabe recalcar que la intervención de las instituciones estatales en el ámbito económico, por prolongada o profunda que sea, no sólo debe limitar la libertad de acción de los individuos, sino también asegurar la difusión de esa libertad de acción y de los derechos humanos básicos*”.

También se toma en cuenta el análisis que hizo la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, el cual plasmó en el contenido de la **Resolución N° 3134-2010/SC1-2008/CCD (Precedente de Observancia Obligatoria – Caso El Rancho II)**, con el objetivo de comprender si el ejercicio de la actividad institucional de índole empresarial se adecúa o no al principio de subsidiariedad.

La Resolución N° 3134-2010/SC1-2008/CCD configura así inicio de la vigilancia obligatoria, donde la Sala explicó en qué consistía el ejercicio empresarial cuando es efectuado por el Gobierno, entendiendo por esta actividad aquella actuación en la que el Estado lleva a cabo un proceso de elaboración, repartición, adelanto o permuta de un bien o servicio, **siempre que se cumpla la condición de que la acción no configure el ejercicio de *ius imperium* ni una prestación de asistencia**. Además, señala la Sala, la actuación no deberá desarrollarse con ánimo de lucro y ha de ser independiente de la manera jurídica del prestador del producto o servicio.

➤ **Actividad empresarial del Estado y actividad estatal de autoridad**

Por tanto, la noción de *ejercicio empresarial* debe tener una diferencia de lo que se denomina “*ejercicio institucional de autoridad estatal*” que realiza el Estado en el ejercicio de sus funciones dentro del marco de atribuciones

soberanas para las cuales está habilitado. La titularidad del ejercicio institucional de autoridad estatal es, por consiguiente, exclusiva del Estado, manifiesta en las funciones que desarrolla, tanto las de carácter legislativo como las de carácter ejecutivo y judicial como son la publicación de reglas y el manejo de los sistemas de justicia y defensa, o la concesión de títulos habilitantes.

Para un mayor entendimiento de este primer filtro, para distinguir la actividad estatal empresarial de otra actuación de tipo económica realizada por el Estado que no lo es, se hace referencia a un ejemplo concreto: el proceso de licitación pública para otorgar el contrato de concesión para construir, operar y hacer el respectivo mantenimiento de la infraestructura del terminal terrestre ubicado en la ciudad peruana de Trujillo. Con respecto a este caso, *prima facie*, podríamos afirmar que nos encontramos frente a una actividad estatal de autoridad y no frente a un ejercicio empresarial ejecutado por el Gobierno.

Esto en virtud que la Municipalidad Provincial de Trujillo se reserva la titularidad pública de esta actividad y mediante una concesión (título habilitante) otorga la gestión de la misma a privados.

Al respecto, debemos señalar que una de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos es la **concesión**, figura mediante la cual, la Administración permanece como titular del servicio, pero encomienda su explotación a un particular. Ello, conforme ya fue explicado a detalle líneas arriba.

Sin embargo, en este caso, a diferencia de lo que sucede con las concesiones, no se da una transferencia temporal de un servicio de

titularidad pública (servicio público), sino de una actividad que podría ser prestada y viene siendo prestada por diversas empresas privadas (edificación, operación y mantención de la construcción del Terminal Terrestre de Trujillo).

A lo anterior habría que sumar que ni en la ley ni en la Constitución se prevé que las actividades referidas a implementar y explotar un servicio con las mismas características del transporte de viajeros, que es un servicio estatal.

En razón de lo expuesto, no se justifica el hecho de que mediante un proceso de licitación pública el Estado ceda la gestión de dicha actividad a un privado.

Podemos concluir entonces que **la actividad económica de construcción y posterior operación de una estación de transporte de viajeros no constituye un ejercicio estatal de autoridad pública,** por lo tanto, se podría afirmar que se trata de una actividad empresarial estatal.

Lo que corresponde ahora es determinar si la antes referida actividad constituye o no una actividad prestacional de bienes y servicios requeridos con fines sociales.

➤ **Actividad empresarial del Estado y Prestaciones con fines asistenciales**

Por otro lado, partiendo de lo estudiado hasta aquí cabe aclarar que la prestación de bienes y servicios con fines sociales por parte del Estado tampoco constituye una actividad empresarial estatal. Una actividad

empresarial es la que configura el caso concreto de la edificación, ejercicio y reparación del servicio de transporte terrestre de pasajeros como el que realiza la terminal de transporte de Trujillo, la cual es evidente que no es requerida con fines sociales.

Varias resoluciones, emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, muestran que la principal característica que distingue **los servicios asistenciales** de los lucrativos es que los primeros **son prestaciones que brinda el Estado a la sociedad, por mandato constitucional, en cumplimiento del deber ineludible que tiene de asegurar el acceso de los particulares a esos bienes y/o servicios que son objeto de la prestación, al no tener estos los recursos necesarios para acceder a ellos.**

Dentro de esa prestación de productos y servicios que el Estado peruano tiene la obligatoriedad de brindar a los particulares se encuentran las que aparecen en el título I del capítulo II del texto constitucional. Estas prestaciones corresponden, principalmente, al provisionamiento de los servicios de salud, acceso a la educación y garantías en materia de seguridad social en niveles mínimos.

Por tanto, al no estar frente a una actividad estatal de autoridad ni frente a una actividad prestacional requerida con fines sociales, partiendo del análisis del INDECOPI en la resolución que es precedente de observancia obligatoria, podemos concluir que estamos frente a una actividad empresarial que es llevada a cabo por el aparato estatal.

Bajo el supuesto descrito en el caso en estudio de la estación de transporte de Trujillo, el Estado encargó toda la labor de edificación, ejercicio y

reparación de dicho terminal a un privado, a través de un proceso de licitación pública especial. **El Estado en este caso si está realizando actividad empresarial más no de forma directa sino a través de una gestión indirecta encargada a terceros privados.**

Habiendo determinado los términos en los que se considera existe una actividad estatal de tipo empresarial, acorde con los lineamientos dados por el INDECOPI, pasaremos ahora a determinar si en este caso se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 60 constitucional, para así esclarecer si el Estado peruano se encuentra habilitado para ejecutar la actividad empresarial en comento sin que ello signifique una afectación del principio de subsidiariedad.

De lo contrario, se está ante la práctica de la competencia desleal por actividades comerciales no gubernamentales contraria a la ley, lo que también es contrario al artículo 60 de la Constitución.

- **Estudio del cumplimiento de los requerimientos definidos por el principio de subsidiariedad**
- ***La actividad estatal empresarial debe ser habilitada por la emisión de una ley expresa***

Partiendo del contenido de las sentencias dictadas por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, es dable decir que la ley autoritativa requerida por la norma fundamental hace referencia a una ley que debe contar con la aprobación del Congreso.

Por tanto, no se cumplirá con el requisito formal que se solicita con fundamento en el artículo 60 constitucional, toda vez que las actividades estatales de índole económico estén autorizadas por una ordenanza de rango o norma que es una herramienta diferente a la emitida por el parlamento, pudiendo ser estas un decreto de urgencia o legislativo, o bien una ordenanza regional o Municipal, por mencionar algunas.

