

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**COMPETENCIA DESLEAL EN LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES
DE MUNICIPALIDADES PERUANAS: CRITERIOS PARA EVITAR SU
COMISIÓN EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

MARIA ALEJANDRA GASTELO SANCHEZ

ASESOR

MANUEL FRANCISCO PORRO RIVADENEIRA

<https://orcid.org/0000-0002-2411-7006>

Chiclayo, 2021

**COMPETENCIA DESLEAL EN LAS ACTIVIDADES
EMPRESARIALES DE MUNICIPALIDADES PERUANAS:
CRITERIOS PARA EVITAR SU COMISIÓN EN APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

PRESENTADA POR
MARIA ALEJANDRA GASTELO SANCHEZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Carlos Augusto Tejada Lombardi
PRESIDENTE

Carlos Wigberto Hernández Montenegro
SECRETARIO

Manuel Francisco Porro Rivadeneira
VOCAL

Dedicatoria

A Dios, por ser mi roca y mi fortaleza a toda hora, por regalarme la sabiduría y perseverancia para culminar esta ardua investigación. A mis padres, por darme ánimos siempre, por representar en mí el ejemplo y el impulso perfecto para continuar, por reunir esfuerzos para darme siempre todo lo que necesité y jamás abandonarme.

Agradecimientos

A la Dra. Erika Valdivieso quien cordialmente aceptó ser mi guía en la elaboración de esta investigación. Asimismo, al Dr. Manuel Porro quien con sus precisos aportes me ayudó a culminar la misma. A mis maestros, a quienes guardo gran aprecio por todos los valiosos conocimientos que me impartieron.

Índice

Resumen	6
Abstract	7
Introducción	8
CAPÍTULO I	11
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	11
1. Libertades conexas a la Economía Social de Mercado.....	11
1.1. Libre iniciativa privada	14
1.2. La libertad de empresa	17
1.2.1. Vertientes de la libertad de empresa.....	18
1.2.1.1. Libertad de creación de empresa y de acceso al mercado	19
1.2.1.2. Libertad de organización.....	19
1.2.1.3. Libertad de competencia.....	20
1.2.1.4. Libertad para cesar las actividades.....	21
1.2.2. Límites a la libertad de empresa	21
1.2.2.1. La moral pública.....	22
1.2.2.2. Salud pública	23
1.2.2.3. Seguridad Pública.....	24
1.3. Libre competencia	24
2. El principio de subsidiariedad.....	27
2.1. Argumentos justificantes	30
2.2. Requisitos.....	31
2.2.1. Autorización por ley expresa.....	31
2.2.2. Carácter subsidiario de la actividad empresarial.	33
2.2.3. Motivación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.....	34

CAPÍTULO II	36
LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO	36
1. Definición de competencia desleal.....	36
1.2. Clases de actos de competencia desleal.....	41
1.2.1. Actos que afectan la transparencia del mercado	42
1.2.2. Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico	44
1.2.3. Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria	47
1.2.4. Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena.....	49
1.3. Actuación empresarial del Estado	55
1.3.1. ¿Por qué debe limitarse la actuación empresarial del Estado?..	57
CAPÍTULO III	60
CRITERIOS A CONSIDERAR PARA QUE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE LAS MUNICIPALIDADES SEAN COHERENTES CON EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO Y EVITEN LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	60
1. Identificación del carácter de la actividad desarrollada por el Estado	62
1.1. Manifestación de potestad del <i>ius imperium</i> del Estado	63
1.2. Servicios o prestación asistenciales	64
2. Cumplimiento de los requisitos del principio de subsidiariedad.	70
3. Criterios a considerar por las municipalidades peruanas para evitar la comisión de actos de competencia desleal.....	87
CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	92

Resumen

La actividad empresarial realizada por las municipalidades, que incumple con los requisitos del principio de subsidiariedad representa una de las causas de diversos perjuicios no solo a las empresas privadas, sino al mercado en su conjunto, incluyendo al consumidor final. Ello, en razón de que en estos casos, las municipalidades, como órganos del Estado y como empresarios al mismo tiempo, no asumen riesgos, no incurren en costos, acceden a diversos beneficios para soportar déficits que su gestión concibe, etc. Estos privilegios - de los que no goza una empresa privada – se traducen en competencia desleal de parte del Estado, lo que a su vez, además de causar menoscabo en el mercado, como ya se mencionó, también puede traer como consecuencia, la aplicación de cuantiosas sanciones a estas municipalidades, en razón de que se encuentran infringiendo normas de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Para evitar estas situaciones, se planteó como objetivo principal de esta investigación, establecer criterios para evitar la comisión de actos de competencia desleal por parte de las municipalidades en concordancia con el principio de subsidiariedad y la Ley Orgánica de Municipalidades.

Con el fin de lograr este objetivo, en la presente investigación se desarrollarán distintos apartados relacionados a la Economía Social de Mercado, las libertades que esta involucra, la competencia desleal con énfasis en la modalidad de violación de normas, la actuación empresarial del Estado, y se finalizará con el establecimiento de los criterios que se espera contribuyan en esta problemática.

Palabras clave:

Competencia desleal

Principio de subsidiariedad

Municipalidades

Abstract

The business activity of municipalities that doesn't comply with the requirements of the Subsidiarity Principle may represent the cause of many damages not only to private companies, but also to the market as a whole, including the final consumer. That is why the municipalities, as organs of the State and as entrepreneur at the same time, do not assume risks, do not incur costs, access various benefits to support deficits that their management conceives, etc.

These privileges - which are not enjoyed by a private company - translate into unfair competition by the State, which in turn, in addition to causing damage to the market also results in the application of large penalties to these municipalities. To avoid this, the main objective of this investigation was to establish criteria to avoid the commission of acts of unfair competition by municipalities based on the principle of the Subsidiarity Principle and the Organic Law.

In order to achieve this objective, in the present investigation different sections related to the Social Market Economy will be developed, the freedoms that it involves, unfair competition with emphasis on the modality of violation of norms, the business performance of the State, and It will end with the establishment of the criteria that are expected to contribute to this problem.

Keywords

Unfair competition

Principle of subsidiarity

Municipality

Introducción

Un tema controversial en nuestro país, es el referido a las distintas - y muchas veces incorrectas - maneras de interpretar el rol subsidiario del Estado en la economía peruana. Es así que, en ocasiones la población en general e incluso los diferentes órganos del gobierno local del Estado (tanto a nivel distrital como provincial), conciben el principio de subsidiariedad estatal como una puerta abierta para que este intervenga en el mercado directamente o a través de la creación de empresas públicas y brinden servicios a la comunidad, sin considerar ni respetar los requisitos y límites ya estipulados en nuestra Constitución.

El artículo 60° de la carta magna de nuestro país, consagra la subsidiariedad estatal en la economía peruana y los tres requisitos o límites que esta implica. En relación a ello, la actividad empresarial del Estado desarrollada en contravención a este artículo 60° de la Constitución, se encuentra sancionada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, en aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobado por el Decreto Legislativo N.º 1044.

No obstante lo mencionado, en el desarrollo de la presente investigación se dejará en evidencia que, a pesar de la existencia de estos límites constitucionales a la actividad empresarial del Estado, en la realidad estos se siguen incumpliendo. Esta situación trae como consecuencia, un perjuicio en el mercado que recae principalmente en las empresas privadas, las cuales se ven desincentivadas al ingreso o la permanencia en un mercado donde competirá con el Estado – sus órganos y empresas- en condiciones desiguales y desventajosas.

La presente investigación tiene como objetivo principal identificar los criterios que deben considerar las municipalidades para evitar la comisión de actos de competencia desleal mediante su actividad empresarial, teniendo en cuenta su Ley

Orgánica y el principio de subsidiariedad, por tanto, estará centrada, específicamente, en la actuación empresarial de las municipalidades y se analizará mediante resoluciones cómo algunas de estas tergiversan el principio de subsidiariedad y justifican equivocadamente la legalidad de la actividad empresarial que desarrollan en una normativa, como es la Ley Orgánica de Municipalidades. Así, se demostrará que la autoridad edil, en muchos casos, no conoce con claridad el carácter excepcional de la intervención del Estado en la esfera del régimen económico de nuestro país, es decir la economía social de mercado. Entonces, mientras esto suceda y las municipalidades no comprendan en qué casos pueden intervenir y bajo qué criterios específicos está permitida su actuación empresarial directa, traerá como consecuencia la contravención al art. 60° de la Constitución y por tanto a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, lo que a su vez generará un perjuicio en el mercado, además de la imposición de cuantiosas multas por parte de Indecopi.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la presente investigación se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué criterios deben considerar las municipalidades peruanas para evitar la comisión de actos de competencia desleal mediante su actividad empresarial en el mercado, a partir de la Ley Orgánica de Municipalidades y el principio de subsidiariedad?

Para responder esta cuestión, se optó por desarrollar esta investigación en 3 capítulos:

En el primer capítulo, se resolverá el primer objetivo específico, el cual radica en determinar el contenido y límites del principio de subsidiariedad en la legislación y la jurisprudencia constitucional y administrativa, para ello se estudiará inicialmente el régimen de Economía Social de Mercado, modelo económico que adopta el Perú, las libertades económicas conexas a este, sus definiciones y contenidos.

En el segundo capítulo, se desarrollará el objetivo de configurar la comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, en la que incurre ciertos órganos del Estado o las empresas creadas por estos. En ese sentido, se iniciará estudiando doctrinaria y jurisprudencialmente cada tipo de acto de competencia desleal señaladas en la Ley de Represión de la Competencia

Desleal. También se estudiará la actuación empresarial del Estado y las razones por las que se debe limitar esta.

En el tercer y último capítulo, se buscará establecer los criterios a considerar por las municipalidades para evitar la comisión de actos de competencia desleal mediante su actividad empresarial, a partir de la Ley Orgánica de Municipalidades y el principio de subsidiariedad, y para ello se analizará a fondo 4 recientes resoluciones de Indecopi, en las que se podrá identificar los errores incurridos por las municipalidades, en la interpretación de la Ley Orgánica de Municipalidades, que generan la infracción a las normas de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por otro lado, la importancia de esta investigación radica principalmente en el sector empresarial y del Estado, específicamente, sus gobiernos locales, dado que para estos es esencial profundizar y aclarar a la luz de la ley y la jurisprudencia, el alcance de figuras jurídicas tan trascendentes en esta problemática y que deben analizarse en concordancia con un régimen económico como el nuestro.

Por último, esta tesis será de gran provecho pues se espera que contribuya con la determinación de directrices y criterios que ayuden a entender en qué casos específicos, las municipalidades podrán actuar empresarialmente en el mercado peruano brindando servicios, sin que ello signifique, posteriormente, ser investigadas y finalmente sancionadas con altos montos dinerarios por la infracción al art. 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al haber desequilibrado el mercado y violentado la leal competencia. Entonces, evitará futuras confusiones, conflictos o erróneas interpretaciones por parte de ciertas municipalidades, al momento de iniciar una actividad empresarial y podrá identificar básicamente los márgenes que debe tener esta, respetando así los límites establecidos por la norma.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

El principio de subsidiariedad es uno de los pilares más importantes que rige el sistema económico asumido por nuestro país, el modelo de economía social de mercado; sin embargo, han surgido diversas maneras de entenderse, generando confusión sobre su significado. Con el fin de ordenar las ideas y esclarecer el sentido de este principio, se ha optado por considerar como primer objetivo de esta investigación, determinar el contenido y límites del principio de subsidiariedad en la legislación, la jurisprudencia constitucional y administrativa, y en la doctrina. En el presente capítulo se desarrollará este objetivo y para ello se iniciará definiendo y explicando el régimen económico que adopta el Perú, es decir el modelo de economía social de mercado, las libertades económicas conexas a esta; para luego centrarnos al estudio del principio de subsidiariedad y los requisitos que este implica.

1. Libertades conexas a la Economía Social de Mercado

Como es sabido, el régimen económico asumido por nuestro país es el de Economía social de Mercado (en adelante ESM). Este es reconocido en el artículo 58° de nuestra Constitución vigente, en el cual se estipula textualmente lo siguiente: *“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.”

A partir de este artículo y en los ocho siguientes, nuestra Constitución nos brinda a grandes rasgos ciertos principios e ideas que este modelo económico engloba. Ahora, es indiscutible la dificultad de definir la ESM sin incluir en esta, sus principios; sin embargo, primero, es necesario fijar una definición de esta para que podamos posteriormente, desglosar los principios que contiene.

La ESM puede ser definida como el sistema que “surge como un intermedio entre el liberalismo económico y la economía dirigida.” (Olivos, 2011, p. 7). Anteriormente, estos dos modelos mencionados, representando polos extremos y contradictorios entre sí, fueron generando, individualmente, deficiencias en el mercado que lo asumía. Ello pues, en buena cuenta, en el primer sistema de liberalismo económico, el rol asumido por el Estado era casi nulo e indiferente; y por su parte, en el segundo sistema de economía dirigida, se evidenciaba un Estado intervencionista y dador de favores.

Es a consecuencia del fracaso de estos sistemas, que se buscó una opción que representara el balance de ambos, dando lugar así, a la ESM.

Alfred Müller-Armack (citado en Resico, 2010) - uno de los grandes exponentes de la ESM junto a Walter Eucken y Ludwig Edhard - definió este modelo como “la combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social” (p.123). La misma línea de ideas sigue Kresalja (2015), quien afirma que “la economía social de mercado persigue tanto un mercado eficiente como una sociedad justa” (p.115).

Así, estos autores coinciden en la idea de que en la ESM, se busca garantizar las diversas libertades económicas tales como la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la libre competencia, etc.; de manera que estas se puedan desarrollar con amplitud en un mercado en el que el intercambio de bienes y servicios, beneficie tanto a empresarios como consumidores. Sin embargo, debe recalcar que en el ejercicio de estas libertades no puede desconocerse el factor social característico de la ESM, el cual representa “la búsqueda en el plano económico de la igualdad de oportunidades para el despliegue de los propios

talentos y se basa en la solidaridad con el resto de los ciudadanos.” (Resico, 2010, p. 127).

De igual forma, Alvarado (2016) también resume muy bien la definición de ESM indicando que se trata de “un modelo económico que representa los valores constitucionales de la libertad y justicia” (p.9).

Hemos podido evidenciar, entonces, que en este régimen económico debe existir un balance, el cual no necesariamente representa un objetivo claro y fácil, pues exige que el Estado cumpla con garantizar la libertad de mercado sin interferir en circunstancias innecesarias; pero, ello sin abandonar tampoco, su obligación de intervenir ante el detrimento de intereses legítimos. En otras palabras, el Estado debe velar por el buen funcionamiento del mercado, teniendo como ideal perseguido la competencia perfecta; no obstante, dado que esta no existe de manera absoluta y permanente, el Estado debe saber intervenir ante las imperfecciones que se presenten en el mercado para corregirlas, correspondiendo una intervención adecuadamente limitada y nunca arbitraria (Guzmán, 2015).

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia N°1963-2006-AA/TC, fund. jur. 6, también se pronunció respecto a la labor del Estado en el mercado y agregó que los particulares también tienen deberes que complementan esta:

Tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado y, la actuación de los particulares.

Es importante mencionar brevemente, dos ideas que postula este régimen económico y que, además, resumen las afirmaciones desglosadas hasta el momento:

- No es necesario que el Estado intervenga en la economía de manera permanente o arbitraria, sino que el mercado y la competencia funcionan por sí solas de manera óptima, si las normas son claras e inequívocas por intermedio del sistema monetario y el ordenamiento jurídico.
- Su base radica en el principio de solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común, y el de subsidiariedad, en virtud del

cual el Estado no intervendrá en la economía mientras los agentes económicos privados puedan hacerlo por su propia iniciativa (Kresalja y Ochoa, 2012).