En vista de los posibles incumplimientos de lo requerido, se ha trabajado por esclarecer cuál deber ser la correcta interpretación del artículo en comento. Así, se ha llegado a identificar varias razones que permiten justificar que la premisa de que **la habilitación de la actividad estatal de tipo empresarial debe darse únicamente por expedición de una norma desarrollada por el Congreso** es la interpretación más adecuada del requisito formal contenido en el artículo 60 constitucional.

Esta interpretación halla su justificación en los proferimientos que el mismo Tribunal Constitucional ha hecho en las sentencias del 15 de febrero de 2005 (Exp. No. 0034-2004-PI/TC) y del 14 de marzo de 2007 (Exp. No. 0019-2006-PI/TC), específicamente en sus fundamentos jurídicos 31 y 26 respectivos. En ellos el colegiado expresó que *“El artículo 60 de la Ley Orgánica estableció una reserva absoluta de ley que permite al Estado desarrollar actividades comerciales exclusivas y subsidiarias, lo que significa ‘reserva absoluta de ley’ que requiere su promulgación por el Congreso.”*

Podemos concluir entonces que la imposición de habilitación de la actividad estatal empresarial por ley expresa solo puede interpretarse como una autorización explícita que se halla en el contenido de una ley que únicamente puede ser expedida por el Congreso. Lo anterior es un requisito aplicable a

todas las actividades estatales de índole empresarial que deben observar tanto las instituciones estatales en el contexto de FONAFE como cualquier otra entidad del Estado, así como los gobiernos de los distintos niveles (local, **municipal**, provincial y distrital) junto con los organismos públicos descentralizados y las organizaciones empresariales adscritos a estos.

Una vez se ha establecido qué se entiende por *ley* debemos definir lo que en este marco se entiende por *expresa*. En ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI señala que el contenido de **dicha ley que expide el Congreso debe expresar de manera explícita que el Estado está autorizado para desarrollar la actividad, sea mediante el procedimiento de producción de productos y servicios, el intercambio de estos u otra modalidad.**

En el caso específico del procedimiento de licitación pública para otorgar el contrato de concesión para construir, operar y hacer el respectivo mantenimiento de la infraestructura del Terminal Terrestre de Trujillo, dicha actividad empresarial no viene autorizada por una norma con rango de ley que cuente con la aprobación previa del Congreso. En efecto, **cuando se hace la revisión del marco legal en el cual se fundamenta el proceso de licitación pública especial para otorgar la concesión para construir, operar y hacer el mantenimiento del terminal de transporte terrestre de pasajeros de Trujillo no es posible deducir qué norma expedida por el Congreso autoriza a Trujillo a ejecutar tal ejercicio económico empresarial.**

En virtud de lo expuesto se corrobora que la actividad de implementar y explotar el servicio de transporte terrestre de pasajeros como el prestado por el Terminal Terrestre municipal de Trujillo no completa el primer

requerimiento impuesto por el texto constitucional, dado que no estaba habilitado por ley expresa.

- ***El ejercicio empresarial del Estado debe ser subsidiaria***

Siguiendo con el análisis realizado por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI a través del precedente de observancia obligatoria antes citado, debemos entender por **subsidiariedad** la circunstancia en la que se **acepta que el Gobierno desarrollo el ejercicio empresarial en razón a la falta de oferta privada, o a la insuficiencia de esta, para cubrir la demanda o una necesidad en un nicho de mercado.**

De modo que no se podrá hablar del cumplimiento de un rol subsidiario toda vez que se verifique que la oferta privada, tanto real como potencial, puede cubrir la demanda de ese nicho de mercado o de un mercado más amplio y relevante. Como parte del desarrollo de este segundo requisito de que el ejercicio empresarial debe ser subsidiario, debemos:

- a. Primero, determinar el mercado relevante.
- b. Posteriormente, evaluar si la actividad estatal es de carácter subsidiario o no.

a. Determinación del mercado relevante

Para saber si la actividad estatal es subsidiaria de la actividad privada la primera acción que corresponde llevar a cabo es determinar cuál es el mercado relevante. La segunda acción que procede será la evaluación de la oferta privada real disponible para esclarecer si la empresa privada puede ampliar la cobertura de la demanda que atiende para asumir la cobertura de la demanda atendida por la empresa estatal.

Dado el caso de la oferta privada no pueda cubrir la demanda atendida por el Estado, es preciso analizar la posibilidad de que exista una oferta privada potencial que pueda hacerlo, tomando en consideración las barreras existentes para ingresar al mercado. Así, si hay nuevos competidores privados entrando al mercado, o existe la posibilidad de que lo hagan, estos podrán cubrir la demanda y no será necesaria la intervención empresarial del Estado.

Con lo anterior queda en evidencia la importancia de determinar el mercado relevante en esta primera etapa de análisis, puesto que así la empresa estatal puede identificar a los competidores directos, dado el caso, claro está, de que en el mercado participen empresas privadas.

Cabe anotar que para el análisis se puede tomar en cuenta la previsión legal contenida en las normas de libre competencia, donde se encuentra una definición de lo que debemos entender por mercado relevante. Esta previsión la contempla el Decreto Legislativo 1034, por medio del cual se aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en su artículo 6 donde se menciona que el mercado relevante:

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

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.

6.3 El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante”.

En el caso que es materia del presente trabajo, el mercado relevante lo constituye: como **mercado de producto**, el servicio (el ejercicio económico) de ejecución, operación y aprovechamiento de estaciones terrestres de pasajeros (producto/servicio relevante) y sus sustitutos (terminales aéreas) y el **mercado geográfico** lo constituyen las zonas como Lima y Arequipa, donde existen agentes privados capaces de asumir el servicio que constituye el mercado de producto (producto/servicio relevante).

Respecto al **mercado de producto** es sustituto de este, los terminales aéreas (aeropuertos) a través de los que se brinda el servicio de transporte aéreo (sustituto del transporte terrestre). En efecto, con el ingreso al mercado de las aerolíneas “low cost”, el transporte aéreo se ha convertido en un sustituto idóneo del transporte terrestre brindado por empresas de transporte interprovincial de pasajeros, en tanto los precios ahora son muy similares para ambos servicios y cubren las mismas rutas (destinos) nacionales.

En lo referente al **mercado geográfico relevante**, este está constituido por las zonas de Lima y Arequipa, desde donde podrían ingresar al mercado de Trujillo (no existen significativas barreras de acceso), empresas de transporte terrestre interprovincial con recursos suficientes para encargarse de la implementación, operación y explotación de un gran terminal terrestre de pasajeros en dicha ciudad.

Un claro ejemplo de ello, es la empresa CORATTSA, cuya sede se encuentra en la ciudad de Arequipa⁴³, ciudad en la cual implementó un gran terminal terrestre interprovincial de pasajeros que opera de forma eficiente. Dicha empresa contaba con los recursos necesarios y estaba interesada en

⁴³ Calle Arturo Ibañez Nro. S.N Interior. E - 2B, Terminal Terrestre (Segundo piso pabellón E) Arequipa - Arequipa - Jacobo Hunter.

implementar un terminal terrestre interprovincial de pasajeros privado en Trujillo.

Por tal motivo es que justamente CORATTSA se veía perjudicada por las actividades de competición ilegal en los que venía incurriendo la Municipalidad de Trujillo al realizar indirectamente actividad empresarial no subsidiaria (actividad de construcción y explotación de una estación de transporte interprovincial de viajeros).

b. Evaluación del carácter subsidiario de la actividad estatal de tipo empresarial

Se pueden distinguir tres (3) escenarios: en el primer escenario se contempla la participación de más de una empresa del sector privado que no están vinculadas y una empresa o entidad del Estado, en el segundo escenario se supone la participación de un privado y una entidad del Estado, y en el tercer escenario únicamente se contempla la existencia de la empresa del Estado.

Resulta relevante a efectos del caso que es materia del presente trabajo, como lo es el procedimiento de licitación pública para el permiso de la estación de transporte de Trujillo, centrar el análisis en el primer escenario.

Escenario 1: participa más de una empresa del sector privado que no están vinculadas y una empresa o entidad del Estado.

Al cumplirse esta primera condición en la que **en un mercado existe más de una empresa del sector privado establecida que no está vinculada la una a la otra**, es lícito decir, en calidad de presunción legal relativa, que **la competencia se da en igualdad de condiciones y que, por tanto, dichas**

circunstancias de competitividad son adecuados. En ese caso, la concurrencia privada se puede ampliar hasta el punto en que puede satisfacer la demanda, por lo que se restringe automáticamente la intervención empresarial del Estado.

Si la entidad estatal pretende desvirtuar la presunción legal, entonces deberá presentar evidencia que permita corroborar que los competidores privados no poseen las condiciones que se requieren para cubrir la demanda que se liberaría en el mercado si por lo menos una de ellas llegase a retirarse de la competencia. Siendo así, si para las compañías privadas no es viable cubrir la posible demanda liberada que ha asumido la entidad estatal, esta deberá probar la presencia de barreras que obstaculizan e impiden la entrada de nueva oferta privada que pueda asumir la demanda que ella pasa a cubrir.

En el caso concreto de la licitación pública que se realiza para otorgar el contrato de permiso de edificación de la estación de transporte de Trujillo, se evidencia que **la Municipalidad de Trujillo aún no ha demostrado que los privados no se pueden encargar de la implementación y explotación del terminal terrestre de dicha ciudad.**

Al hacer el respectivo análisis de la dinámica del mercado se observa que la prestación de dicha actividad está a cargo de privados, y se considera que por el nivel de cobertura actual del servicio esta puede seguir siendo realizada perfectamente por las empresas del sector privado.

En efecto, conforme se verifica en el **Registro de Terminales Terrestres y estaciones de ruta de transporte de personas autorizados por la DGGT – MTC** (se adjunta como anexo al presente trabajo), en el año 2013 existían varios terminales terrestres, debidamente autorizados por el MTC, que

operaban en Trujillo, destacando los terminales de OLANO, EMTRAFESAC, ITTSA, CRUZ DEL SUR, TRC, TRANSPORTES EL DORADO, EMPRESA DE TRANSPORTE FLORES y TRANSPORTES LINEA.

Tales empresas para poder operar y prestar el servicio de transporte nacional de pasajeros debían necesariamente contar con un terminal terrestre autorizado o contratar los servicios de uno. Este es un requisito indispensable de acceso dispuesto en el Reglamento Nacional de Administración de Transporte (Decreto Supremo N° 017-2009-MTC) para poder brindar la antes referida actividad.

Estos terminales privados no tenían que ser de la misma escala o magnitud que la estación de transporte de Trujillo, en tanto cumplieran con todos los requisitos dispuesto por el MTC, a efectos de poder brindar de forma idónea la asistencia de transporte terrestre de viajeros, como efectivamente lo venían realizando (la oferta privada satisfacía plenamente la demanda del servicio de transporte terrestre, no justificándose una intervención empresarial no subsidiaria de parte del Estado).

Sin perjuicio de lo expuesto, sí existía una empresa privada capaz de construir un terminal terrestre de la misma magnitud que el de la Municipalidad de Trujillo, como lo es la empresa CORATTSA, quien cuenta con un gran terminal terrestre interprovincial en Arequipa.

Justamente fue CORATTSA quien terminó denunciando ante Indecopi a la Municipalidad de Trujillo por verse potencialmente afectado por el hecho de competición ilegal con la infracción de las leyes, que fue practicado por la municipalidad al realizar actividad empresarial no subsidiaria.

Asimismo, la **Municipalidad Provincial de Trujillo no ha acreditado la existencia de barreras de acceso sustantivas que impidan el ingreso de nuevos proveedores al mercado.**

En virtud de lo expuesto, no queda demostrado que la actividad de implementación y explotación de un terminal terrestre de pasajeros sea subsidiaria. Por lo tanto, se afirma que esta actividad empresarial llevada a cabo por el Estado incumple el segundo requisito establecido por el precepto constitucional referido al mandato de subsidiariedad.

- **La finalidad de realizar el ejercicio empresarial debe relacionarse con el interés estatal o de competencia a nivel país.**

Con respecto al tercer requerimiento impuesto por el texto constitucional, en su artículo 60, que habilita el ejercicio de la actividad estatal de tipo empresarial, se ha dicho que es necesario que el propósito de esta responda al interés estatal o a la competencia a nivel país, nociones jurídicas que aún no se encuentran definidas en la ley fundamental del Estado peruano.

Dado que la determinación de lo que corresponde entender por *interés estatal o de competencia a nivel país*, escapa a la competencia del Indecopi, le concierne al Congreso peruano dictar el contenido de estas nociones, con oportunidad de emitir la ley expresa por medio de la cual habilita al Estado la ejecución de la actividad empresarial.

En este caso, **al no estar claramente definida la ley expresa de carácter autoritativo que habilita la actividad estatal empresarial, es decir, al ser inexistente, no es posible determinar si en el contenido de la misma**

norma se define lo que ha de entenderse en términos generales por los conceptos jurídicos de importante interés estatal o de competencia en el país, para aplicarlos en el análisis de cada caso en particular, los cuales son las condiciones que enuncia el último requisito que permite el desarrollo del acto estatal de tipo empresarial.

En efecto, no existe una ley autoritativa dada por el Congreso de la República que justifique la realización de la actividad empresarial de implementación y explotación del sistema de transporte terrestre de pasajeros como el prestado por el Terminal Municipal de Trujillo. Y al no existir tal ley tampoco puede hablarse de la existencia de las nociones jurídicas de *alto interés público* y *manifiesta conveniencia nacional* en la actividad empresarial realizada por el Estado en el caso en estudio, porque no se puede elucidar su definición que debiera aparecer contenida en la misma ley.

En virtud de lo expuesto, en este caso tampoco se cumple con lo dispuesto en el tercer requisito contenido en el texto constitucional, concretamente en su artículo 60, donde se regula la actividad estatal de tipo empresarial subsidiaria, por no poder verificar que en última instancia el objetivo de la actividad empresarial de implementar o explotar un terminal terrestre de pasajeros responde a los pensamientos estatales o de competencia del país.

Tal como se ha podido verificar del análisis desarrollado, la actividad económica realizada por el Estado (Municipalidad provincial de Trujillo) de implementar y explotar un terminal terrestre de pasajeros de manera indirecta (al dar en concesión la realización de tal actividad) vulnera el mandato de subsidiariedad dispuesto en el artículo 60 de la carta magna de la nación, lo que constituye a la vez, una actividad competencia ilegal, que implicaba el incumplimiento de las leyes.