Habiendo explicado todo ello, consideramos que la ESM es un modelo económico óptimo, que ha ido fomentando un crecimiento económico importante en nuestro país. Así, Viera (2010) asegura que “no sólo es un sistema eficiente, sino que, aplicado con correcciones, es un medio que puede garantizar una mejora sustantiva de los sectores menos aventajados de la comunidad.” (p.223)

Para finalizar este apartado, es preciso explicar que la ESM en nuestro país fue asumida, al menos textual y simbólicamente, por primera vez en la precedente carta magna de 1979. No obstante haberse establecido así, podría afirmarse que el Estado se excedía en su labor de promover el desarrollo económico y social, de tal forma que “la competencia económica estaba muy limitada por la inmensa influencia que ejercían las empresas públicas y no facilitó el desarrollo de mercados orientados al bienestar de los consumidores” (Kresalja, 2015, p.87).

Eventualmente, con nuestra vigente Constitución Política se redimieron paulatinamente estas prácticas intervencionistas de lo que fue un Estado excesivamente controlador y así, este dejó de planificar la política económica y su actividad como agente económico se vio limitada notoriamente. Es decir, con la Constitución de 1993 se pudieron percibir los verdaderos rasgos de una ESM.

Ahora bien, como fue mencionado inicialmente, la ESM engloba ciertos principios básicos o libertades inherentes, sin los que, ciertamente, no podría ser entendida. En ese sentido, para una profunda y correcta comprensión de la ESM, los principios más importantes serán descritos y explicados a continuación.

1.1. Libre iniciativa privada

Numerosos autores, como Guzmán (2015), Chanamé (2013), Pretell (2011), Kresalja (2015), etc., opinan que la iniciativa privada es una de las vertientes propias de la libertad de empresa. Entonces, se considera a la primera como la facultad inicial de un derecho más amplio: la libertad de empresa; como una vertiente que consiste en la facultad de un agente económico para entrar al

mercado y que posteriormente, su permanencia y salida se percibe a través de otras vertientes, también propias de la libertad de empresa.

Por otro lado, autores como Beaumont (2009), Rodríguez, V. (2016), Vines (2010), etc., comparten la idea de que “las libertades de trabajo, de empresa, de comercio e industria son consistentes con la iniciativa privada libre” (Rodríguez, V., 2016, p. 128). Ello evidencia que, *contrario sensu* a lo asegurado por los autores mencionados en el párrafo anterior, la iniciativa privada y la libertad de empresa engloban facultades que, no obstante, se presentan en fases continuas, tienen un contenido distinto; postura asumida en esta investigación. Asimismo, podemos advertir que en nuestra Constitución Política, ambas libertades reciben un tratamiento diferenciado y se estipulan en artículos distintos, por lo que con mayor razón y para mayor comprensión, considero conveniente explicar la libre iniciativa privada en un apartado independiente al de la libertad de empresa.

Ahora, habiendo explicado la posición asumida en esta investigación, es pertinente proceder a desarrollar el contenido de la libre iniciativa privada. Esta es mencionada muy brevemente en el artículo 58 de nuestra carta magna, el cual estipula que “La iniciativa privada es libre (...)” Bien, para entender este derecho, debemos ir más allá. Podemos iniciar afirmando que, en líneas generales, es la facultad que permite que los sujetos puedan emprender sus actividades económicas, gocen de la libertad de crear empresas y así, puedan concurrir con otras libremente en el mercado. Ahora, García de Enterría y Tomás Fernández, (citado en Guzmán, 2015) hacen la precisión de que cuando se habla de la libertad de crear empresas debe entenderse por esta, tanto “la creación propiamente dicha como la adquisición del poder de decisión en una empresa” (p. 121).

Por su parte, el TC (2003) mediante STC N.º 0008-2003-AI/TC, fund. jur. 17, ha definido también la libre iniciativa privada de la siguiente manera:

Toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Podemos asegurar entonces, que es la facultad con la que cuenta toda persona natural o jurídica, para ingresar libremente al mercado realizando actividades

económicas. Aunada a esta facultad, debemos resaltar que indiscutiblemente, se encuentra la prohibición de todo acto que obstaculice, limite o impida de forma arbitraria e injustificada el ejercicio de esta libertad. Así, Rodríguez, V. (2016) indica que la iniciativa privada “no puede ser obstaculizada dentro de la actividad económica, siempre que actúe dentro del marco que establece el Derecho y sea ejercida en una economía social de mercado” (p. 127).

Ahora, Beaumont (2009) recuerda la labor que cumple el Estado en el mercado y la protección de esta facultad, y asegura que este tiene el deber de reconocer y efectivizar “un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos” (p. 66). En ese sentido, podemos afirmar que no solo basta con considerar la libre iniciativa privada en su aspecto subjetivo, del cual hemos venido hablando a lo largo de este acápite; sino que este derecho no tendría sentido sin su aspecto objetivo, el cual resulta ser de vital importancia, pues implica que el Estado cumpla con su obligación de respetar y garantizar la libre iniciativa privada para que exista un goce real y efectivo de esta.

No obstante lo explicado líneas arriba, en la realidad podemos verificar que la administración pública no siempre cumple con este deber; por el contrario, en muchas ocasiones, exige autorizaciones o impone prohibiciones absolutamente discrecionales a los agentes económicos, lo que constituirían barreras burocráticas.

Sobre el particular, Guimaray y Romero (2017) definen las barreras burocráticas como:

Aquellas exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que impongan las entidades de la administración pública, dirigidos a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. (p.5)

Estos autores precisan que las barreras burocráticas son negativas si no se encuentran sujetas a la ley o a criterios razonables, y es en estos casos que representan un factor perjudicial en nuestra economía. Ello se refleja, por ejemplo, en los elevados costos que implica crear una empresa en Perú. Esta situación es más evidente, si comprendemos que emprender en Perú es 6 veces más caro que

en Chile¹, como lo informó el diario Gestión. Estos costos excesivos, obviamente generan que un potencial agente económico se vea desalentado e incluso, desista de invertir en la creación de una empresa y acceder al mercado; lo cual se traduce en que, en ocasiones, el Estado, a través de sus instituciones, no estaría cumpliendo con garantizar la libre iniciativa privada en todo su contenido, ni mucho menos fomentando esta.

Ciertamente, las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, no solo detienen sino que retrasan nuestra economía. En palabras de Renzo Rossini, quien en vida fue gerente general del BCR, “La burocracia interna del Estado es paralizante” y, a pesar de que la economía peruana tiene indicadores alentadores, “se trata de un ‘monstruo’ que afecta al sector privado, así como al sector público.” (Diario Gestión, 2018)

Finalmente, otra forma de vulnerar la libre iniciativa privada es la intervención directa y arbitraria del Estado mediante la creación de empresas públicas o a través de sus órganos a nivel local; injerencia que, asimismo, vulnera el principio de subsidiariedad del que trataremos más adelante.

1.2. La libertad de empresa

La libertad de empresa es mencionada brevemente en el artículo 59º de nuestra constitución vigente. En este se establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.” Para mayor comprensión, en este acápite desarrollaremos el contenido de esta libertad y sus respectivas vertientes.

La libertad de empresa es definida como la facultad de obrar de forma lucrativa según la propia determinación del empresario, ello implica decidir en la organización, ejecución de la actividad y la salida de una empresa del mercado.

¹ En el portal del diario Gestión, en el año 2015, se informó que “en el caso del Perú un emprendedor actualmente demora 26 días en abrir una empresa, necesitando realizar 6 procedimientos que implica un costo aproximado de US\$ 552,5 s. Por su parte en Chile, se realiza un procedimiento más (7) pero tiene un tiempo promedio de 5,5 días y una inversión de US\$ 93,3.” (extraído de <https://gestion.pe/economia/empresas/crear-empresa-peru-6-veces-carro-chile-debido-trabas-burocraticas-105131>)

Esta es una de las principales libertades que engloba una ESM y representa “un mecanismo a través del cual el ser humano hace efectivo su deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro” (Guzmán, 2015, p.377). En esta línea de ideas, el máximo intérprete de la Constitución, el TC, en su STC N° 0008-2003 AI/TC, fund. jur. 26, afirma que esta libertad consiste en “la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.”

Ahora, la libertad de empresa se configura no solo como la base de nuestro sistema económico, sino que de este se desprende algunas libertades fundamentales más, las cuales se estudiarán a continuación.

1.2.1. Vertientes de la libertad de empresa

La libertad de empresa comprende una lista de vertientes o atributos inherentes a ella. En ese sentido, García (2008) menciona que estos son:

- a) La facultad de toda persona a emprender una actividad económica.
- b) La facultad de crear una empresa.
- c) La facultad de organizarla de una determinada manera, para tal efecto, selecciona sus objetivos empresariales.
- d) La facultad de gestionar de una determinada manera una empresa. Para tal efecto, determinara la forma de conducción.
- e) La facultad de competir empresarialmente en el mercado.
- f) La facultad de transformar la organización empresarial.
- g) La facultad de cerrar la empresa. (p.598-599)

Sin embargo, el TC (2004) citando a Baldo Kresalja, en el fund. jur. 13 de su STC N° 3330-2004-AA, coincide con él respecto a las vertientes de esta libertad y las resume en 4 aspectos esenciales: La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades.

Estas cuatro vertientes serán estudiadas a continuación y para ello, corresponde recordar que cada una de estas debe obtener protección; es decir, no basta, ni tendría sentido alguno, el amparo de algunas vertientes de la libertad de empresa, si el ejercicio de las demás es impedido.

1.2.1.1. Libertad de creación de empresa y de acceso al mercado

Como ha sido explicado con anterioridad, si bien parte de la doctrina considera que la libre iniciativa privada está incluida en la libertad de empresa, he optado por la postura que separa ambas libertades y en consecuencia, serán analizadas individualmente.

En esta línea de ideas, esta primera vertiente de libre acceso al mercado se equipara al contenido de la libre iniciativa privada, la cual ampara el emprendimiento y la entrada al mercado, como fue desarrollada en el apartado 1.1, por lo que no es necesario reiterarla. Sin embargo, es preciso mencionar que el aspecto relacionado a la creación de la empresa incluye también, decidir la denominación, el tipo de organización, el tamaño de esta, la organización interna de la empresa, etc., factores que sí están incluidos en la libertad de empresa, específicamente en la libertad de organización que se desarrollará a continuación.

1.2.1.2. Libertad de organización

Esta vertiente radica en la facultad del empresario para autoordenarse y decidir aspectos diversos, referidos a la clase de empresa que creará, la estructura de esta, el proceso de contratación de su personal, la precisión de sus funciones, los precios de los productos o servicios que brindará, entre otros.

El TC coincide con esta idea y en su STC N° 1405-2010-AA, fund. jur.15, agrega que la libertad de organización engloba “la libertad de decisión (...) para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado.”

Así, esta vertiente comprende la “posibilidad de configuración interna de la empresa, en términos de organización interna, composición de los órganos de dirección, e incluso, denominación y ubicación” (Guzmán, 2015, p.380). Estas, junto con la elección del objeto de la empresa, representarían las decisiones básicas que faculta esta vertiente; sin embargo, la libertad de organización también abarca decisiones un poco más complejas y específicas como los créditos y seguros que la empresa asumirá, la política publicitaria por la que optará, y demás; tal como se menciona en la STC N° 3330-2004-AA, fund. jur. 13.

1.2.1.3. Libertad de competencia

En este apartado se tratará brevemente la libertad de competencia como derecho subjetivo del empresario, mientras que en el apartado 1.3 se desarrollará el aspecto objetivo, es decir la libre competencia en cuanto obligación y objeto de consecución por parte del Estado.

Teniendo en cuenta lo dicho, iniciaremos definiendo la libertad de competencia como la facultad que tiene una empresa de “contender” con otros agentes económicos. Esta vertiente guarda estrecha relación con la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, dado que cuando el empresario decide poner en marcha su idea de negocio e ingresa a la esfera económica mediante la creación de una empresa, inmediatamente concurrirá junto a otros agentes económicos con los cuales tendrá que competir para atraer consumidores.

Esta libertad representa la decisión inherente del empresario de competir y establecer mecanismos que le permitan ser preferido por los consumidores frente a otras empresas contrincantes. Ello, mediante el uso de estrategias de marketing, la elección del modelo, la calidad, todos los detalles y características del producto o servicio que brindará y que lo diferenciará de lo ofrecido por otras empresas.

En este sentido, opina Resico (2010) que:

para tener éxito, los oferentes y demandantes tienen que ofrecer condiciones favorables a sus contrapartes comerciales. Los aspectos más importantes son precios favorables (competencia de precios), alta calidad de los productos, conveniencia de los métodos de venta y distribución (competencia de calidad). (p.73)

En efecto, las estrategias que adopten las empresas influirán en la libre decisión de los consumidores, quienes, evidentemente, escogerán la oferta más conveniente para ellos y rechazarán las que no lo son. A este fenómeno se le denomina “daño concurrencial lícito” y respecto a ello, Northcote (2009) precisa que:

como efecto de la competencia se produce un daño entre los competidores, pues el hecho que una de las empresas capte más clientes que las otras constituye un daño para éstas. Sin embargo, se trata de un daño lícito, permitido por el Ordenamiento Jurídico y que resulta natural del proceso competitivo. (p. x-1)

En conclusión, la libertad de competencia comprende la facultad de obtener la mayor cantidad de clientes mediante diversos mecanismos como descuentos, publicidad, entre otros. Hemos de tener en cuenta que estos mecanismos deben ser legítimos, de lo contrario, se tergiversaría el contenido de la libertad de competencia.

1.2.1.4. Libertad para cesar las actividades

Por último, la cuarta vertiente de la libertad de empresa consiste en la libertad para cesar las actividades, y esta, como su propio nombre lo dice, consiste en la facultad que tiene el empresario de detener su actividad lucrativa y retirarse del mercado. En otras palabras, implica cerrar su negocio cuando lo considere conveniente, cuando transcurra el plazo de duración por el que se creó la empresa, cuando no pueda cumplir con su objeto social, por acuerdo de la junta general, entre otros motivos.

Es preciso mencionar que, si bien cesar las actividades económicas parece ser una decisión simple e inmediata, en la realidad no se aprecia así, dado que en el manejo de una empresa están involucrados otros derechos que no deben ser pasados por alto, como los laborales, crediticios, etc. Es en defensa de estos derechos, que la libertad de cese de actividades se encuentra limitado y regulado por la Ley General de Sociedades, en la que se fijan los plazos y los pasos a seguir por el gerente, socios y otros miembros de la empresa para que ejerza esta libertad.

Asimismo, el derecho concursal se encarga de solucionar dificultades de las empresas insolventes que deciden ejercer su libertad de cese de actividades, y sus acreedores, para que puedan salir ordenadamente del mercado evitando o reduciendo costos sociales, es decir procurando el mínimo impacto externo negativo.

1.2.2. Límites a la libertad de empresa

Habiendo desarrollado el contenido de la libertad de empresa y sus vertientes, debemos estudiar también los límites que esta tiene. En ese sentido y sin ánimo de abarcar la extensa información referida a estas restricciones, brindaremos breves conceptos para entenderlas.

Como es sabido, el modelo económico que asume nuestro país está enfocado no solo a garantizar las libertades económicas, sino que cuenta también con un contenido social que busca proteger a los consumidores y a la población en general, mediante, por ejemplo, la restricción de ciertas libertades económicas. En ese sentido, la libertad de empresa no tiene carácter absoluto sino que cuenta con límites que no pueden ser transgredidos. Así, en el artículo 59° de la carta magna se establece que el ejercicio de esta, no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

Dicho en otras palabras, la relación asimétrica e incluso desventajosa de los consumidores con el empresario y la necesidad de proteger a la sociedad del ejercicio irrestricto y potencialmente perjudicial de la libertad de empresa hacen indispensable la imposición de límites a esta. En el mismo sentido, Ospina (2013) indica que en nuestro sistema económico “se reconocen la libertad de empresa y la iniciativa privada, pero se admite su limitación, que no desaparición, en busca del cumplimiento de los fines sociales del Estado.” (p. 19)

A continuación, se definirá brevemente los principales límites impuestos a la libertad de empresa, los cuales coinciden con los de muchos derechos fundamentales más.