Ahora bien, podría afirmarse que la iniciativa del municipio de Trujillo con el otorgamiento del permiso de edificación, desarrollo y reparación de la estación terrestre de pasajeros, tenía como interés público la “racionalización y mejora del servicio de embarque y desembarque de pasajeros en tal ciudad, debido al incremento del ingreso y salida de pasajeros.” Es decir, con el terminal terrestre interprovincial de pasajeros se buscaría el “ordenamiento urbano de la ciudad”. Ello, se establece así en el Anexo N° 3 de las “Bases de la Licitación Pública Especial para la entrega del permiso de edificación, desarrollo y vigilancia de la estación de transporte de Trujillo”.

A mayor abundamiento, mediante la apelación interpuesta por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Trujillo contra la Resolución N° 018-2013/CCD-INDECOPI que indicó INSTITUIDA la acusación interpuesta por CORATTSA, con la que se iniciaron los procesos judiciales contra el gobierno municipal correspondiente por violación de normas y competencia desleal, se pretende sustentar como supuesta justificación o fin público perseguido, lo siguiente: “Para los puertos interiores, las mejores prácticas internacionales sugieren que la centralización de servicios es posible en cualquier contexto social, político y económico, y esta centralización trae enormes beneficios para los participantes, a diferencia de un modelo distribuido”. Se afirma, además, que “debido a que las empresas de transporte se concentran en un solo amarre, la calidad del servicio mejora significativamente no solo al estar regulados y seguir normas laborales específicas, sino también a través de la competencia, en igualdad de condiciones con otras empresas, las normas de calidad y la atención a los usuarios, que se ven incrementadas por este”.

Sobre el particular, corresponde señalar que el “fin público” perseguido por la Municipalidad de Trujillo no justifica una completa omisión de la prueba de subsidiariedad dispuesto por el Indecopi, a efectos de justificar una intervención empresarial del Estado en cierto mercado.

En efecto, el Estado (Municipalidad de Trujillo) no podía desarrollar ejercicios empresariales (de forma indirecta con el otorgamiento de la concesión) que no resulta subsidiaria, en tanto: (i) no se cuenta con ley expresa autoritativa, (ii) no cumple el mandato de subsidiariedad (se trata de una actividad que puede ser prestada perfectamente por los privados); y, (iii) no responde a un interés público o razones de alta conveniencia nacional.

Asimismo, la concesión de la construcción y operación del terminal terrestre municipal centralizado, contrariamente a lo alegado por la Municipalidad de Trujillo, sí termina limitando la libre y leal competencia en el mercado. Ello, en tanto tal terminal es EXCLUSIVO y EXCLUYENTE, es decir, está orientado a que el sistema de transporte entre provincias de pasajeros en Trujillo única y exclusivamente sea prestado a través del terminal terrestre municipal, lo cual termina afectando gravemente la competencia efectiva⁴⁴.

En realidad, la Municipalidad provincial de Trujillo debía asegurar una efectiva promoción de la inversión privada, dando un marco regulatorio que incentive a los privados a invertir en la edificación y utilización de estaciones de transporte para garantizar el completo desarrollo del sistema de transporte

⁴⁴ Para lograr que el terminal terrestre municipal en Trujillo sea exclusivo y excluyente, la Municipalidad provincial de Trujillo dictó una serie de Ordenanzas, como la Ordenanza N° 035-2013-MPT que establece como zona única para la ubicación de terminales terrestres a aquella donde se ubica el terminal terrestre municipal (excluyendo las demás zonas urbanas) y la Ordenanza N° 036-2013-MPT que dispone como zona de acceso restringido para el ingreso y circulación de vehículos que brindan el servicio de transporte interprovincial de pasajeros a la zona del segundo anillo vial de Trujillo (en la que se encuentran varios terminales terrestres operados por privados).

de pasajeros interprovincial en igualdad de condiciones. Al existir una mayor oferta del servicio entre provincias prestado de forma idónea, los consumidores tendrían mayores opciones a elegir, según sus necesidades (mejor combinación de precio y calidad del servicio).

Por tanto, la solución al “problema público” que plantea la Municipalidad Provincial de Trujillo tenía opciones alternativas de solución (no solo el otorgamiento de permiso de edificación y explotación de una única estación terrestre municipal de pasajeros), las cuales no terminarían por afectar la competencia en el mercado (el Gobierno no rivaliza en equivalencia con las entidades privadas) y que resultarían respetuosas del mandato constitucional de subsidiariedad aplicado a la actividad empresarial del Estado.

2.6 Análisis de los pronunciamientos por parte del Indecopi en el caso de la estación de transporte municipal de Trujillo: resoluciones de primera y segunda instancia administrativa

Con la expedición de la Resolución de primera instancia N° 018-2013/CCD-INDECOPI, del 6 de febrero del 2013, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal de Indecopi, con buen criterio, declaró que se aceptaba la VALIDEZ DE LOS FUNDAMENTOS de la demanda impuesta contra el municipio del distrito de Trujillo por su participación en competencia ilegal versa sobre la forma de violar las normas, sin tener en cuenta las condiciones del precepto constitucional del artículo 60. Asimismo, se le ordenó como medida correctiva la INTERRUPCIÓN DEFINITIVA E INMEDIATA de los actos enfocados en la maniobra y desarrollo de una estación de transporte interprovincial en la ciudad de Trujillo, como también de su concesión en razón al incumplimiento de las cláusulas establecidas en el artículo 60 de la ley fundamental del país.

Así, por medio de la referida resolución de primera instancia la CCD estableció que, si bien la construcción, ejercicio y sustento de la estación de transporte de pasajeros sí configura una acción empresarial, dado que en ella no se implicaba el ejercicio de las atribuciones soberanas del Estado ni podía considerarse su finalidad como una prestación asistencial, correspondía que fuera realizada excepcionalmente por el Estado siempre y cuando este cumpliera con los requisitos impuestos por el artículo 60 constitucional.

Con lo expuesto hasta aquí, y de acuerdo con el criterio de la Comisión, se puede concluir que en la normatividad peruana no hay una norma que faculte al municipio de Trujillo efectuar el ejercicio empresarial referido, habiéndose constatado que el concesionario venía construyendo el terminal en cuestión, a efectos de operarlo y mantenerlo durante el tiempo que durase el contrato de concesión y trasladando el 10.1 % de las entradas conseguidas. Por consiguiente, la Municipalidad denunciada había extendido los alcances de la Ley Orgánica de Municipalidades y excedido las actividades permitidas por esta norma, careciendo la actividad empresarial desarrollada de la autorización legal, conforme lo exige la Constitución.

Por ello, la Municipalidad fue sancionada por la CCD con una AMONESTACIÓN por haber incidido en un supuesto de competitividad ilegal en la particularidad de infracción de medidas, pues infringió el mandato de subsidiariedad que debe observar, según lo dispuesto en la carga magna, en el artículo 60.

Contrario a lo resuelto en primera instancia, inexplicablemente, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, en segunda y definitiva instancia administrativa, mediante la Resolución N° 1604-

2013/SDC-INDECOPI resolvió revocar la Resolución N° 018-2013/CCD-INDECOPI y declarar IMPROCEDENTE la denuncia interpuesta por contravenir el mandato de subsidiariedad a la Municipalidad Provincial de Trujillo.

Los motivos que dio la Sala de Competencia para declarar la improcedencia serían que, en su consideración, que la tarea del gobierno es no desviarse de las licitaciones públicas y privadas organizadas por los municipios para otorgar concesiones para la construcción y operación de la estación de transporte de pasajeros de Trujillo, dado que esto no era entendido como un ejercicio empresarial, en tanto el riesgo y gestión del negocio lo asumiría la empresa privada.

Al respecto, me encuentro de acuerdo con lo resuelto en primera instancia y en total desacuerdo con la resolución a que llegó la Sala de Competencia en su análisis del caso, dado que en esa segunda instancia administrativa no se consideró, aun cuando debía hacerse, que en el caso que es materia de análisis nos encontrábamos frente a un supuesto de actividad empresarial estatal realizada de forma indirecta, en tanto:

- La Municipalidad ejercía la gestión indirecta del Terminal puesto que encargaba y supervisaba al concesionario en la construcción y explotación del terminal en su beneficio. Asimismo, se verificaba que en caso se dejase sin efecto la concesión, sería la Municipalidad la que se encargaría de explotar directamente el Terminal.
- La Municipalidad asumía el riesgo del negocio de forma compartida con el concesionario.

- La Municipalidad participaba en los favores y mermas relacionadas con el ejercicio empresarial, dado que había aportado un terreno y tenía derecho a recibir el 10 % de los entradas generales de la autorización.

Es decir, cumplía con todos los atributos propios de un empresario. Por consiguiente, constituye un grave error que la Sala haya establecido que la Municipalidad denunciada no habría incurrido en actividad empresarial estatal y por ello no le resultaba aplicable lo dispuesto en el antes citado artículo 60.

El error en que se incurrió al hacer el análisis en la segunda instancia administrativa del Indecopi parte de omitir considerar que la edificación, maniobra y sostenimiento de una estación de transporte terrestre de transeúntes es un ejercicio empresarial y no un servicio público como fue considerada.

Y, en efecto, no existe norma alguna que califique a tal actividad como un servicio público o como una obra pública, con lo cual el Estado no podía reservarse la titularidad de la misma, pudiendo dar en concesión su explotación.

La Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 permite a estos niveles de gobierno desarrollar la realización de labores de construcción urbana o agraria de tipo multidistrital, que son importante para el traslado, como es el caso de los terminales terrestres. Sin embargo, en el caso que es objeto de evaluación, se trataba de un terminal terrestre interprovincial de pasajeros, el cual no podía otorgarse en concesión como parte de las facultades de *ius imperium* de la municipalidad denunciada.

En virtud de lo expuesto, lo que correspondía era que la Sala de Competencia del Indecopi confirmase lo resuelto por la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal de Indecopi en primera instancia y DECLARARA LA VALIDEZ DE LOS FUNDAMENTOS expuestos para interponer la denuncia en razón a la vulneración del mandato de subsidiariedad del artículo 60 de la carta magna que se cometió, acción con la cual se incurrió a su vez en un supuesto de competición ilegal de infracción de reglas.

De ese modo, en el fondo, el pronunciamiento de la Sala de Competencia del Indecopi, materializado en la Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI, genera un incentivo perverso, el cual podrán tomar las municipalidades provinciales u otras entidades públicas que buscan realizar actividad empresarial estatal de forma indirecta no subsidiaria, para acudir a la figura de la concesión y así saltarse el filtro previsto en el artículo 60 constitucional con las limitaciones y requerimientos que dispone el principio de subsidiariedad.

2.7 Razones que justifican el principio de subsidiariedad en la realización de la actividad estatal empresarial.

La principal razón por la que existe este requisito constitucional del que se ha estado hablando, por el cual se le adjudica al Estado la obligación de asumir un rol subsidiario en caso de ejecutar cualquier actividad de tipo empresarial, es la necesidad de imponer una cota a la acción estatal. De ese modo se pretende que el Gobierno no se aproveche desviando los capitales estatales destinándolos a la cobertura de una demanda con la realización de una actividad de producción de un bien y/o un servicio que puede ser provisto por una persona (física o moral) del sector privado, y desatendiendo

así otras necesidades de la sociedad que son estrictamente de su competencia o que no son debidamente compensadas por los pocos recursos y/o de concurrencia personal que sea capaz de cubrir, al menos en su mayoría, esa demanda.

Así pues, si no se cumple la condición del principio de subsidiariedad, en este caso no se puede argumentar nada a favor para justificar la acción estatal de utilizar los recursos públicos para la realización de una actividad mercantil relacionada con la ejecución y utilización de una estación terrestre, ya sea de forma directa (él mismo se encarga de esto) o en forma indirecta (reservándose la titularidad sobre la actividad empresarial para conceder la gestión de la misma a un privado).

El Estado arriesga los recursos públicos con los que cuenta realizando una actividad que no le corresponde realizar y que viene siendo realizada perfectamente por privados.

En efecto, en el caso que ha sido analizado, la Municipalidad de Trujillo debería destinar los recursos públicos a ámbitos de necesario desarrollo en dicha ciudad como, por ejemplo, implementar medidas para mejorar la seguridad ciudadana. En todo caso, también se podrían destinar los recursos públicos a implementar o mejorar los servicios públicos en las zonas que no cuentan con estos servicios esenciales (como, agua, luz, desagüe, entre otros), siendo necesidades de primordial satisfacción.

Por otro lado, en el mercado existen una serie de terminales terrestres que vienen siendo operados por agentes privados, los cuales perfectamente podrían encargarse de la implementación y explotación del Terminal

Terrestre de Trujillo, no siendo necesario la participación del Estado en este ámbito empresarial.

Podemos aportar otras razones por las cuales el Estado debe cumplir con esta exigencia constitucional en ejercicio de actividad empresarial. Y es que es sabido que, por lo general, la eficiencia de la gestión y la actividad comercial de las empresas de carácter estatal es menor con respecto a la ejercida por las empresas del sector privado. Ello se debe, principalmente, al hecho de que en el marco de una actividad estatal empresarial tanto la gestión como la toma de decisiones es influenciada a menudo por intereses, decisiones, afinidad y adscripción política, lo que termina provocando déficits en el presupuesto del Estado y, en consecuencia, generando afectaciones sobre el entorno macroeconómico.

Efectivamente, en muchos de los casos conocidos en los cuales el Estado ha realizado actividad empresarial ha quedado en evidencia que ha fracasado. Es así puesto que en dichos casos su gestión ha sido ineficiente, además, con su intervención ha afectado a sus competidores del sector privado, y dentro de ese número de casos muchas empresas estatales operaron por poco tiempo y luego abandonaron las iniciativas empresariales emprendidas, lo que generó un gasto de recursos innecesario y afectaciones en materia de cobertura de la demanda que liberaron.