1.2.2.1. La moral pública

A pesar de que la moral pública sea un concepto jurídico indeterminado, muy abstracto e impreciso, podemos relacionarla a las buenas costumbres. En ese sentido, la moral podría definirse como reglas o parámetros que guían las conductas humanas de forma que procuren una buena convivencia social.

Legarre (2004) define la moral pública como “el conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública, contribuyendo a formar la “ecología moral” de dicha comunidad.” (p. 180) Asimismo, afirma que para que la moral pública se vea realmente afectada y requiera de intervención estatal, deben cumplirse 2 requisitos que se desglosan del mismo vocablo estudiado: moral pública.

En primer lugar, debe apreciarse una conducta o situación realmente inmoral de acuerdo a fundamentos racionales, válidos y objetivos; y no, en cambio, en vagas apreciaciones de una mayoría. En segundo lugar, debe tratarse de una conducta desarrollada de manera pública o que tenga repercusiones en la esfera pública; y

además, estas deben ser graves. Así, de cumplirse estos requisitos se configura una conducta lesiva a la moral y, por tanto, se legitima la intervención del Estado. Analógicamente entonces, en el tema específico que nos atañe, en tanto el ejercicio de la libertad de empresa implique una actividad que afecte la moral pública según fundamentos racionales y con implicancia pública, el Estado podría limitar este.

1.2.2.2. Salud pública

La salud es definida como el estado de bienestar físico, mental y social de una persona. Esta implica el correcto funcionamiento del organismo tanto física como psicológicamente y no solamente la ausencia de enfermedades.

Ahora, la salud es un derecho social reconocido en nuestra Constitución en su artículo 7°, que prescribe que “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.” Es preciso afirmar que, no obstante, este derecho no se encuentra explícitamente listado en el artículo 2° de nuestra Constitución, el TC en su STC N° 3330-2004-AA, fund. jur. 43, considera la salud como un derecho fundamental por su estrecha relación con otros derechos fundamentales, como con la vida, la integridad moral, psíquica y física, etc.

Ahora bien, para el ejercicio pleno y efectivo del derecho fundamental a la salud, el Estado tiene ciertas obligaciones, entre las que se encuentra “la obligación de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo” (Figueroa, 2013, p. 311). En ese sentido, se da cumplimiento a esta obligación del Estado, cuando se limita el ejercicio de la libertad de empresa, en tanto esta implique una actividad perjudicial para la salud de los consumidores o de la sociedad en general.

Sumado a lo mencionado líneas arriba, debemos tener en cuenta que la salud pública como límite a la libertad de empresa, equivale a la restricción de un derecho económico en salvaguarda de uno de carácter superior y preferente, por cuanto se encuentra estrictamente relacionado al bienestar e integridad de las personas. Es preciso recordar también, que el interés colectivo (de los consumidores y sociedad en general) siempre primará sobre el interés individual (empresario), y más aún si este último comprende un único fin lucrativo.

1.2.2.3. Seguridad Pública

Anteriormente, el término “orden público” y “seguridad pública” eran usados en equivalencia; sin embargo, el primer término, con mayor exactitud, comprende el orden que buscan los agentes policiales en su actuación mediante la mera represión de ciertas conductas contrarias a las normas. No obstante, la seguridad pública tiene una connotación más amplia que la de orden público. Valencia (2002) afirma que la seguridad pública:

Engloba la defensa de las instituciones y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. El derecho a la seguridad pública, en oposición al Estado, implica el derecho individual a la protección de la persona y de sus bienes, el deber de perseguir y detener a los responsables de delitos, así como el derecho a no padecer trastornos que van más allá de los inconvenientes normales de la vida en sociedad. (p. 9)

En ese sentido, de evidenciarse que el ejercicio de la libertad de empresa afecta la seguridad pública conforme ha sido definida líneas arriba, el Estado - como garante del correcto funcionamiento del mercado y con el fin de proteger a la comunidad - puede intervenir limitando esta libertad. Ello hasta que la empresa adopte medidas pertinentes que eviten estos perjuicios a la sociedad, mediante actividades que amenacen la seguridad pública o los otros límites estudiados.

1.3. Libre competencia

Como ha sido mencionado en el apartado 1.2.1.3, la libertad de competencia es una facultad básica de todo empresario y motor de nuestro sistema económico; sin embargo, esta se presenta no solo en el sentido subjetivo sino también objetivo, como una obligación del Estado. Sobre este último aspecto estudiaremos en este apartado.

La libre competencia se manifiesta en el mercado, cuando existe una variedad de ofertas de distintos agentes económicos que buscan ser elegidos por los consumidores. El TC en su STC N° 018-2003-AI, fund. jur. 2, afirma que es: “la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.”

La libre competencia debe ser garantizada por el Estado, el cual debe asegurar las condiciones para que esta diversidad de empresas pueda ejercer su libertad y competir lealmente atrayendo más consumidores. Debe tenerse en cuenta que son estos consumidores quienes influyen directamente en el mercado y que incluso la satisfacción de sus necesidades representa el fin de este.

Ahora, con este objetivo de captar clientes es que las empresas más eficientes buscan adoptar mecanismos legítimos que atraigan su atención y finalmente elijan el producto o servicio que ofrecen. En ese sentido, Mier y Concha (2018) asegura que una de las bases sobre las que se constituye la libre competencia es “permitir a los proveedores, usar estrategias para ampliar el número de personas que buscan un bien o servicio proveniente de una fuente específica, claro, dentro del marco legal” (p. 178).

Es importante recordar que en un mercado donde se fomente y respete la libre competencia, tanto el empresario como el consumidor resultan favorecidos. De un lado, el consumidor obtendrá un buen producto o servicio, de mayor calidad, mejor modelo y a un mejor precio; y del otro lado, el empresario obtendrá mejor reputación, más clientes y mayores ingresos. Ello evidencia que “a mayor competencia, mayor bienestar” (Rodríguez, V. 2016, p.132).

Ahora bien, la libre competencia supone que el mercado funcione según las fuerzas de la oferta y la demanda. Ello quiere decir que exista suficiente cantidad de compradores y vendedores, de manera que ninguno pueda fijar el precio de los bienes por sí solo; y que el comportamiento de ambos sea el que dirija el mercado. A modo de ejemplo, la demanda aumenta cuando el precio del bien es menor y si esto ocurre la oferta disminuye, dado que las empresas no querrán invertir en la producción de bienes que generen reducidos beneficios. En cambio, si el precio del bien es mayor, la oferta aumenta, pero la demanda disminuye. Así entonces, una libre competencia implica que todo el mercado gire en torno a las conductas de los vendedores y compradores (oferta-demanda) y no de la imposición del Estado o una fuerza externa.

Constitucionalmente, la libre competencia se encuentra reconocida en el artículo 61°. En este se estipula que: “El Estado facilita y vigila la libre competencia.

Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. Es decir, en nuestro régimen económico, el Estado debe promover, garantizar, amparar la libre competencia y adoptar medidas pertinentes en situaciones en las que esta se vea amenazada.

Ahora bien, el último deber mencionado, comprende erradicar los actos que puedan causar un desequilibrio competitivo injustificado entre los agentes económicos. Ello reafirma la idea de que la labor correctora del Estado en la economía se manifiesta en su intervención ante las fallas que surjan en el mercado, las cuales, en ocasiones, envuelven actos evidentemente ilegítimos. En esta línea de ideas, Montjoy-Forti (2018) asegura que “el Estado no solamente respeta un espacio de libertad para que los individuos puedan realizar sus actividades económicas sino también vela para que las interacciones en ese espacio sean realizadas según Derecho.” (p.76)

La libre competencia es primordial en toda economía y por ello, resalta la necesidad del cumplimiento del deber de vigilancia y protección por parte del Estado. En ese sentido, Olivos (2011) afirma:

La libertad de competencia forma parte del orden público económico y que al Estado le corresponde preservar, pues si el mercado se autorregulase acabaría en un caos en el cual las conductas anárquicas o las que sólo buscan el privilegio personal se impondrían. (p.16)

En efecto, con un Estado que incumple su rol vigilante y corrector, las empresas pueden realizar distintas conductas anticompetitivas y, buscando beneficio propio, intentar reducir o impedir la competencia de forma indebida e ilegal, afectando así el mercado. En relación a esto, Resico (2010) afirma que:

Para ello buscan cooperar con otras empresas (por ejemplo, originando cárteles) o buscando dominar ellos mismos el mercado (monopolio). Es así que se puede presentar el caso en que algunas empresas alcanzan lo que se denomina posición dominante en el mercado, que consiste en disponer de una situación que resulta en un poder de negociación superior frente a otros agentes económicos. (p.90)

Ahora, si bien estos factores influyen en el mercado, es preciso afirmar que el monopolio o la posición de dominio en general, por sí solos, no menoscaban la libre competencia, ni son perseguidos por el Estado; sino que este se encarga de

sancionar y erradicar el abuso de ambos. A modo de ejemplo, el abuso de la posición de dominio obstaculiza, impide y elimina la competencia ilícitamente. Ello conlleva a que estas empresas tengan la posibilidad de fijar precios de sus productos o servicios, reducir su calidad, variedad o limiten la oferta de estos, sin que esto los afecte directamente, ya que, al no existir competencia o ser esta mínima, los consumidores no tendrán otra alternativa que la que ofrece la empresa dominante. Todo lo mencionado sí representaría un fuerte perjuicio a la libre competencia y el correcto desarrollo del mercado y es el Estado el que debe sancionar y erradicar estas conductas.

Ahora, la libre y leal competencia se ve amenazada también por ciertas conductas o mecanismos usados por las empresas, que envuelven actos de engaño, de confusión, de denigración, entre otros. Estos representan actos de competencia desleal y serán tratados con mayor amplitud en el segundo capítulo de esta investigación.

En este orden de ideas, el Estado a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, como segunda instancia, cumplen su obligación de proteger la libre competencia y son estos órganos resolutivos del INDECOPI, los encargados de identificar y sancionar estas prácticas, imponer multas y restringir el funcionamiento de las empresas infractoras hasta que regularicen su actividad.

2. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad es otro de los pilares que rige el modelo económico que asume nuestro país, al igual que la libertad de empresa, la libre competencia, la iniciativa privada y algunos más; sin embargo, se le ha dado una relevancia especial en esta investigación por ser una variable trascendental para el desarrollo de la misma.

Es necesario definir y detallar el contenido del principio de subsidiariedad, los requisitos para la actuación del Estado en la economía, así como sus límites; y todo ello será objeto de este apartado.

En nuestra vigente Constitución, este principio se encuentra consagrado en el artículo 60°, el cual establece que “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”

En principio y como regla general, son los ciudadanos los facultados a realizar actividades económicas por iniciativa suya y a través de las distintas formas jurídicas, bajo los límites que el ordenamiento indica. Sin embargo, a la luz del artículo señalado líneas arriba, se autoriza la intervención directa del Estado en la economía, y -como primera impresión- inmediatamente, se restringe vigorosamente esta facultad, para que se realice siempre cumpliendo los requisitos que en el mismo artículo se señala.

Es en ese sentido que generalmente se ha interpretado todo el principio de subsidiariedad, como un límite, una fuerte restricción a la actuación del Estado en la economía. Como ejemplo de ello, Guzmán (2015) opina, que el principio de subsidiariedad estatal es la “obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo” (p. 393).

Así, coincidimos con Víneces (2011) cuando asegura que “la redacción del artículo 60° de la carta magna es imprecisa y, de hecho, conduce a interpretaciones de esta naturaleza.” (p.7) Sin embargo, corresponde señalar que este principio de subsidiariedad no solo debe ser interpretado como un límite sino como la facultad y obligación del Estado de cumplir su importante labor vigilante, garantista y correctora en el mercado y ejecutar también su función social. En esa línea de ideas, si bien el “Estado debe intervenir empresarialmente en supuestos limitados, también debe actuar siempre como agente regulador y corrector en aquellos segmentos del mercado en los cuales la actividad de los privados presenta degeneraciones.” (Víneces, 2011, p.7)

Así también, el TC opina en su STC N° 00008-2003-AI, fund. jur. 21, que mediante este principio:

El Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

En definitiva, esta intervención estatal debe darse ante fallas en el mercado como la ausencia o deficiencia del sector económico privado. En estas circunstancias, el Estado es autorizado a cubrir ciertas necesidades en favor del bien común. Ahora, esta debe realizarse con sumo cuidado y cumpliendo las exigencias establecidas constitucionalmente para su procedencia, porque de lo contrario “las consecuencias pueden ser perjudiciales no solo para el sector específico, sino para todo el sistema económico, dado que la inversión privada, puede ahuyentarse al percibir climas hostiles en la economía” (Davis, 2013, p. 41), entre otros factores negativos más.

Sobre este carácter residual de la actividad empresarial del Estado, el TC se ha pronunciado en su STC N° 0001-2014-PI/TC, fund. jur. 50, afirmando que:

salvo de manera excepcional, no corresponde al Estado intervenir en la economía ofertando bienes y servicios en concurrencia con los particulares. La actividad empresarial del Estado, por tanto, no busca remplazar sino suplir la insuficiente oferta privada, a niveles de precio que se consideren socialmente adecuados.

Asimismo, en otra STC N° 00008-2003-AI, fund. jur. 23, el TC indicó que el Estado actúa fomentando, estimulando, coordinando, complementando, integrando o sustituyendo, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo de la libre iniciativa privada y que “la subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica.”

En síntesis, este principio es una herramienta que permite que el Estado cumpla con sus fines sociales y velar por el interés general, por cuanto autoriza que intervenga económicamente cuando la sociedad necesita algo que los particulares no se encuentran en la posibilidad o no están dispuestos a ofrecerles. Sin embargo, al mismo tiempo, este principio tiene en sí mismo su aspecto limitante, como la exigencia de que esta actividad económica se dé de modo excepcional, lo que, en

palabras de Guzmán (2015), logra “impedir que el Estado realice actividades cuando ello no resulta indispensable” (p. 393)

2.1. Argumentos justificantes

Si bien el principio de subsidiariedad del Estado en el ámbito económico cuenta con ciertos detractores, es seguro afirmar que es uno de los pilares más importantes que engloba la ESM. Diezcanseco y Crosbby (2011) mencionan y explican algunos argumentos por los cuales se justifica este principio. Entre los más resaltantes, presento de manera resumida, los siguientes:

- Históricamente, se ha demostrado que cuando el Estado interviene en el mercado como agente económico, es un mal administrador del capital, no maneja eficientemente el dinero. Esto sucede pues al ser financiado con dinero público, no asume riesgos que los privados sí, por tanto no cuenta con mayor incentivo para hacer buen uso del dinero que se le asigna.
- Definitivamente, cuando el Estado participa económicamente, lo hace con mucha más ventaja y menos, o nulos riesgos de los que asume un agente privado. Una actuación económica estatal sin límites, conllevaría a que la iniciativa privada se vea fuertemente desincentivada, todo lo contrario a lo que debería buscar el Estado como garante del buen funcionamiento del mercado y la competencia. Así, este no solo estaría incumpliendo su obligación de impulsar la iniciativa privada, sino que la desincentivaría y afectaría gravemente, repercutiendo directamente en el sector empresarial, en el mercado en general, así como en los consumidores.
- Además de ello, en los ejemplos antes mencionados se puede percibir que el Estado asumiría la función de árbitro y jugador en el mercado. Árbitro, pues es el que establece las reglas de ingreso, permanencia y salida de los agentes al mercado, y jugador, pues competiría al mismo tiempo con empresas privadas. Lógicamente, ello impide que la empresa pública y privada tengan, eventualmente, un mismo tratamiento legal, como está planteado en el último párrafo del artículo 60° de la Constitución.
- Finalmente, el Estado para el manejo de los agentes económicos de su propiedad y dirección, usa el erario público, lo que les permite despreocuparse por buscar la mayor eficiencia de sus recursos, llegando

incluso a despilfarrar el patrimonio que puede ser utilizado para obras públicas o actividades de carácter social. Ello, sin mencionar la lamentable pero casi inevitable corrupción que implica manejar una empresa financiada con recursos del Estado y con posibles malos dirigentes que aprovechen esto para buscar satisfacer sus intereses personales.

2.2. Requisitos

Como ha sido mencionado inicialmente, la actividad empresarial del Estado puede ejecutarse en tanto cumpla con determinados requisitos previstos en el artículo 60° de la Constitución. Estos requisitos representan límites a la actuación empresarial del Estado, buscan evitar su uso excesivo y a su vez, impiden la vulneración de las libertades económicas de los agentes privados y del correcto funcionamiento del mercado en general. El presente apartado estudiará estas exigencias en base a jurisprudencia constitucional y administrativa.

Los requisitos establecidos para la procedencia de la intervención del Estado en la economía son: estar autorizada por ley expresa, tener carácter subsidiario y finalmente debe existir un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Como se ha mencionado anteriormente, la presencia del Estado como empresario en el mercado es una situación que debe darse de modo excepcional. Por esta razón, estos requisitos exigidos deben interpretarse de modo restrictivo.

En referencia a ello, Quiñones (2012), afirma con alivio lo siguiente:

escollo insalvable contra el que se han estrellado las intenciones de sucesivos gobiernos por reactivar la actividad empresarial del estado, esta norma incorpora tres candados, para blindar al mercado de sus distorsiones: subsidiariedad, Ley expresa y motivación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; amén de ordenar que la empresa estatal se someta al mismo tratamiento legal que la privada. Quedan prohibidos, consiguientemente, los estatutos preferenciales y privilegios para las empresas estatales. (p. 66)

A continuación, se definirán los requisitos mencionados:

2.2.1. Autorización por ley expresa.

En primer lugar, la Constitución establece como requisito la emisión de ley expresa que autorice la actuación del Estado como empresario. Así, en su artículo 60° se

estipula: “Solo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar actividad empresarial.” Con ello, podemos afirmar que este primer requisito es de tipo formal.

Con respecto a la expresión “ley expresa”, surge la pregunta sobre cómo debe interpretarse el vocablo “ley” y a qué se refiere este. Al respecto, en la resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI, fund. jur. 56, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, aclara esta duda asegurando que “no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.”

Asimismo, en el fundamento jurídico 58° de la misma resolución, se precisa, como fue mencionado anteriormente, que:

las reglas de interpretación constitucional reconocidas por el Tribunal Constitucional exigen que el concepto “ley” se entienda de manera restrictiva. En ese sentido, la autorización por “ley” se refiere a que solo puede ser emitida por el parlamento, en su condición de órgano representativo de los titulares de los derechos que serán limitados.

En ese sentido, no se podría afirmar que se cumple este primer requisito cuando la actividad empresarial estatal es autorizada por “una norma que, siendo de rango legal, constituye un instrumento distinto al expedido por el Parlamento (v.g. Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Ordenanza Regional, etcétera).” (fund. jur. 53)

Debemos comprender que esta exigencia de interpretación restrictiva y de emisión de ley debatida en el Congreso, tiene como objetivo reducir el ámbito de discrecionalidad que obtendrían algunas malas autoridades, quienes, de no existir este requisito restrictivo, emitirían normas diversas, buscando obtener algún beneficio propio a través, por ejemplo, de creación de empresas públicas. Por ese motivo, se somete esta decisión al ente que representa la voz de la sociedad, como lo es el Congreso.

Volviendo a la expresión “ley expresa”, respecto al adjetivo calificativo “expresa”, INDECOPI en diversa jurisprudencia - resoluciones N°2470-2010/SC1, N° 2471-2010/SC1, N° 419-2014/SC1, etc- afirma que en la ley debe estipularse de forma clara y patente en qué consistirá la actividad empresarial del Estado, sea esta para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes o servicios. Además,

INDECOPI enfatiza que en la interpretación de esta ley no se admiten analogías, ni interpretaciones extensivas, mucho menos autorizaciones tácitas.

En suma, el requisito de autorización por ley expresa para la intervención del Estado como empresario, se trata de un requisito formal que implica la emisión de una ley expedida por el Congreso que autorice el desarrollo de una actividad empresarial por parte del Estado y esta debe ser clara y específica sobre qué actividad se realizará.

2.2.2. Carácter subsidiario de la actividad empresarial.

En segundo lugar, nuestra carta magna estipula como requisito que la actividad económica del Estado tenga un carácter subsidiario. Como sabemos, nuestra vigente Constitución Política se caracteriza por ser garantista pues liberaliza la economía dándole gran relevancia a las libertades económicas, permitiendo que sea el ejercicio de estas lo que impulse el desarrollo y crecimiento de nuestro país. En otras palabras, permite que el mercado se rija bajo sus propias reglas, “quedando el Estado limitado sólo a un rol subsidiario en materia económica.” (STC N° 01248-2008-PA/TC, fund. jur. 16)

En esa línea de ideas, nuestro sistema económico se asienta en el ejercicio de la libertad de empresa, no en la creación y desarrollo de empresas públicas y estatales. Es decir, la iniciativa privada es la regla, mientras que la intervención del Estado es la excepción. Ello, nuevamente, se traduce en la protección prevalente de las libertades, “conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria.” (Res. N° 0419-2014/SDC-INDECOPI, fund. jur. 23)

Todo este carácter de excepcionalidad y subsidiariedad de la intervención empresarial estatal implica que se ejerza ante la ausencia o deficiencia de la actividad privada. Es decir, cuando no existan en el mercado empresas que brinden ciertos productos o servicios que busca la demanda, o cuando sí existen estas pero no pueden cubrir la totalidad de la demanda, y en consecuencia, quede un porcentaje que no vea satisfechas sus necesidades de determinados productos o servicios.

En esa línea de ideas, mientras en el mercado exista suficiente oferta que cubra las necesidades de la demanda, será innecesaria la intervención del Estado como empresario. Ahora, conforme la Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, esta condición de oferta suficiente se presume -salvo demostración en contrario-, cuando en el mercado funcionan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

2.2.3. Motivación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En tercer lugar, la Constitución exige la satisfacción de un alto interés público o de una manifiesta conveniencia nacional como fundamento de la iniciativa empresarial pública. Si bien ambos conceptos jurídicos son indeterminados, se procederá a dar breves luces del contenido de estos.

El término “interés público”, conforme lo resuelto en la STC N° 0090-2004-AA/TC, fund. jur. 11, se relaciona “con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad.” Además, se afirma que este concepto no es contradictorio al interés privado, sino que más bien engloba todos aquellos intereses compartidos por los particulares.

Por su parte, Correa (2006) agrega que el interés público es aquel que “satisface al máximo los intereses de la comunidad involucrada, (...), y que tiene por finalidad última evitar conflictos políticos, religiosos, económicos, sociales y culturales y perfeccionar el bienestar de la población o de segmentos de esta última.” (p.140)

Respecto al término “conveniencia nacional”, podemos afirmar que también está enlazada a la idea de un provecho o beneficio para todos los particulares en general. Ahora, estos conceptos están acompañados previamente de los términos “alto” y “manifiesta”, respectivamente; los cuales dan todavía mayor énfasis en lo importante, claro y evidente que debe ser este beneficio para la sociedad.

Es importante mencionar que la apreciación y evaluación de la actividad empresarial y su calificación como de “interés público” o de “conveniencia nacional” le corresponde al Congreso de la República. Ello porque es el ente representante de los diversos sectores de la sociedad y el legitimado para identificar y expresar los intereses de esta.

Por otro lado, la finalidad de establecer este requisito para la actuación empresarial del Estado es eliminar la posibilidad de que este se desvíe del cumplimiento de sus deberes propios como tal, como garantizar la seguridad nacional o un sistema de justicia adecuado. Es decir, se busca evitar que el Estado desarrolle actividades que no le corresponden o no son prioritarias y destine esos recursos públicos al desarrollo de actividades verdaderamente urgentes y propias de su deber como Estado.

Habiendo desarrollado estos apartados, obtenemos como conclusión que el principio de subsidiariedad estatal es constitucionalmente reconocido en el artículo 60°, en el que se estipula que en nuestro régimen económico, el Estado tiene una labor supletoria y accesoria e intervendrá en la economía de manera directa ofreciendo servicios, solo si previamente cumple 3 requisitos:

Primero, cumpliendo el requisito formal de estar autorizado por ley expresa emitida por el Congreso. Segundo, cumpliendo con el carácter subsidiario de su actividad, es decir la presencia de agentes privados debe ser la regla y el Estado ingresará solo por excepción, ante la ausencia o deficiencia de la oferta privada. Y tercero, cumpliendo con que la actividad desarrollada sea por motivo de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; es decir, cuando exista una real necesidad de la sociedad de que el Estado brinde determinado bien o servicio.

CAPÍTULO II

LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO

Los actos de competencia desleal son generalmente asociados a agentes privados que con el afán de obtener mayor preferencia hacen uso de ciertos mecanismos contrarios a la buena fe empresarial. No obstante ser cierto ello, el Estado también puede verse envuelto en este tipo de actos a través de la actividad empresarial que, en ocasiones, realiza.

El objetivo que se pretende lograr en este capítulo es configurar la comisión de actos de competencia desleal en la actuación empresarial del Estado, para ello se estudiará doctrinaria y jurisprudencialmente cada tipo de acto de competencia desleal según la Ley de Represión de Competencia Desleal, dándole mayor relevancia a la modalidad de violación de normas. Además, se estudiará la actuación empresarial del Estado y las razones por las que debe limitarse estas.

1. Definición de competencia desleal

Para comprender el significado de 'competencia desleal' es necesario desglosar el término y empezar definiendo el vocablo 'competencia'. Entonces, podemos afirmar de forma sencilla, que esta implica la rivalidad generada entre las empresas que concurren en el mercado para vender bienes u ofrecer determinados servicios. Es aquella disputa o riña que se crea entre los agentes económicos con el fin de

obtener la preferencia de los consumidores, una mayor clientela, mayores ganancias monetarias, etc.

Olivos (2011) citando a Fernández señala que “hay competencia allí donde los empresarios o los profesionales que venden sus servicios están en tensión, preocupados porque sus clientes les pueden abandonar, porque no quieran seguir con ellos o porque sus competidores se los quiten” (p.52). Este autor considera que hay competencia cuando existe rivalidad entre los productores y ello hace posible que el consumidor tenga la posibilidad real de elegir.

Por su parte, Otamendi (1998) afirma que “la competencia en un mercado es la lucha por la clientela. Hay competencia cuando se puja por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar” (p.1). Así, esta “lucha” genera un impacto inmensamente positivo en el mercado porque representa para los proveedores, un estímulo hacia la mejora de sus productos y servicios; y esto a su vez, la oferta de una variedad de opciones a escoger por los consumidores.

Ahora, con respecto al vocablo ‘desleal’, podemos afirmar, en términos coloquiales, que está relacionado a la traición, falsedad o vileza; y este tipo de conductas negativas son atribuibles incluso a las empresas. En otras palabras, en el contexto de la competencia económica, las empresas pueden tener ciertas conductas que implican falsedad, denigración, sabotaje, en perjuicio de otro competidor y son estas prácticas contrarias a los usos y costumbres honestos, las que se consideran actos de competencia desleal.

Consecuentemente, estas prácticas deshonestas perjudican y distorsionan la leal competencia, provocando un desequilibrio que finalmente repercutirá directamente en los consumidores y el mercado en su conjunto. En ese contexto es que el Estado como ente encargado de corregir las fallas en el mercado, debe exigir que las actividades económicas se desarrollen bajo ciertas pautas de buena fe y lealtad. Ahora, esto no busca restringir el campo de actuación de los agentes económicos para superar a sus competidores; por el contrario, reconoce la competencia como un dato intrínseco de nuestro régimen y un óptimo sistema de manejo de los recursos económicos existentes (Álvarez, 2017), y como tal, busca garantizar que esta sea justa, honesta y leal.

En esa línea de ideas, no todo acto que tenga como finalidad captar clientes de otro competidor configura un acto de competencia desleal. La atención se enfoca en los medios usados para esta captación. Si estos están basados en el propio esfuerzo, creatividad y eficiencia de la empresa, y de esa forma supera a sus competidores captando sus clientes, la conducta resultaría completamente leal y acorde a las normas.

No obstante, la disputa concurrencial de los agentes en el mercado no siempre se da de esta forma, sino que se puede convertir en excesiva, agresiva e involucrar el uso de prácticas contrarias a la buena fe objetiva; por ejemplo, a través del engaño, la confusión, el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, la denigración de esta, entre otros ejemplos que serán explicados en el desarrollo de este capítulo.

Negrete (2016) mencionó la importancia de encontrar un balance entre los derechos individuales y colectivos, de los empresarios y los consumidores en general respectivamente, y evitar la comisión de actos de competencia desleal, indicando que:

[S]e observa la necesidad de proteger el equilibrio entre los derechos individuales y los colectivos, de tal forma, que la convergencia de ellos permite el restablecimiento de los derechos con la función social, ya que estos actos alteran el equilibrio y la libertad competitiva en el comercio, precisamente por el desborde de los límites personales. (p. 58)

En esta línea de ideas, para impedir la comisión de estos actos desleales, a lo largo de los años se ha ido promulgando normativa que sanciona estas conductas. Históricamente, las primeras leyes relacionadas a competencia desleal que surgieron, estuvieron dirigidas a la protección específica de los agentes económicos que veían amenazados sus intereses o su posición en el mercado, a causa de comportamientos desleales de otros operadores económicos. Sin embargo, en la actualidad, el objeto de protección de estas normas ha variado y ahora cuenta con un carácter social. Lo que inicialmente buscaba la protección exclusivamente profesional, ahora también defiende intereses del consumidor y del mercado en general.

En otras palabras, actualmente son considerados actos de competencia desleal no solo los referidos a afectaciones de intereses de las empresas, como los que

contravienen los buenos usos mercantiles, la honestidad profesional, etc.; sino también aquellos que afectan el orden público económico, que impiden que el mercado funcione correctamente y generan, por medios ilegítimos, que las decisiones de los consumidores se desvíen, sin que esto sea, necesariamente, beneficioso para los mismos.

En nuestro país, en el año 2008, se promulgó la Ley de Represión de Competencia Desleal (en adelante LRCD), Decreto Legislativo N° 1044. En esta ley se prescribe y sanciona diversidad de actos que se configuran como desleales, los cuales son agrupados en: actos que afectan la transparencia del mercado, vinculados con la reputación de otro competidor, que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena, y los desarrollados mediante la actividad publicitaria.

La LRCD busca que las conductas de los agentes económicos se rijan bajo los límites de la buena fe y la lealtad. Así, en su artículo 6° numeral 6.2 se establece que “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”.

Diversos autores, tales como Guzmán (2009) y Northcote (2009), coinciden en que la definición de competencia desleal esgrimida por la LRCD resulta confusa, imprecisa y subjetiva por no dejar claro el concepto de “buena fe empresarial”, el cual consideran que es un término incompleto y difuso. Sin embargo, se podría sostener que la exigencia de este concepto en la conducta de todo agente económico, busca eliminar el oportunismo, el provecho basado en medios distintos a la eficiencia propia del empresario, sea este una persona natural o jurídica (Rodríguez, G. 2013). Así, todo acto contrario a la buena fe empresarial configura un acto desleal, cualquiera sea la forma que adopte, el medio que permita su práctica o el sector de la actividad económica en la que se desarrolle.