Lo antes señalado se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Utilidades de las principales empresas estatales
(En millones de US\$)

	1986	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Energía	-197	-766	-1,223	-213	121	111	-89	94	130	207	97
PETROPERÚ	-155	-515	-827	-230	6	84	-238	65	37	62	19
Electroperú	-33	-176	-301	11	97	25	148	29	93	145	78
Electroliza	-9	-74	0	6	18	3					
Minería	-87	-129	-1,353	-636	-261	-29	41	50	10	9	4
Centromin	-69	21	-553	-333	-157	-45	40	68	10	9	4
Hierro Perú	-10	-36	-85	-85	-77						
Minero Perú	-7	-114	-715	-218	-27	16	1	-17			
Transp. Y comuni	-27	-120	-250	-44	-10	-20	-26	-24	-54	-35	-34
Entel	0	-39	-10	2	7	6					
Aero Perú	2	-59	-92								
Enafer	-17	0	-71	-47	-49	-43	-26	-25	-59	-34	-44
Enapu	-12	-23	-77	1	32	16	1	1	5	1	10
Industria	-22	-47	-116	-96	-73	-123	-213	-20			
Sider Perú	-24	-43	-113	-52	-35	-89	-180	8			
Paramonga	2	-4	-6	-45	-38	-35	-33	-27			
Otros sectores	23	-75	-102	-41	-14	27	33	39	40	58	49
Sedapal	-5	-59	-103	-23	-15	20	28	32	32	40	24
Resto	28	-16	-1	-18	1	7	5	7	8	18	15
Total	-309	-1,136	-3,047	-1,032	-237	-35	-255	139	126	240	116

Fuente: Paliza, R. (1999). "Impacto de las privatizaciones en el Perú" en Estudios Económicos. BCRP

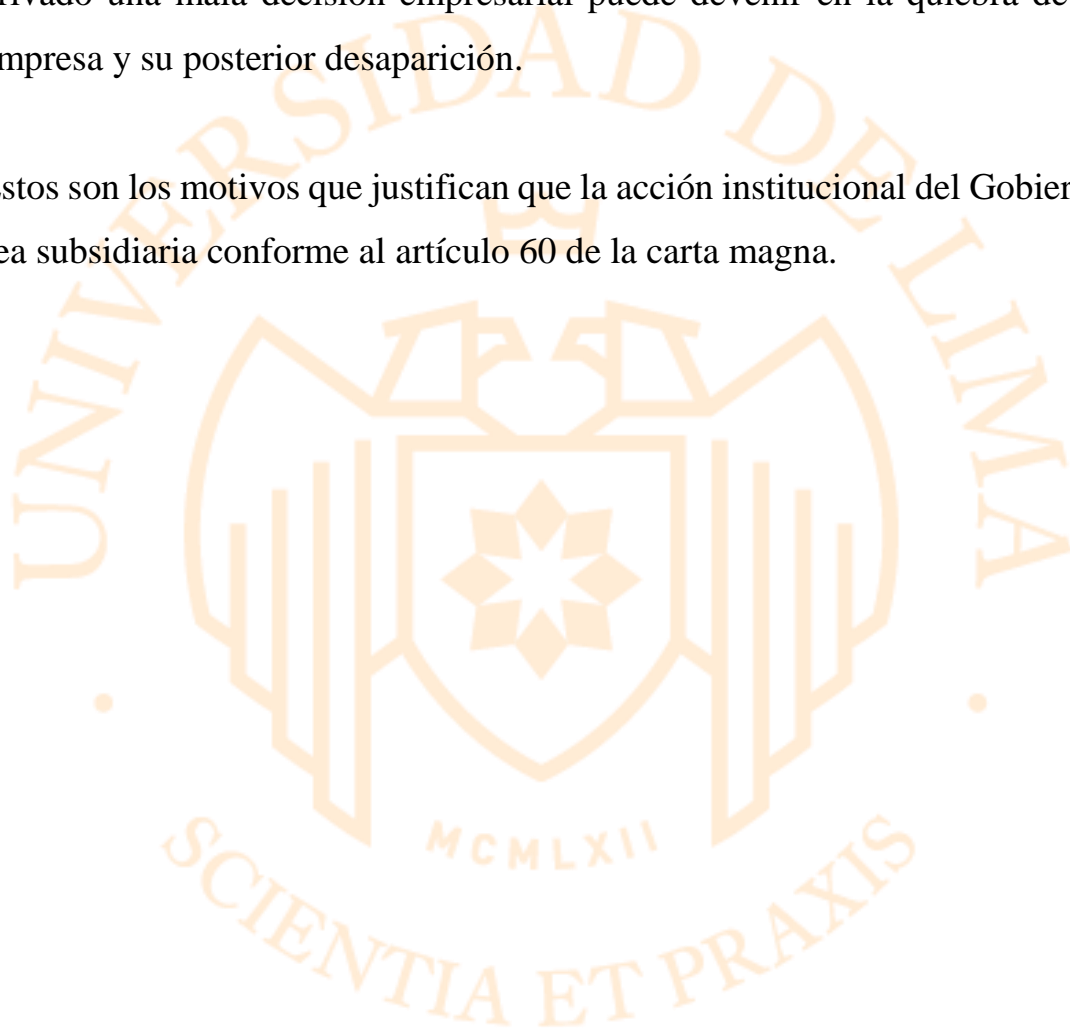
Con los datos expuestos se verifica que las empresas estatales han generado pérdidas por USD 6.051 millones en un periodo de tan solo tres años, entre 1986 y 1989.

Otra razón por la cual se argumenta que la diligencia corporativa del Gobierno debe ser suplementaria, tal como se indica en la constitución, es que con su intervención económica inmediatamente se distorsiona la competitividad legal en el sector del mercado del que hace parte, dado que el Estado nunca compite en las mismas condiciones que las empresas del sector privado, pues ambos sujetos no se encuentran en la misma situación jurídica.

Así, por ejemplo, los recursos que financian la actividad empresarial del Estado son recursos públicos (dinero de todos los contribuyentes) mientras que los privados tienen que generar su propio capital de trabajo.

De otro lado, a diferencia de los privados, el Estado nunca quiebra, con lo cual esto demuestra que no compiten por igual con los privados. En el ámbito privado una mala decisión empresarial puede devenir en la quiebra de la empresa y su posterior desaparición.

Estos son los motivos que justifican que la acción institucional del Gobierno sea subsidiaria conforme al artículo 60 de la carta magna.