Ahora, el artículo 1° de la LRCD expresa la finalidad que esta busca mediante la sanción de los actos contrarios a la buena fe empresarial. Establece que “reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.” Conforme a ello, Álvarez (2017) opina que el propósito de la LRCD es que “los operadores

económicos, una vez en el mercado compitan efectivamente, impidiéndoles la utilización de tácticas que de una u otra forma, les permitan eliminar, restringir o falsear la competencia entre ellos” (p.6). Del análisis de estas ideas, queda evidenciado entonces, que el objeto de protección de la LRCD es el proceso competitivo y no precisamente el competidor. Esta ley busca mantener y asegurar el correcto desenvolvimiento competitivo en el que prime el esfuerzo propio y la eficiencia de los agentes económicos, como medios para ser preferidos por los consumidores.

Ahora, con respecto al fundamento y justificación de esta LRCD, podemos afirmar que el derecho de la competencia en general, radica precisamente en la necesidad de asegurar que, a través de esta, el mercado sea el que asigne los recursos escasos de manera eficiente, lo que corresponde, asimismo, una característica de nuestro régimen económico.

En esa línea de ideas, Olivos (2011) reconoce que:

las políticas de defensa de la competencia tienen su fundamento en la premisa de que un mercado libre genera eficiencia y bienestar para la sociedad porque constituye el mecanismo más eficiente de asignación de recursos. Ello sucede porque el libre juego de la oferta y la demanda conducen a los competidores de un mercado en su lucha por ganar clientes, a ofrecer una mejor calidad a precio más bajos, implementado mejores tecnologías y promoviendo de ese modo la eficiencia en bienestar de los consumidores. (p. 57)

En suma, las normas contra los actos de competencia desleal resultan necesarias en un Estado que ha alcanzado un determinado nivel de crecimiento económico y que busca promover la iniciativa empresarial, dado que crea desarrollo y trae beneficios a los consumidores. (Lázaro, s.f)

Es importante recordar que, en búsqueda de este desarrollo económico y con el propósito de desincentivar efectivamente las malas prácticas competitivas, la LRCD no exige acreditar la existencia de intencionalidad para la configuración de un acto como desleal. Así, en su artículo 7°, numeral 7.1, se establece que “La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.”

Guzmán (2009) explica esta idea indicando que:

[L]a responsabilidad proveniente de competencia desleal es objetiva, no siendo necesario determinar la existencia de dolo o culpa para que la misma se configure, es decir solo basta la conducta del agente (...). En consecuencia, la responsabilidad en este ámbito es objetiva, dada la necesidad de reprimir la conducta indebida, desincentivando su comisión. (p. 136)

Asimismo, el numeral siguiente, es decir numeral 7.2, indica que no es necesario acreditar que el perjuicio ocasionado por la comisión del acto desleal, al competidor, consumidor o el mercado, se efectivizó, sino que es suficiente con que se genere un daño potencial.

A manera de conclusión, podemos afirmar que la competencia desleal se configura cuando los agentes económicos con el fin de obtener ventajas frente a sus competidores realizan prácticas comerciales contrarias a la buena fe empresarial, la lealtad y buenos usos comerciales. Estos actos perjudican no solo a los otros competidores, quienes en ocasiones son afectados tras un aprovechamiento ilegítimo de su esfuerzo, sino que también trasgrede los derechos del consumidor, referidos a la libre elección de productos y servicios tras recibir información completa y veraz; y en general, menoscaba el buen funcionamiento del mercado. Por estas razones el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI), en aplicación de la Ley de Represión de Competencia Desleal, prohíbe y sanciona estos actos desleales en protección del mercado, globalmente hablando, de los agentes económicos y los consumidores, dándole así un enfoque de protección social.

Los actos desleales que se pueden presentar en el mercado son diversos. Estos serán explicados brevemente a continuación.

1.2. Clases de actos de competencia desleal

El listado de actos que configuran competencia desleal se desarrolla a lo largo del artículo 8° hasta el 18° de la LRCD, los cuales serán explicados de manera breve. Se centrará la atención en los actos de violación de normas, brindando información valiosa para esta investigación.

La clasificación que nos brinda la LRCD se da de la siguiente manera:

1.2.1. Actos que afectan la transparencia del mercado

Estos actos se subdividen en actos de engaño y actos de confusión, regulados en el artículo 8° y 9° de la LRCD, respectivamente.

a) Actos de engaño

Conforme es definido en el numeral 8.1 del artículo 8° de la LRCD, los actos de engaño tienen:

[C]omo efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos (...) que corresponden a los bienes, servicios, (...) que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Como vemos, este artículo prohíbe los actos que induzcan a error a otros agentes del mercado y creen en ellos una percepción de las características, condiciones de adquisición del producto o servicio, o de los atributos del mismo agente, y que esta no sea coincidente con la realidad. Así, las personas tienen derecho a decidir y una decisión libre de parte del consumidor tiene como premisa la información. En ese sentido, una decisión basada en información engañosa no permite una libre elección.

Las empresas, al cometer actos de engaño, buscan - como toda empresa en general - emplear en los consumidores un ánimo persuasivo dirigido a moverse en tal o cual sentido, de forma que se convierta en su cliente o consuma sus productos o servicios. Esto último correspondería un acto natural de la competencia si fuera producto del esfuerzo propio de la empresa; sin embargo, no es así cuando se realiza a través de conductas deshonestas o de engaño. (Flores, 2008)

Ahora, este tipo de actos suelen emplearse frecuentemente mediante la publicidad comercial, sea esta a través de espacios televisivos, radiales o plasmadas en el mismo empaque del producto. A modo de ejemplo, tenemos lo señalado en la resolución N° 00735-2017/SDC-INDECOPI, en la que se confirma la resolución emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante CCD) que declaró fundada la imputación de oficio contra Molitalia S.A. por la comisión de actos de engaño, dado que a través del empaque de uno de sus

productos publicitaba que este era “libre de azúcar” cuando en la realidad, esto no era así.

Por otro lado, respecto a la actividad publicitaria, en la resolución N° 328-2015/INDECOPI-CUS se explica que la transmisión o difusión de esta no es absoluta, sino que debe ir conforme al ordenamiento jurídico correspondiente y preservando el interés público. También precisó que el propósito de la prohibición los actos de engaño, es proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran frente a los operadores económicos, quienes por su experiencia y organización manejan información relevante de los servicios y productos que brindan y que debería ser ofrecida de manera oportuna, honesta, clara y veraz.

b) Actos de confusión

Como se sabe, para el buen funcionamiento del mercado se requiere que los productos y servicios que se ofrezcan en él, estén bien determinados y puedan ser diferenciados por los consumidores. De esa manera y con información clara, estos podrán elegir el producto o servicio que más le convenga según sus intereses. Habiendo manifestado ello, y para mayor entendimiento de lo que significan los actos de confusión, es útil tener en cuenta que el vocablo “confusión” es definido como mezcla, desconcierto, error, equivocación. Así, la LRCD, en el numeral 9.1 de su artículo 9°, explica estos actos indicando que tienen:

[C]omo efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

Así, los actos de confusión “están constituidos por aquellas conductas que restringen o impiden diferenciar entre las diversas actividades, prestaciones, productos o servicios que concurren en el mercado.” (Pastor, 2010, p. 32)

De igual forma, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 - adscrito por el Perú y en vigencia desde 1995 - en su artículo 10 bis, numeral 3, asume como criterio básico, la prohibición de “cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.”

Es importante mencionar que, para la configuración de un acto de engaño, no es necesario acreditar que efectivamente se hubiera producido confusión en el público, basta con que se pruebe la existencia de este riesgo o efecto potencial.

Ahora, para ejemplificar la comisión de este tipo de actos de confusión, tenemos el caso plasmado en la res. N° 061-2018/CCD-INDECOPI, en la que la CCD sanciona al denunciado por haber inducido a error a los consumidores respecto al origen empresarial de la actividad que prestaba. Esto pues había utilizado el logotipo y la denominación de la denunciante para prestar el servicio de educación, sin ninguna autorización e incumpliendo el deber de diferenciación exigida a todo agente económico.

A modo de resumen, podemos afirmar que a través de los actos de confusión, un competidor induce a error a los consumidores, para que influyendo en ellos, adopten decisiones fundadas en una incorrecta percepción del origen empresarial del producto, la prestación, establecimiento o la actividad que brinda, afectando así la buena fe comercial, el orden en el mercado y finalmente los intereses de los consumidores que se vieron impedidos de optar por una opción mejor que la que escogieron debido a la confusión inducida.

1.2.2. Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico

Con respecto a este tipo de actos desleales, encontramos las siguientes subdivisiones:

a) Actos de explotación indebida de la reputación ajena

En cuanto a este tipo de actos, la LRCD establece en el numeral 10.1 del artículo 10° que:

Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

Guzmán (2019) hace énfasis especial en que este “aprovechamiento debe ser indebido, vale decir, no permitido por la norma legal” (p. 296). Ello pues sí existe el

derecho a imitar iniciativas empresariales, siempre y cuando se respete la propiedad intelectual, así como el deber de diferenciación de todo agente económico.

Ahora, un ejemplo de explotación indebida de reputación ajena de actos se dio cuando una empresa que tuvo una relación contractual con la empresa denunciante y habiendo roto dicho vínculo, a través de folletos informativos señalaba que seguía siendo distribuidor autorizado de la denunciante, consignando un ícono que representaba ello y plasmando la frase “distribuidor autorizado”. (Resolución 010-2016/CCD-INDECOPI) De esta manera, generó que los consumidores pudieran formarse una idea de asociación entre ambas empresas, las cuales ya no contaban con vínculo alguno, y así se aprovechaba de la reputación ajena.

Ahora, coincidiendo con Guzmán (2019) podemos afirmar que con estos actos “lejos de perjudicar al proveedor del cual el actor se aprovecha, el mismo perjudica al mercado en su conjunto, dirigiendo indebidamente la decisión de sus consumidores.” (p. 297).

En esa línea de ideas también opina López (2005), quien hace un análisis interesante y refiere que de esta forma la empresa que comete acto desleal genera que el consumidor caiga en error, y ello tenga como efecto que genere una sobrevaloración de una opción de producto o servicio e impida que escoja aquel bien que pudo producirle mayor excedente y, consecuentemente mayor bienestar.

b) Actos de denigración

Esta clase de actos se configuran cuando un tercero usando ciertas estrategias, intenta menoscabar el prestigio de las marcas, productos, servicios o establecimientos de la competencia, con el propósito de sobresalir y tener una mejor imagen en el mercado. (Sevilla, 2011)

Por su parte, la LRCD indicó en su artículo 11°, numeral 11.1, que consisten “en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.”

Este tipo de actos, entonces, serán desleales y por tanto sancionables, en tanto se empleen afirmaciones que creen descrédito ilegítimamente a los productos o servicios de otro agente económico.

Conforme afirmó Ocampo (2014):

[L]a parte fundamental en la que estriba la ilicitud en los actos considerados como denigratorios es la posibilidad de que se produzcan manifestaciones que puedan mermar o menoscabar la capacidad de decisión de un consumidor, que es al final de cuentas un mecanismo indirecto que protege la competencia y el correcto funcionamiento del mercado. (p.243)

Es necesario precisar que no obstante lo mencionado anteriormente, el numeral 11.2 del artículo 11°, indica que se reputan lícitos esta clase de actos en tanto se trate de información verdadera, exacta y con pertinencia en la forma y el fondo. Estos son mecanismos eximentes de la responsabilidad por acto de denigración. Es decir, en tanto la información difundida sea verdadera, exacta y pertinente respecto a la falta de idoneidad del proveedor afectado, por ejemplo; sería considerado un acto lícito y estaría favoreciendo al mercado en su conjunto. Claro está, que es necesario evitar la ironía o sarcasmo y también, las referencias a situaciones personales (nacionalidad, creencias) las cuales evidentemente, no transmiten información pertinente. (Guzmán, 2019)

A modo de ejemplo, contamos con la Resolución N° 0408-2017/SDC-INDECOPI, en la cual la Sala Especializada de Defensa de la Competencia confirmó la Resolución de la CCD, que declaró fundado el extremo de la denuncia interpuesta por Industrias El Cisne S.A.C. contra Productos Paraíso S.A.C. por la comisión de competencia desleal en la modalidad de denigración, en tanto la denunciada utilizaba las frases “garantías bamba”, “basura” y “pura porquería” que los consumidores relacionarían con la empresa denunciante y dejarían entrever que los productos esta contarían con elementos perjudiciales para la salud.

c) Actos de comparación y equiparación indebida

El numeral 12.1 del artículo 12° de LRCD prescribe que este tipo de actos “consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena.”

Seguidamente, prescribe que antes de calificar estos actos como desleales debe verificarse una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico.

Es importante resaltar que conforme el segundo numeral del mismo artículo, al igual que los actos de denigración, estos actos serán ilícitos en tanto la información incumpla con las características de verdadera, exacta y pertinente; por lo tanto, de cumplirlas no configurarían actos desleales.

Por último, y con el fin de ejemplificar, tenemos el caso expuesto en la resolución N° 0140-2018/SDC-INDECOPI, en el que se sanciona a la empresa Intradevco Industrial S.A. por transmitir un anuncio publicitario que afirmaba que sus productos, a comparación del producto de la empresa denunciante, tendría más del doble de rendimiento, sin que estas afirmaciones cuenten con un medio probatorio que verifique dicho mensaje, configurándose así el acto de comparación indebida.

1.2.3. Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

Entre este tipo de actos se encuentran los siguientes:

a) Actos contra el principio de autenticidad

Este tipo de actos desleales se encuentran regulados en el numeral 16.1 del artículo 16° de la LRCD que establece que los actos contra el principio de autenticidad “[c]onsisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.” El mismo artículo, en el siguiente numeral, menciona la publicidad encubierta como ejemplo de este tipo de actos pues no expresa taxativamente que se trata de un anuncio contratado.

En ese sentido, en una entrevista para la página web Ojo Público, Aramayo y Mendoza, autoridades de INDECOPI, precisaron que “El hecho de no tener esa advertencia es lo que determina que [la publicidad] sea encubierta, y por ende afecte el principio de autenticidad.” Asimismo, agregaron que el consumidor le da más credibilidad a una nota periodística – que podría contar con publicidad encubierta pagada por un privado – que a un anuncio contratado y difundido como

tal. Por ello, es importante informar al consumidor que se encuentra frente a un anuncio publicitario.

Ciertamente, en la era digital en la que nos encontramos, es muy probable que puedan infringirse estas normas, sobre todo mediante las redes sociales, es por ello que en el 2019, Indecopi lanzó la Guía de publicidad para influencers en la que se promueve el uso responsable de la publicidad en redes y evitar la comisión de actos de competencia desleal.

Finalmente, como jurisprudencia relacionada a estos actos desleales, se presentó un caso en el que una revista publicaba ciertos anuncios con apariencia de noticias, sin indicar explícitamente que se trataba de publrreportajes. Ello con el fin de que los consumidores asuman que se trataba de declaraciones imparciales y verdaderas y capten la preferencia de estos, infringiendo el principio de autenticidad. (Resolución 0239-2016/CCD-INDECOPI)

b) Actos contra el principio de legalidad

En el artículo 17, numeral 17.1 de la LRCD, se indica que estos actos “consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.”

Este artículo exhorta que la publicidad que haga un agente económico no violente las normas que la regulan (Guzmán 2019). Como ejemplo, obtenemos el caso planteado en la resolución N°599-2016/SDC-INDECOPI en la que se analizó la situación de dos empresas que difundieron un anuncio referido a un “Sorteo Auto Mini Cooper”, sin precisar que la promoción era válida solo en Lima Metropolitana. Así, las empresas infringieron las normas de nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues este establece que cuando se anuncie temas de promociones de venta, las condiciones y restricciones de acceso deben ser informadas de forma clara, destacada y fácilmente advertibles por el consumidor. Consecuentemente, se vulneró el principio de legalidad.

c) Actos contra el principio de adecuación social

El artículo 18 de la LRCD indica que estos actos:

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa (...)
- b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. (...)

En el literal a, debe hacerse énfasis en el vocablo <<inducir>>, el cual quiere decir incitar o provocar, por lo que si la publicidad comercial trasmite un mensaje de mal gusto o un hecho no deseable en la vida cotidiana, mas no transmite un mensaje lo suficientemente contundente para incitar a cometer un acto ilegal, entonces este no será sancionado.

Por su parte, en el literal b, se especifica la sanción a la promoción de servicios con contenido erótico en un horario fuera de una (1:00) a cinco (5:00) horas, a un público que no sea adulto.

Para ejemplificar este tipo de actos desleales, tenemos la resolución N° 0133-2018/SDC- INDECOPI, en el cual se sanciona a la empresa denunciada por difundir anuncios que promocionaban servicios de contenido erótico en el diario “Correo”, al cual el público en general, incluso niños tenían acceso. De esta manera entonces, se vulneró este principio de adecuación social.

1.2.4. Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena

Dentro de este tipo de actos, encontramos 3 subdivisiones más, que son las siguientes:

a) Actos de violación de secretos empresariales

Según la LRCO, en su artículo 13 afirma que estos actos:

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

- a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente;
- b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

Estas normas tienen como finalidad proteger los secretos empresariales, que son un “conjunto de datos que permite a una empresa acceder al mercado o generar el conocimiento necesario para permanecer en el mismo” (Sosa, 2015, p. 246). Sin embargo, no toda información que maneje el agente económico tiene aptitud para

ser considerada secreto empresarial. El artículo bajo análisis es complementado por el numeral 40.2, del artículo 40° de la misma LRCD, en el que se precisa que una información califique como secreto empresarial debe cumplir con que:

- (i) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- (ii) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- (iii) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

De no contar con estas exigencias, la información no calificará como secreto empresarial y consecuentemente, no será tutelada por este artículo. Como ejemplo de lo dicho, tenemos la resolución N° 0048-2017/SDC-INDECOPI en la cual se declara infundada la denuncia, alegando que el solo hecho de que la información consista en el *know how* de la empresa no implica que esta tenga carácter confidencial y que la empresa haya querido mantenerla en reserva; es decir, esta debió tramitar un procedimiento previo que pueda acreditar su carácter de reservado o confidencial.

b) Actos de sabotaje empresarial

Estos actos se encuentran prescritos en el artículo 15 de la LRCD, en la que se indica que:

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial (...).

Ahora, esta norma no quiere decir que los actos que impliquen ofrecer mejores productos, servicios y, en general, condiciones de contratación a los consumidores, proveedores y trabajadores configuran actos de sabotaje, sino que estos representan un daño concurrencial lícito. (Guzmán, 2019)

Un ejemplo de la comisión de actos de sabotaje se percibe en la resolución N° 0208-2017/SDC-INDECOPI, en el cual la empresa Amazon fue sancionada por remitir a los proveedores de la denunciante, una serie de mensajes intimidantes

que inducían al incumplimiento de sus prestaciones correspondientes, pues contenía amenazas de iniciar acciones legales por “estar incumpliendo normas de propiedad industrial”.

c) Actos de violación de normas

La competencia desleal a través de actos de violación de normas, regulada en el artículo 14 de la LRCD, es el tema trascendental en el desarrollo de la presente investigación. Por ese motivo será explicada en este punto con mayor detalle, a comparación de los otros supuestos de competencia desleal expuestos superficialmente líneas arriba.

Para el análisis exhaustivo de este tipo de actos, nos enfocaremos en principio, en el 14.1 del artículo 14° de la LRCD, el cual prescribe que los actos de violación de normas tienen:

(...) como efecto, real o potencial: valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

De la lectura de este primer numeral, podemos afirmar que estos actos implican la infracción de ciertas normas imperativas. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en el incumplimiento de las normas tributarias, cuando ciertas empresas evaden su obligación de pagar tributos al fisco; o por otro lado, cuando se incumplen las normas laborales como el pago de los beneficios sociales a los trabajadores. En ambos ejemplos, se evidencia un ahorro de costos que representa un provecho, una ventaja competitiva ilegítima que las empresas que sí cumplen con sus obligaciones tributarias y laborales, no tienen.

Continúa la ley, en el numeral 14.2 del artículo 14°, señalando dos supuestos por las que queda acreditada la infracción de normas imperativas. El primer supuesto se da “a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión;”

Así, la decisión debe ser previa para que “las partes no se encuentren sujetas a una situación de incertidumbre respecto al resultado del procedimiento administrativo”. Además, debe ser firme para que “INDECOPI no se convierta en una instancia adicional de discusión que supla las funciones que le corresponden a las autoridades sectoriales competentes (...)” (Resolución 0196-2017/SDC-INDECOPI, fund. jur. 28). Asimismo, evita que se emitan pronunciamientos contradictorios entre INDECOPI y la autoridad sectorial competente.

Pazos, Capurro y Mac Kee (2018) denominan a este primer supuesto ‘actos de violación de normas en sentido estricto’ y reiteran que para que este supuesto se configure, la empresa debe haber sido previamente declarada infractora por la autoridad competente. Ahora, una vez comprobada la existencia del pronunciamiento de la autoridad sectorial competente, se procederá a verificar la ventaja significativa a la que hace alusión la norma, y para ello se evaluará la mejor posición competitiva que la empresa obtuvo como consecuencia de haber infringido las normas imperativas, que generalmente estas significan un ahorro de costos.

A modo de ejemplo de lo antes mencionado, tenemos que en la resolución N° 076-2018/SDC-INDECOPI se declaró infundada la denuncia por cuanto la denunciante no acreditó que exista un pronunciamiento previo y firme de la autoridad sectorial competente, que en el caso en específico se trataba de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías.

Ahora, en el numeral 14.2 del artículo 14° de la LRCD, se indica que el segundo supuesto por el que la infracción de normas imperativas queda acreditada es:

- 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.

Este supuesto se trata del incumplimiento de títulos y permisos que permiten llevar a cabo lícitamente cierta actividad económica. Entonces, ante la ausencia de estas autorizaciones estaríamos frente al ejercicio irregular de la libre iniciativa privada, y la ventaja significativa se configuraría automáticamente con la ejecución de la actividad económica sin contar con esas autorizaciones o con la imposibilidad de

exhibirlas. Este tipo de competencia desleal es también llamada competencia prohibida (Guzmán, 2019).

En el sector del transporte terrestre, es común evidenciar este tipo de actos de competencia desleal, tal como lo demuestran las multas impuestas en los últimos años por INDECOPI, el cual sancionó con un total de 126.25 UIT a empresas de transporte terrestre de pasajeros, dado que no contaban con autorizaciones sectoriales correspondientes requeridas para ejercer esta actividad económica, así lo informó INDECOPI en su página web.²

Un ejemplo específico de lo antes expuesto, lo obtenemos en la resolución N° 0108-2017/SDC-INDECOPI, en la que se dio el caso de una persona que prestaba servicios educativos de pedicura, maquillaje, depilación, tratamiento facial, etc., sin contar con la autorización correspondiente de la Dirección Regional de Educación. Por tanto, se configuró la competencia desleal mediante la violación de normas.

Finalmente, en el numeral 14.3 del artículo 14° de la LRCD, se establece otro tipo de actos de violación de normas, pero esta vez, específicamente proveniente de la actuación empresarial del Estado. En este artículo, se establece taxativamente que:

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.

Como vemos, dentro de este supuesto se estableció como acto de competencia desleal, la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal que infrinja el artículo 60° de la Constitución.

² Desde el año 2015 hasta el 31 de marzo de este año (2019), la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) del Indecopi, sancionó con un total de 126.25 UIT (unidades impositivas tributarias) a empresas de transporte terrestre de pasajeros por no contar con las autorizaciones sectoriales requeridas para poder brindar este servicio o, de tenerlas, por exceder lo permitido en dichas autorizaciones; así como por no contar con la licencia de funcionamiento correspondiente para operar en sus establecimientos. (Extraído de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6799/NP%20190422%20Sanciones%20empresas%20transporte%20terrestre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

Ahora, el artículo 60° de nuestra Constitución regula lo referido al rol subsidiario del Estado, explicado con detalle en el primer capítulo de esta investigación. A manera de resumen de lo estudiado, podemos afirmar que la Constitución exige para la actuación empresarial del Estado, el cumplimiento de 3 requisitos: que tenga carácter subsidiario, que sea aprobada por ley expresa y que sea dada en razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. De manera que si la intervención del Estado en la economía se da infringiendo estos requisitos, estaríamos frente a la comisión de actos de competencia desleal.

Lo distinto de este numeral 14.3 es que no exige acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial, como sí lo hace en los supuestos anteriores; sino que automáticamente con la sola infracción del artículo 60° de la Constitución, ya se configura como acto desleal. En otras palabras, “se asume que toda actividad empresarial del Estado que viole el principio de subsidiariedad constituiría competencia desleal”. (Guzmán, 2019, p. 300)

Para ejemplificar este tipo de actos de violación de normas, tenemos la resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, en la que se aprobó un precedente de observancia obligatoria. Esta resolución trata de una denuncia interpuesta por la pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano- Puno, dado que esta última ejercía la actividad económica de venta de pollos a la brasa sin contar con autorización por ley expresa.

Por su parte, la universidad mencionada alegaba que sí se encontraba autorizada por la Ley 23733-Ley Universitaria; sin embargo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI aclaró que esta ley autorizaba el desarrollo de actividad empresarial a las universidades, siempre y cuando esté relacionado a sus fines educativos y en este caso específico no se podía evidenciar ello. Por tanto, decidió confirmar la resolución de la instancia inferior y declaró fundada la denuncia contra la Universidad Nacional del Altiplano, sancionándola con una amonestación y ordenándole el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicio de pollería.

A manera de conclusión, podemos afirmar que la competencia desleal en la modalidad de violación de normas, se presenta al obtener una ventaja debido a la concurrencia en el mercado mediante la infracción de ciertas normas imperativas.

Esta infracción queda acreditada cuando existe una pronunciación previa y firme de la autoridad competente en la materia, que determine dicha infracción y también cuando la empresa funciona sin contar con las autorizaciones o títulos correspondientes. Sin embargo, de manera especial, el supuesto que nos atañe en esta investigación es el estipulado en el artículo 14.3 del artículo 14° de la LRCD, en el cual se prescribe que para que la actividad empresarial del Estado no represente competencia desleal, debe ir conforme a los requisitos establecidos en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, estudiados ampliamente en el primer capítulo de esta investigación. Como vemos, es en este tipo de competencia desleal en el que la actuación empresarial del Estado toma gran relevancia, por lo que más información al respecto será desarrollada en el siguiente apartado.

1.3. Actuación empresarial del Estado

La libertad de empresa, como es sabido, es predicable de todo ente privado; sin embargo, podemos ver que el Estado también interviene en nuestra economía de formas diversas que serán explicadas en breve. Ahora, ello no quiere decir que el Estado goce también de la libertad de empresa, sino que este accede al mercado, muchas veces, por la propia labor de carácter asistencial que le encarga la Constitución, así como también hay algunas ocasiones excepcionales en las que se permite su actuación empresarial, mientras se rijan a los límites del principio de subsidiariedad.

En el precedente de observancia obligatoria plasmado en la resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, en el segundo fundamento de la parte resolutive, la Sala considera la actuación empresarial del Estado como uno de los distintos roles que este asume en el mercado y la define como “la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio.” Es decir, “el Poder público puede ejercer de forma directa una actividad económica en el mercado, actividad que modifica la situación de la competencia con el sector privado” (García Alcorta, 2008, p.147). Por esta razón es que la actividad empresarial del Estado, aunque produzca utilidades, se sujeta a los límites que plantea el principio de subsidiariedad del Estado, explicados en el primer capítulo de esta investigación.

En ese sentido, toda intervención del Estado en nuestra economía debe perseguir cierto objetivo de interés público, el cual puede ir variando conforme pase el tiempo; sin embargo, siempre debe existir. De no ocurrir así y el objetivo de estas empresas públicas sea el solo afán de lucro o la obtención de ganancias, no podría justificar su intervención en el mercado.

Por otro lado, en el mismo precedente mencionado, se precisa algo que es de vital importancia y es que no toda actuación del Estado en el mercado es actividad empresarial, sino que conforme se afirma en el numeral 2° de la sumilla de la misma resolución, “[n]o constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales.” Es decir, estas actividades del Estado no constituyen actividad empresarial y por tanto, no se encontrarán sujetas a los límites de la subsidiariedad previstos en la Constitución.

En ese sentido, para poder identificar las actividades estatales que sí constituyen actividad empresarial, es preciso descartar que estas se traten de estos dos tipos de actuaciones del Estado: potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales. Estos se encuentran exentos de los límites de la subsidiariedad estatal y serán definidos brevemente a continuación.

Primero, la potestad del ‘*ius imperium*’ del Estado hace referencia a la actividad estatal de autoridad pública o también llamadas las atribuciones soberanas, las cuales están reservadas solo al Estado. Usualmente, podemos percibir estas a través de las funciones legislativas que ejerce, la administración de justicia o del sistema de defensa nacional, el otorgamiento de títulos habilitantes, etc. De manera general, esto engloba la función de definir los términos de acceso al mercado, las obligaciones y derechos de los operadores económicos, fiscalizarlos y resolver los conflictos que se generen en el mercado. Esto es por tanto un actuar a título de autoridad. (Guzmán, 2019)

Segundo, con respecto a la prestación de servicios asistenciales, estos tampoco pueden ser considerados como una actividad empresarial puesto que su finalidad es “equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad,

garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social” (Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, fund. jur. 42).

Así entonces, los 2 roles explicados anteriormente son distintos del rol del Estado como ofertante de bienes y servicios. En este rol empresarial “el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, proveer a la población de algún producto o servicio determinado” (Pazos, Capurro, Mac Kee y Escalante, 2018, p. 28).

Ahora, “las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues pueden satisfacer la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público” (Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, fund. jur. 27). Así, el Estado debe asumir un especial interés por la consecución del bien común y a ello debe pretender alcanzar mediante su actuación en la economía. En consecuencia, si esta no se encuentra enfocada al bien común e incluso la contraviene, se considera una intervención arbitraria. Es por ello que se afirma que el bien común es la única razón de ser del Estado. (Jurado, 2013)

La actuación empresarial del Estado tiene gran relevancia, pero hay diversas razones por la que debe contar con límites que la regulen y serán explicadas a continuación.

1.3.1. ¿Por qué debe limitarse la actuación empresarial del Estado?

A continuación, se realizará una lista detallada y fundamentada de las razones por las que la actuación del Estado en la economía debería limitarse:

En primer lugar, las empresas públicas generan automáticamente, un ambiente propenso a la comisión de actos de competencia desleal porque gozan de privilegios con los que no cuentan las empresas privadas. Ello se da de diversas formas: en cuanto a su infraestructura estas empresas cuentan con una proporcionada por el Estado y que “forma parte de sus activos originarios. Asimismo, no quiebran, porque el Estado les provee de caja.” (Guzmán, 2009, p. 75). En materia tributaria, por ejemplo, estas empresas cuentan con blandas

restricciones, que finalmente serán asumidas con las contribuciones de los ciudadanos generando así, lejos de una mejora, un perjuicio en la economía.