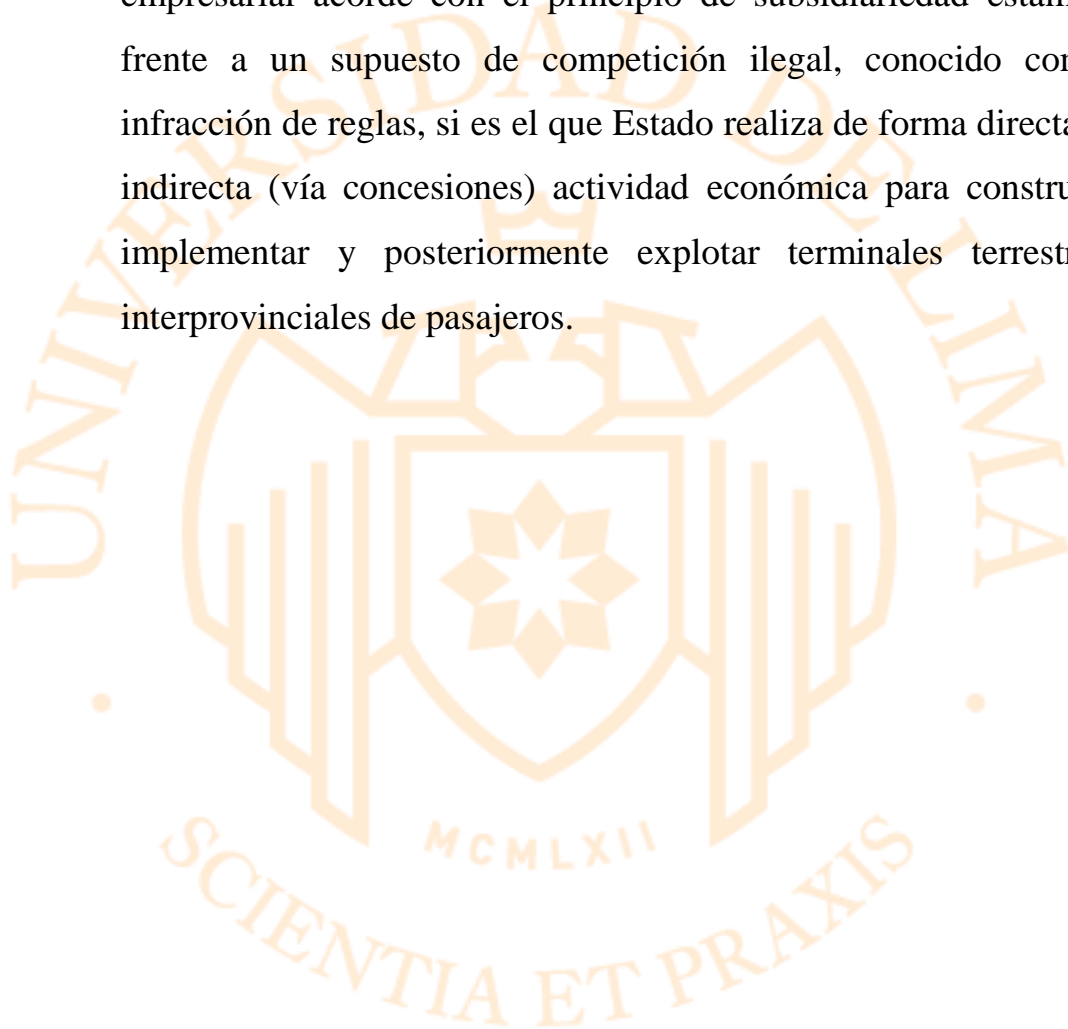
CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Ha quedado demostrado que los terminales terrestres como actividad pueden ser considerados una actividad empresarial realizada por empresas del sector privado que cubren satisfactoriamente la demanda del servicio de transporte intermunicipal, por lo que es generalmente prestada por este sector. Por lo tanto, si las entidades o empresas del Estado buscan ejecutar actividades empresariales en este u otro rubro de la economía deberán cumplir primeramente con la exigencia constitucional prevista en el artículo 60 por el principio de subsidiariedad.
- No se justifica que el Estado se reserve la titularidad de la actividad de construcción y explotación de un terminal terrestre de pasajeros y otorgue su explotación a un privado mediante un contrato de concesión, pues como se ha desarrollado con detalle, no estamos frente a un servicio público, ni frente a una obra pública, tampoco frente a un bien público.
- Partiendo de los lineamientos establecidos en el contenido de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, sobre el antecedente de acatamiento necesario, por el INDECOPI, también queda acreditado el adelanto de actividad estatal institucional por no encontrarnos en este caso ante una actividad del Estado realizada en ejercicio de las atribuciones soberanas que le han sido conferidas (*ius imperium*), es decir, ante una actividad estatal de

autoridad pública; o frente a prestaciones brindadas por el Estado con fines asistenciales.

- Una vez realizado el análisis de subsidiariedad, podemos concluir que al no cumplirse con las exigencias constitucionales requeridas para que una compañía o institución pública realice un ejercicio empresarial acorde con el principio de subsidiariedad estamos frente a un supuesto de competencia ilegal, conocido como infracción de reglas, si es el que Estado realiza de forma directa o indirecta (vía concesiones) actividad económica para construir, implementar y posteriormente explotar terminales terrestres interprovinciales de pasajeros.



RECOMENDACIONES

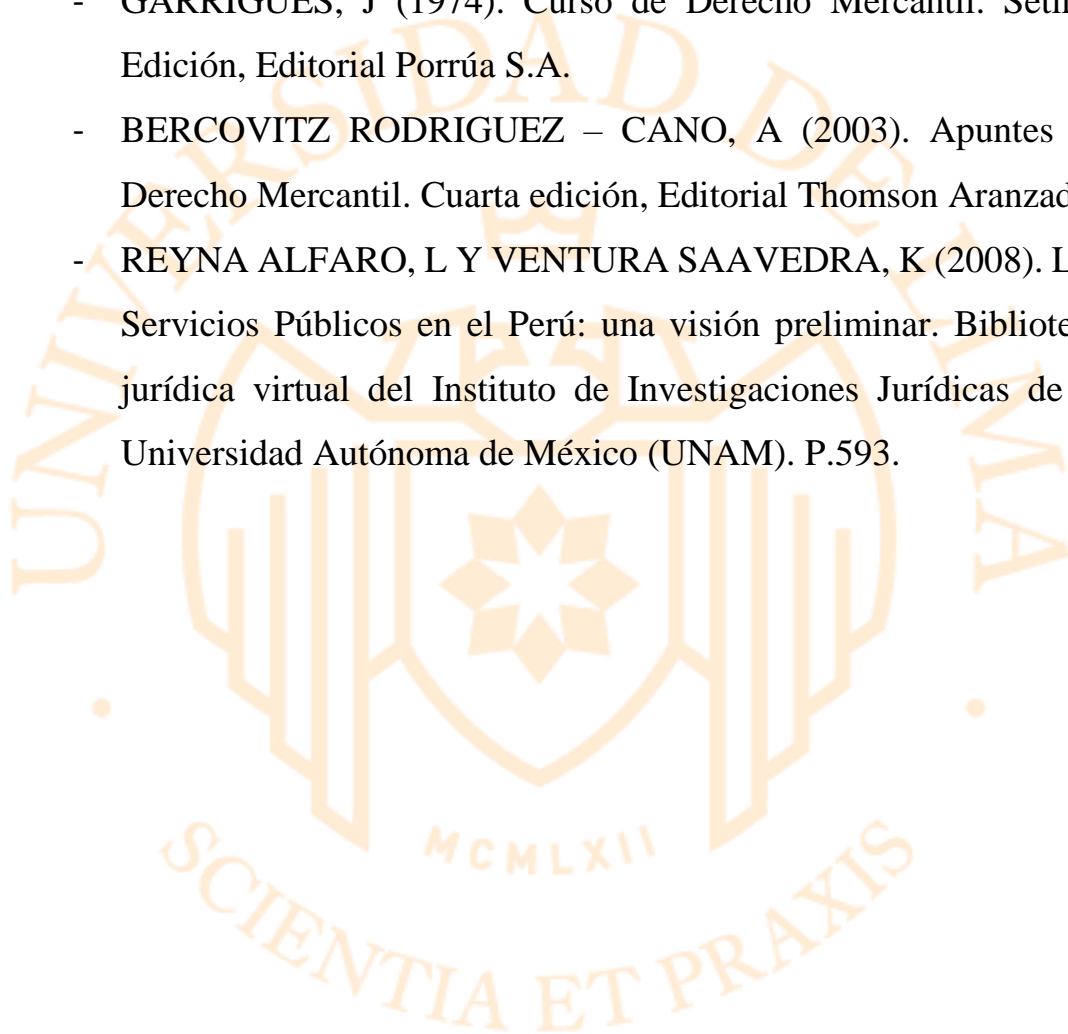
A continuación, detallaremos las siguientes recomendaciones:

- Debiera establecerse a nivel de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI un precedente de observancia obligatoria que establezca claramente los supuestos en los que el Estado podría incurrir en actividad empresarial estatal indirecta.
- No debiera permitirse que las entidades estatales acudan a la figura de la concesión para incumplir la ley subsidiariedad que aparece en el artículo 60 constitucional, más aún cuando realizan actividad empresarial que no puede ser entendida como obra pública o servicio estatal.
- El Estado debe intervenir en el ámbito de los servicios públicos, realizando actividad prestacional o mediante actos en práctica del *ius imperium*, dejando la actividad empresarial a los privados, salvo que determinado sector no sea cubierto por los privados o no se den abasto para cubrir toda la demanda requerida.