En segundo lugar, como ha sido mencionado las empresas públicas tienen como finalidad cubrir ciertas necesidades sociales, por lo que con este fin, el precio que se le impondrá al producto o servicio a ofrecer debe ser el mínimo posible. Así, INDECOPI en su resolución N° 0244-2017/SDC-INDECOPI, citando a Ariño afirmó que el Estado, la gran mayoría de veces ofrece sus servicios a precios muy bajos pues no asume riesgos, ya que estos van con cargo al presupuesto nacional. Ello acarrea que la generación de pérdida sea alta, lo que a su vez desencadena ineficiencia y esta empresa tarde o temprano caiga en quiebra.

En tercer lugar, las empresas públicas desincentivan la iniciativa privada dado que, como ha sido mencionado, aquellas cuentan con beneficios de los cuales los agentes económicos privados no son acreedores, generando una gran desigualdad en el mercado. La inversión privada se vuelve escasa por miedo a los riesgos elevados a los que están expuestos, y la diferencia de condiciones competitivas los aleja de su deseo de intervenir económicamente en cierta actividad empresarial.

En otras palabras, el problema que surge de la intervención indiscriminada de empresas estatales en el mercado - que son claramente beneficiadas con la ausencia del riesgo económico - financiero a la que sí están expuestas las empresas privadas - es que, genera la disuasión de la inversión privada. Lo que hace más grave la situación es que ese desincentivo de inversión recae no solo en empresas nacionales sino en extranjeras también, las cuales son de gran beneficio para cualquier sociedad.

En cuarto lugar, las empresas públicas no tienen interés alguno en generar utilidades dado que su ineficiencia no significaría un perjuicio directo para sí. Al no tener objetivos económicos definidos, la mala o buena gestión y los resultados que esta desencadene les es indiferente. Esta situación, finalmente, repercute en el mercado en general, los consumidores y la ciudadanía en su conjunto.

En esa línea de ideas, José Luis Bonifaz, director de la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico, indicó que “[l]os funcionarios de una empresa pública no tienen tantos incentivos para ser eficientes como una privada. Son menos ágiles,

tienen menor capacidad para contratar y menor capacidad de gasto” (Comercio, 2019).

Así entonces, lamentablemente, los incentivos que reciben muchas veces estas empresas públicas se tratan de pagos por favores políticos para el partido que se encuentra al mando. Es decir, se crea un ambiente favorable para la corrupción.

En quinto lugar, tenemos un punto relacionado con la idea anterior y es que como afirma Guzmán (2009):

“La empresa estatal favorece el uso del denominado *spoils system* (sistema de los despojos) que consiste en el hecho de que el partido ganador en las elecciones ocupe gran parte de los cargos públicos del Estado. Cargos especialmente codiciados son los que corresponden a las empresas del Estado, dado que los mismos se encuentran en general bien remunerados” (p.77-78).

Ello, lógicamente, genera que por medios muchas veces ilegítimos, los altos cargos en empresas del Estado no sean asumidos por personas competentes y debidamente capacitadas para esa labor. Ello puede dar explicación a la ineficiencia de estas empresas que, considerando a un mínimo número de las que tuvieron los peores resultados desde el 2016 a mediados del 2019, suman como pérdidas S/1.276,6 millones.³

Finalmente, podría afirmarse que por estas razones esbozadas, entre otros múltiples motivos adicionales, es que surgió la necesidad de que no solo exista un control de las empresas públicas de manera interna, sino que se creen instituciones que controlen externa y administrativamente estas, como por ejemplo el INDECOPI o la Contraloría General de la República, las cuales representan un costo que recae finalmente en los particulares.

³ De acuerdo a los datos obtenidos de seis empresas públicas que tuvieron los peores resultados desde el año 2016, las pérdidas oscilan en S/. 1.276,6 millones. Lo que representa “más que todo el presupuesto asignado para este año para el Ministerio del Ambiente, el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la Junta Nacional de Justicia.” (extraída de <https://elcomercio.pe/economia/peru/empresario-eficientes-son-realidad-empresas-publicas-noticia-642947>)

CAPÍTULO III

CRITERIOS A CONSIDERAR PARA QUE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE LAS MUNICIPALIDADES SEAN COHERENTES CON EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO Y EVITEN LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este capítulo corresponde identificar qué criterios deben seguir las municipalidades peruanas específicamente, para que las actividades económicas que se propongan realizar sean conformes al principio de subsidiariedad empresarial del Estado, y consecuentemente eviten ser investigados y sancionados por INDECOPI ante una potencial comisión de actos de competencia desleal.

Podría presentarse la situación también, de que la actividad empresarial municipal ya se encuentre siendo realizada por la Municipalidad- sea cual sea la forma jurídica que haya adoptado para ello- contraviniendo su propia Ley Orgánica, así como el principio de subsidiariedad.

Es importante mencionar que, la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 35° regula la actividad empresarial municipal y precisa que:

Las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad

empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales.
(...)

Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para ésta. En ningún caso podrán constituir competencia desleal para el sector privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva. (El subrayado es nuestro)

Este artículo, establece ciertos requisitos importantes como la iniciativa de los gobiernos locales para la creación de la empresa municipal, los cuales podrán presentar proyectos de Ley que tengan como finalidad la creación de esta y eventualmente sean aprobados por el Congreso. Así también, especifica que esta iniciativa deberá contar con el voto favorable de más de la mitad del número de regidores de la correspondiente Municipalidad.

Además, el artículo citado es coherente y complementa lo estipulado en la LRCD y el artículo 60° de la Constitución, y establece también como requisitos, la creación de empresas municipales mediante ley, el respeto del principio de subsidiariedad del Estado y la prohibición de que las empresas municipales constituyan competencia desleal para el sector privado. Así entonces, durante esta investigación se ha evidenciado el incumplimiento de este, siendo que determinadas municipalidades desarrollan actividad empresarial infringiendo su propia Ley Orgánica e inobservando las exigencias establecidas para la misma.

En ese sentido, si la municipalidad se encuentra realizando actividad empresarial contraviniendo su Ley Orgánica, la LRCD y la Constitución, es menester que la misma detenga su actividad inmediatamente e inicie el proceso de identificación del requisito incumplido para poder corregir esa omisión y finalmente, la actuación empresarial municipal sea legítima.

Así, se enumerará una serie de pasos a seguir:

El primer paso implica identificar el carácter de la actuación que desarrolla la municipalidad, pudiendo tratarse este de una manifestación del *ius imperium* del Estado, de servicios asistenciales o de actividades empresariales. Lo que implicará

continuar con el análisis será la realización de lo último, referido a actividades empresariales por parte de la municipalidad.

Así, en el segundo paso corresponde analizar el cumplimiento de los tres requisitos establecidos en el artículo 60° de la Constitución referidos a la subsidiariedad estatal en materia económica. En este paso se desglosan otros exámenes más específicos como determinar si la actividad realizada se encuentra dentro de la competencia de la municipalidad o también verificar que el grado de la intervención económica que las municipalidades efectúan sea la que ciertamente ha sido facultado, pudiendo ser este de simple promoción o en el otro extremo, de efectiva ejecución.

A continuación, desarrollaremos los pasos a seguir, de forma más detallada:

1. Identificación del carácter de la actividad desarrollada por el Estado

Para verificar si una determinada municipalidad ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas infringiendo el principio de subsidiariedad empresarial del Estado, es necesario determinar primero, el carácter de la actividad desarrollada por la municipalidad. Es decir, es conveniente identificar, en primer lugar, si esa actuación estatal es efectivamente de corte empresarial.

Conforme lo establecido por el INDECOPI en el precedente de observancia obligatoria plasmado en la Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, las actividades de corte empresarial incluyen lo referido a la “producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio”

Ahora, es necesario hacer este examen previo porque son estas actividades empresariales del Estado las que deben cumplir con los requisitos del artículo 60° de nuestra carta magna y se ha excluido de esta limitación constitucional a las actividades consideradas manifestación del *ius imperium* del Estado y la prestación de servicios asistenciales que este ofrece, por lo que no es necesario que estas actividades cumplan con el principio de subsidiariedad estatal.

1.1. Manifestación de potestad del *ius imperium* del Estado

En cuanto al *ius imperium* del Estado, Flores (2009) afirma que es una de las características principales de las entidades de la administración pública y es definido como “el poder jurídico para imponer normas y organizarse, imponer sanciones, hacer expropiaciones, imponer tributos, y administrar los recursos, y ejecutar actos administrativos.” (p.1) En ese mismo sentido opina Lazarte (2003), quien agrega que son “actos que sólo pueden ser prestados por el Gobierno, ya que es indispensable para su prestación el ejercicio de un poder soberano”. (p.74)

El *ius imperium* del Estado permite que la Administración pública someta a la colectividad (administrados) “a las regulaciones y disposiciones necesarias para una adecuada convivencia, dentro de un Estado de derecho (...). Dentro de ese marco reconoce derechos, establece cargas, exonera de ellas, señala responsabilidades, autoriza, sanciona, entre otras.” (Pando, s/f)

Por otro lado, en la Res N° 0244-2017/SDC-INDECOPI, la SDC ejemplifica lo mencionado afirmando que:

La actividad del *ius imperium*, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de norma de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos. (fund. jur. 53)

Entonces, la manifestación del *ius imperium* del Estado se evidencia mediante el ejercicio de potestades públicas o administrativas y dichas actividades materializan el ejercicio de las competencias normativas, de gestión y fiscalización de la Administración Pública. (Ruiz, G., Martínez, M., Quintana, E (s/f))

Por otro lado, Peña y Jiménez (2009) opinan que “el Estado en base a su *ius imperium*, cuenta con legitimidad -social y jurídica-, para proceder a verdaderas intrusiones en el ámbito de los derechos fundamentales.” (p. 213) Indican que ello se dice por cuanto esta potestad del Estado es delegada por los ciudadanos quienes eligen a sus representantes a través de los procedimientos previstos por la Ley. Weffe (2012) opina en el mismo sentido, afirmando que “el *ius imperium* [del Estado] tiene su fundamento en la soberanía popular –razón por la que aquél se encuentra a ésta sometido–, y en la representación que del pueblo ejerce *especialmente* el Poder Legislativo.” (p. 53)

Es importante mencionar que esa soberanía estatal no es ilimitada sino que, como se ha mencionado, al ser esta otorgada por el pueblo debe regirse a él, procurando el bien común y tomando en cuenta la voluntad general. Al respecto Paredes (2010) afirma que se trata de “un poder legítimo, reconocido como el que debe existir y aplicarse en la sociedad en que impera, (...) es decir, la capacidad para autorregularse, organizarse, etc.; pero no de manera absoluta e ilimitada.” (p. 242).

Como conclusión de este apartado podemos sostener que la manifestación del *ius imperium* del Estado se evidencia en actividades reservadas exclusivamente a este, como la impartición de justicia, la emisión de normas de rango legal o reglamentario, otorgamientos de títulos habilitantes, etc. En ese sentido, podemos afirmar que las actividades que las municipalidades realicen y que estén relacionados a estos asuntos, no podrán constituir actividades empresariales sino que son actos propios de la soberanía estatal y por esta razón no están en la obligación de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60° de nuestra Constitución.

1.2. Servicios o prestación asistenciales

Los servicios o prestaciones asistenciales, al igual que las manifestaciones del *ius imperium* del Estado, han sido excluidos de las limitaciones planteadas en el artículo 60° de nuestra Constitución, por cuanto no representan actividades empresariales.

Es necesario; sin embargo, antes de proceder con la definición y explicación de estos servicios asistenciales, tocar en principio uno de los rasgos que asume nuestro país, este es el Estado Social de Derecho.

a) ¿Qué es el Estado social de derecho?

Gómez (2011) afirma que el Estado social de derecho tiene raíces que datan de mediados del siglo XIX en países de Europa, época en la que la urbanización e industrialización de la sociedad provocó situaciones de miseria y pobreza a grandes masas de trabajadores. Esta grave situación trajo como consecuencia una serie de manifestaciones y luchas de la población por los derechos económicos, culturales y sobre todo sociales. Producto de estos movimientos, los gobiernos alrededor del

mundo fueron asumiendo progresivamente reformas constitucionales con una orientación social y así iban adoptando características de un Estado social de derecho.

En la coyuntura peruana, fue la Constitución de 1920 la que recogió por primera vez los derechos sociales, tomando como inspiración la Constitución mexicana de 1917; sin embargo, Orbegoso (2016) asegura que se empezó a desarrollar el contenido de estos derechos sociales, recién con la Constitución de 1993.

Gómez (2011) narra algunos de los rasgos que acogen este Estado social de derecho en contraposición a las ideas asumidas por un Estado liberal diciendo:

“el derecho a la igualdad material (igualdad ante la ley o la igualdad en la ley respaldada en el principio de igualación social), la dignidad humana, el pluralismo de la sociedad y la constitucionalización del Derecho, (...) surgen como contrapeso frente a la concepción rígida, jerarquizada y de interpretación abstracta o formalista del derecho por parte del Estado liberal” (p.18)

El significado de la cláusula social de Derecho ha sido envuelto en una constante confusión. Urueta (2004) manifiesta que en el caso de Colombia, este término tiene variadas y ambiguas definiciones que incluso le otorgan similitud con un Estado paternalista. Para este autor, se tergiversa y confunde el papel del Estado dándole incluso rasgos contrarios, por un lado, un sentido social asistencialista y por otro, le asignan parámetros distintivos de un modelo económico neoliberal.

Sánchez (2018) en relación al Estado social de derecho y su relación con la economía, explica lo estipulado por la Constitución colombiana indicando que en cuanto a su función social, esta:

limita la libertad económica y por ello la somete al bien común; le impone una función social a la empresa; le atribuye responsabilidad en el ejercicio de la libre competencia; ordena que la ley delimite su alcance cuando así lo exija el interés social (Art. 333) y manda que el Estado intervenga para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y, de manera especial, para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. (p. 114)

Con respecto a los fines del Estado social de derecho, puede afirmarse que son dos: la igualdad de oportunidades y la búsqueda de un orden social y económico justo. Se resume en estos dos fines dado que el cumplimiento de ellas “asegura la

protección de la persona humana y la limitación de las desventajas sociales” (Urueta, 2004, p. 336)

Así, el primero de estos fines de igualdad de oportunidades no se limita a referirse al trato igualitario de la ley hacia todos los ciudadanos o a evitar cualquier clase de discriminación entre sujetos de las mismas condiciones, sino que Urueta (2004) citando una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-373 de 1996 y afirma que este primer fin implica también un aspecto positivo referido a la imposición a las autoridades de:

“actuar de manera objetiva e imparcial en el señalamiento y exigencia de los requisitos requeridos para que las personas puedan, en desarrollo de su autonomía, concretar aspiraciones de diferente orden, es decir, en lo económico, laboral, cultural, político y social” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-373 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.)

En cuanto al segundo fin de búsqueda de un orden social y económico justo, el autor afirma que tiene como fundamento la dignidad de la persona humana y su derecho a participar en la vida social de forma adecuada. Busca encontrar las condiciones de existencia digna para todas las personas y además se garanticen todos los elementos necesarios para que esta condición de vida de los ciudadanos pueda mejorar. (Urueta, 2004)

Nos aunamos a la posición de Gonzáles (2004), quien afirma acertadamente que el Estado Social de Derecho no niega que este adopte valores fundamentados en una ideología liberal que engloba distintos derechos como la libertad, la propiedad privada, etc. sino que busca que estos derechos se efectivicen otorgándoles una base y contenido material, resaltando la idea que el individuo y la sociedad no son factores aislados y contradictorios, sino que ambos términos se complementan y para la realización de uno debe tomarse en cuenta al otro.