BIBLIOGRAFÍA

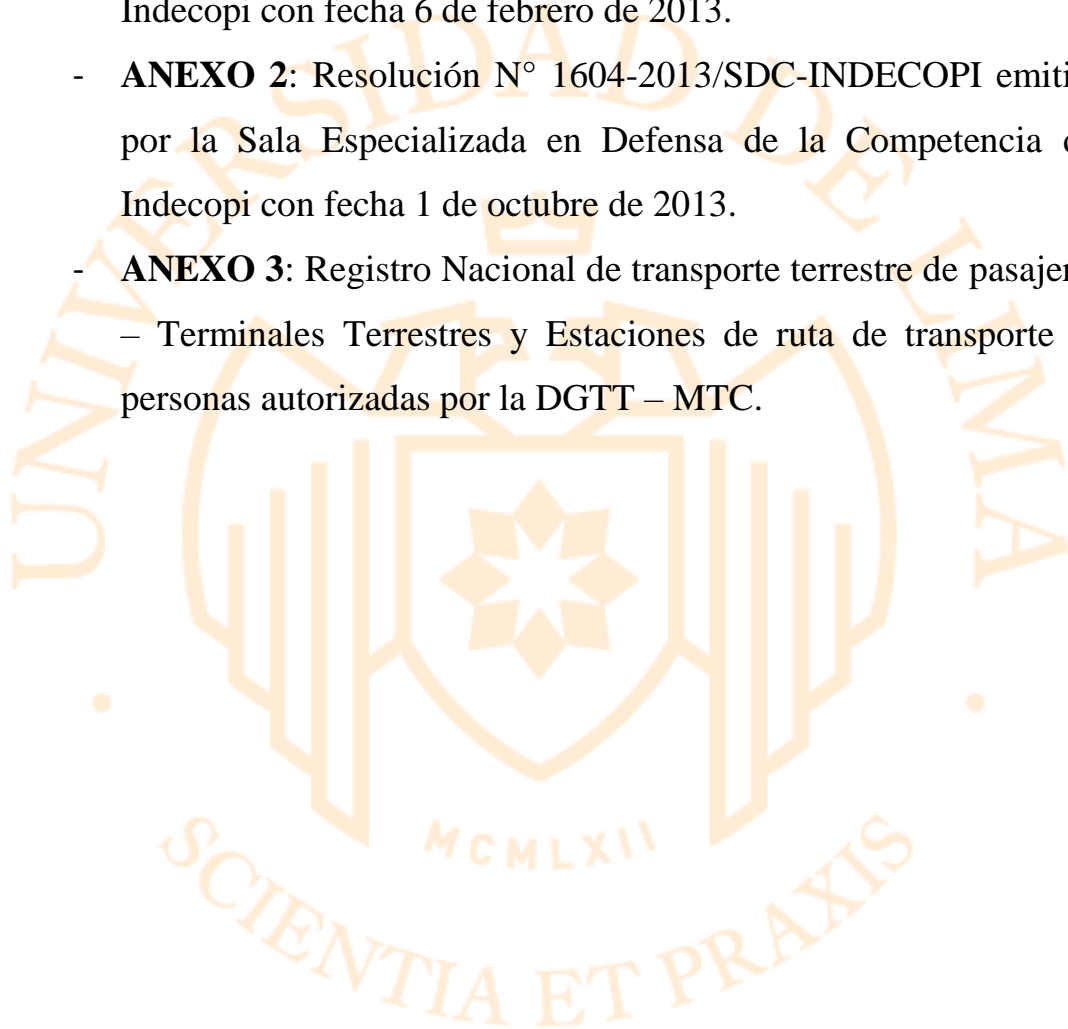
- RODRIGUEZ. V (2013). Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú. Lima. Quipikamayoc. UNMSM.
- CHANG CHUYES, G (2015). La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. II Convención Estudiantil de Derecho Público. Lima. Palestra Editores.
- LUYO CASTAÑEDA, M Y BAZÁN VÁSQUEZ, V (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Lima. Derecho & Sociedad 49.
- STUCCHI LOPEZ - RAYGADA, P (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.
- IILESCAS, R (1992), La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal en: Bercovitz, Alberto (Coord.), La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991. Madrid: Cámara de Comercio e Industria,
- MASSAGER, J (1999), Comentario a la ley de competencia desleal. Madrid: Civitas.
- GALVÁN, G (2016). La actividad empresarial del Estado: Entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario. Revista Pensamiento crítico Vol.21.

- BULLARD GONZALES, A. Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación al principio de subsidiariedad. *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 149.
- BULLARD GONZALES, A. El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por violación al principio de subsidiariedad. *Revista de Derecho Administrativo CDA* N° 10.
- GARRIGUES, J (1974). *Curso de Derecho Mercantil*. Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, A (2003). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Cuarta edición, Editorial Thomson Aranzadi.
- REYNA ALFARO, L Y VENTURA SAAVEDRA, K (2008). *Los Servicios Públicos en el Perú: una visión preliminar*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM). P.593.



ANEXOS

- **ANEXO 1:** Resolución N° 018-2013/CCD-INDECOPI emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi con fecha 6 de febrero de 2013.
- **ANEXO 2:** Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi con fecha 1 de octubre de 2013.
- **ANEXO 3:** Registro Nacional de transporte terrestre de pasajeros – Terminales Terrestres y Estaciones de ruta de transporte de personas autorizadas por la DGTT – MTC.



ANEXO 1: RESOLUCIÓN 018-2013/CCD-INDECOPI



ANEXO 2: RESOLUCIÓN 1604-2013/SDC-INDECOPI



**ANEXO 3: REGISTRO NACIONAL DE TRANSPORTE
TERRESTRE DE PASAJEROS – TERMINALES TERRESTRES Y
ESTACIONES DE RUTA DE TRANSPORTE DE PERSONAS
AUTORIZADAS POR LA DGTT - MTC**



ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO NO SUBSIDIARIA COMO UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS. ANÁLISIS DEL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS TERMINALES TERRESTRES MUNICIPALES DE

INFORME DE ORIGINALIDAD

5%

INDICE DE SIMILITUD

5%

FUENTES DE INTERNET

2%

PUBLICACIONES

2%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
2	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	<1%
4	www.prometheo.cda.org.pe Fuente de Internet	<1%
5	revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	<1%
6	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1%
7	www.macrogestion.com.pe Fuente de Internet	<1%