Así entonces, Gonzáles (2004) explica brevemente que:

La dignidad humana, que se materializa en supuestos económicos, es una condición para el ejercicio de la libertad. La propiedad privada tiene como límite los intereses sociales. La seguridad formal debe ser sustentada por la seguridad material, entendida como el pleno empleo, salarios dignos, seguridad social, etc. La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley son condiciones necesarias del Estado Social de Derecho, pero deben presentarse en un marco de condiciones vitales mínimas, a efectos de corregir las desigualdades económicas y sociales.

Para ello es necesaria la participación efectiva de la Nación en la formación de la voluntad del Estado, respetando siempre las minorías. (p.149)

Ahora habiendo estudiado y explicado el concepto de Estado Social de Derecho en este apartado, podemos afirmar que como manifestación de este y con el fin de cumplir los objetivos que como tal le conciernen, está comprometido a la prestación de ciertos servicios y prestaciones asistenciales que serán explicados a continuación.

Los servicios asistenciales en el precedente de observancia obligatoria plasmado en la Res. N°3134-2010/SC1-INDECOPI, son definidos como:

Aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social. (p. 13)

Haciendo una precisión, Kresalja (2015) afirma que los servicios asistenciales y los servicios públicos en un primer momento son usados como sinónimos y pone de ejemplo la sanidad. Sin embargo, también se afirma que el término “se amplía después a novedades propias de las sociedades modernas, como la electricidad. El progreso técnico ha cambiado su contenido básico” (p.190) Vignolo (2013) también agrega como ejemplo la telefonía y el agua, etc.

Ahora, las prestaciones asistenciales deben ser brindadas por el Estado en virtud al mandato constitucional recogido en el Título I, Capítulo II de nuestra carta magna el cual se denomina “De los derechos sociales y económicos”. Entre las disposiciones de este título tenemos el artículo 11º y 17º, en los cuales se establece la obligación que tiene el Estado respecto al sector salud, educación y de seguridad social.⁴ El Estado procura cubrir estas necesidades sociales por cuanto está

⁴Artículo 11º. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

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

comprometido a ello, como expresión del Estado Social de Derecho. El objetivo que busca interviniendo en estos sectores es proteger aquella parte de la sociedad con escasos recursos cubriendo sus necesidades básicas y permitiéndoles obtener determinados productos o servicios a los que de otra manera no podrían acceder.

Como fue mencionado inicialmente, los servicios o prestaciones asistenciales que brinda el Estado son excluidos de las limitaciones planteadas en el artículo 60° de nuestra Constitución, por cuanto estas no representan actividades empresariales. En ese sentido, la Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, brinda una explicación e indica que el objetivo de la evaluación del principio de subsidiariedad económica es identificar las actividades que pueden ser cubiertas por la oferta privada y en consecuencia, el Estado no debería ofrecerlas. Sin embargo, en el caso de servicios asistenciales, sería vano este examen, considerando que “el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría rehuendo del cumplimiento de una obligación constitucional.” (p. 15)

Ante esta afirmación, Quintana en Kresalja y Ochoa (2015) se muestra en desacuerdo pues “cree que cada caso debe ser analizado por el INDECOPI para evitar que se trate de un acto encubierto de competencia desleal por violación de normas.” (p.171). Así, considera que, si las prestaciones que ofrece el Estado son efectivamente de tipo asistencial, consecuentemente cumplirían con tener carácter subsidiario y, por tanto, no existiría razón para excluirlas del examen a la luz de los requerimientos previstos en el artículo 60° de la Constitución. Por este motivo y con mucho sentido lógico, Quintana considera incorrecto que la prestación de servicios asistenciales no sea analizada bajo la luz del principio de subsidiariedad.

Respecto a este criterio tomado por el autor, considero que cuenta con respetable razonabilidad; sin embargo, también opino que las actividades asistenciales cubren

Además, los derechos sociales referidos a la salud, educación y seguridad social, se repiten una vez más en lo dispuesto en el artículo 58 de nuestra Constitución que dispone lo siguiente:

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

necesidades que toda persona tiene y que debería contar con una satisfacción mínima por parte del Estado. Evaluar estas prestaciones que deben ser cubiertas en su forma básica por el Estado, sería pasar por todo un proceso un tanto inoficioso, dado que por mandato constitucional estos servicios deben ser mínimamente cubiertos en cumplimiento de la cláusula social del Estado. En ese sentido, considero que en tanto estas prestaciones representen una intervención mínima y básica del Estado, que contrarreste las desventajas sociales, no es necesario que sean analizadas por el INDECOPI.

Como ha sido mencionado, este tipo de prestaciones asistenciales son brindadas por el Estado; sin embargo, es necesario recalcar que

“no necesariamente debe hacerlo por su propia cuenta, pudiendo de tal forma dejar que los privados brinden dichos servicios, logrando así una mayor competencia entre quienes puedan brindar dicho servicio, lo que los impulsará a brindar el servicio de la mejor forma” (Vignolo, p. 333)

Esto significa que el Estado es quien tiene la titularidad del servicio público o asistencial, la prestación de estas necesidades colectivas, mas no siempre coincide esta titularidad con la efectiva gestión de la actividad, lo que quiere decir que en ocasiones estas pueden ser brindadas por privados. Al respecto Kresalja (2015) presenta como ejemplo la concesión y afirma que de producirse esta tendrá un carácter traslativo, “pues supone la transferencia al sector privado de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenía, pero conservando siempre el Estado la titularidad” (p. 190).

Ahora, la titularidad del servicio asistencial implica que el Estado establezca ciertos parámetros para que la ejecución de estos servicios por parte del privado sea adecuada y cumpla con los fines que le corresponden. Así, el Estado crea estos parámetros “fijando los estándares técnicos que dan seguridad y uniformidad al servicio, la determinación de su cobertura en condición de igualdad para los usuarios, la aprobación previa de presupuestos y de tarifa, el control de los costos para lograr que sean razonables, etc.” (Kresalja, 2015, p.191)

Ciertamente, con el paso del tiempo la prestación de servicios público - económicos por parte del Estado y sus empresas públicas ha ido disminuyendo producto de la liberalización de la economía. Así, en nuestro país, el fenómeno de la privatización

de empresas públicas inició con el presidente Alberto Fujimori, como parte del ajuste económico que asumió en su gobierno y el acelerado proceso de estabilización que estableció. En ese orden de ideas, Verástegui (2018) afirma que:

Para el año 2001 ya se habían privatizado aproximadamente 228 empresas, que aportaron \$9,221 millones en ingreso (incluyendo capitalización) al fisco. Este éxito de atracción de capitales privados estuvo centrado en empresas que operaban dentro de sectores estratégicos como las telecomunicaciones y electricidad (61%), banca (5%), hidrocarburos (10%) y minería (13%). (p. 112)

A pesar de la realidad antes descrita, debemos saber que en la coyuntura actual de nuestro país, la discusión de la función del Estado respecto a los servicios asistenciales no debería centrarse en la rentabilidad de la ejecución de estas prestaciones por el Estado frente a la rentabilidad de la empresa privada y dirigirse, más bien, a la atención de las necesidades vitales y si estas se encuentran o no debidamente atendidas, en especial en las capas sociales más pobres y con menos protección. (Kresalja, 2015)

A manera de conclusión, podemos afirmar que, en cuanto al primer paso de identificación del carácter de la actividad desarrollada por el Estado, tanto la manifestación de *ius imperium* como la prestación de servicios asistenciales son actividades que el Estado debe realizar, respectivamente, como manifestación de su soberanía y en cumplimiento de una obligación constitucional que busca la protección de toda persona humana y sobre todo de las menos favorecidas. Recordemos que somos un Estado social de derecho el cual es sinónimo de Estado de bienestar, término "usado por los economistas para denominar a aquel Estado comprometido con el desarrollo de sus ciudadanos" (Jurado, 2013, p.21). En este orden de ideas, si nos encontramos con entidades del Estado o empresas públicas, y específicamente municipalidades que realicen este tipo de actividades, será innecesario que sean analizados bajo la luz del principio de subsidiariedad, dado que estas no constituyen actividad empresarial.

2. Cumplimiento de los requisitos del principio de subsidiariedad.

Habiendo identificado, entonces, que la actividad desarrollada por la municipalidad, no se trata de una manifestación del *ius imperium* ni de actividades asistenciales, sino de actividades de carácter empresarial, se procederá, como segundo paso, a verificar si esta respeta los límites del principio de subsidiariedad.

Como ha sido explicado ampliamente en el primer capítulo de esta tesis, el principio de subsidiariedad abarca 3 límites que se encuentran plasmados en el artículo 60° de nuestra Constitución vigente. Este dice lo siguiente:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Así entonces, para que la actividad empresarial del Estado sea legítima debe cumplir con el principio de subsidiariedad económica y por tanto:

- ✓ Debe estar autorizada por ley expresa.
- ✓ Debe tener un carácter subsidiario
- ✓ Debe ejercerse por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

A continuación, se desarrollarán análisis jurisprudenciales emitidos por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, órgano resolutorio del INDECOPI, que como ha sido mencionado con anterioridad, es la autoridad encargada de fiscalizar la comisión de actos de competencia desleal por parte de agentes privados y públicos. En estas resoluciones podrán evidenciarse situaciones en las que el Estado, a través de municipalidades, estuvo realizando actividades empresariales incumpliendo alguno de los requisitos del principio de subsidiariedad y como consecuencia se vieron inmersos en actos de competencia desleal. Usaremos estas resoluciones para que de manera didáctica y ejemplificativa, identifiquemos qué requisito estuvo incumpliendo la municipalidad y cómo se excedió de los límites planteados en el artículo 60° de la Constitución.

a) Resolución N° 0581-2015/SDC-INDECOPI de fecha 29 de octubre del 2015.

Esta primera resolución sometida a análisis resulta ser aquella que inspiró esta investigación. Fue emitida el 29 de octubre del 2015 y trata de una denuncia interpuesta por el Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima contra la Municipalidad Distrital de Los Olivos, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto recogido

en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044-Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En la denuncia, el Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima sustenta que:

- La Municipalidad presta ciertos servicios en su Centro veterinario municipal, que ya son cubiertos por la oferta privada contando con una ventaja competitiva ilícita frente a los agentes económicos privados, dado que los costos en los que incurre son financiados por el presupuesto público.
- La Municipalidad viene prestando este servicio sin la autorización de una ley expresa, no es subsidiaria ni responde a razones de alto interés público o conveniencia nacional.

Por su parte, la Municipalidad argumentó que esta:

- Se limita a desarrollar iniciativas contra la sobrepoblación canina mediante campañas de esterilización y sensibilización; sin embargo, no se prestaría servicios “netamente” veterinarios. Agrega que estas campañas se encuentran amparadas por la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 80° y la Ley que regula el Régimen Jurídico de Canes, artículo 12, por lo que no habría motivo para considerar que la actividad es empresarial cuando no tiene ánimo de lucro.
- Realiza actividades y que el 95% de estas trata de identificación de la población canina, charlas de tenencia responsable, esterilizaciones, el 3% trata de estudios para definir las acciones a realizar en favor de la salud de la comunidad y solo el 2% radica en la atención de mascotas.

Posteriormente, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante CCD), como primera instancia, resolvió que:

- No obstante, la Ley Orgánica de Municipalidades faculta la realización de campañas de control de epidemias y sanidad animal, esta se limita a una **circunstancia temporal y una problemática específica** en un sector de la población.
- La Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en Cautiverio faculta a los Ministerios de Salud y Agricultura a

fomentar programas de reproducción de animales para prevenir la zoonosis. De igual forma, la Ley que regula el Régimen Jurídico de Canes fija obligaciones para los propietarios de los animales; sin embargo, no faculta a las municipalidades a prestar servicios médicos veterinarios a la población.

- Afirmó que la municipalidad conserva otro tipo de funciones indirectas como son la de exigir a propietarios de mascotas el cumplimiento de determinados deberes que protejan la salud pública y coordinar con la autoridad de salud la ejecución de campañas sobre epidemias que tengan **carácter temporal y sobre un problema específico**. No obstante, la realidad es distinta, pues la Municipalidad venía brindando estos servicios desde el año 2010 y cobrando por la realización de estos.
- Finalmente, la Comisión argumentó que la Municipalidad ha venido emitiendo comprobantes de pago por los servicios prestados y no una tasa como sucede con los servicios públicos de prestación obligatoria. Así, sustentó que la Municipalidad estuvo realizando actividad empresarial sin contar con una norma habilitante de rango legal, por lo que su actividad contravenía el artículo 60° de la Constitución.

La Municipalidad interpuso recurso de apelación señalando que:

- Desarrolla este tipo de actividades buscando cumplir con un fin constitucional fundamentado en el interés público por lo que no califica como actividad empresarial y no sería aplicable el análisis que realiza INDECOPI.
- Se trata de un servicio asistencial que busca contrarrestar la sobrepoblación canina en estado de abandono que afecta potencialmente a la población del distrito y por tanto, se encuentra dentro de las facultades del municipio como promotor del desarrollo local.

Es así que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante SDC) intervino y resolvió el asunto en discusión con los siguientes argumentos:

- La Municipalidad brinda los servicios de consulta médica, esterilización, castración, vacunas antirrábicas y séxtuples, suturas, desparasitación y tratamientos en casos de urgencia.

- De la afirmación anterior se desprende que no existe norma que reserve aquellas actividades exclusivamente al Estado, por lo contrario, son los agentes privados quienes cumpliendo los requisitos legales pueden brindar esos servicios veterinarios. Entonces no califica como labor del ius imperium del Estado.
- Respecto a si la actividad se encuentra relacionada a servicios asistenciales, la Sala sustentó que ello no es así puesto que los servicios ofrecidos por la municipalidad no se encuentran previstos en el Título I, Capítulo II de la Constitución, no busca contribuir en el sector salud, educación, ni seguridad social y que, por último, no van dirigidas a las personas de bajos recursos, como se exige en esta clase de actividades asistenciales, sino que está dirigido a atender animales. Por tanto, las prestaciones que brinda la Municipalidad tienen corte empresarial y corresponde analizarlas desde esa perspectiva.
- Respecto al primer requisito de contar con ley expresa habilitante, la Sala sostuvo que los artículos de la Ley Orgánica de Municipalidades en los que se amparaba la Municipalidad, regula temas distintos referidos al concepto de gobierno local, su autonomía y el fin que persigue como representante del vecindario.
- En cuanto a la Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en Cautiverio, esta crea obligaciones a los dueños de los animales, otorga funciones a los Ministerios de Salud y Agricultura a fomentar programas de manejo de la reproducción de animales y dispone algunas funciones a los albergues, etc.
- La Resolución Ministerial 400-2015-MINSA que aprueba la Directiva Sanitaria 066-MINSA-DIGESA-V.02 que regula aspectos sobre la realización de la Campaña Nacional de Vacunación Antirrábica, señala que el Ministerio de Salud y las Gerencias Regionales, o algunas de sus Direcciones, son las únicas entidades competentes para efectuar campañas masivas de vacunación antirrábica canina a nivel nacional, las mismas que son gratuitas.
- Así entonces, la Sala consideró que:
 - En el caso específico de los canes, se delimita que los municipios elaboren un registro de control, sacrificarlos en determinadas

circunstancias, sancionar a los propietarios que los abandonen, realizar programas de educación sanitaria, entre otros aspectos. Ello, con la finalidad de evitar la sobrepoblación de canes y el abandono de estos. También, se precisa que el Ministerio de Salud es la autoridad que dispondrá su esterilización. (p.31)

Por tales razones, la Sala consideró que las funciones delegadas a las Municipalidades se encuentran claramente delimitadas y ninguna consiste en la prestación de servicios veterinarios, lo que conlleva a concluir que, en el caso sometido a análisis, la Municipalidad de Los Olivos no cuenta con ley expresa habilitante para brindar servicios veterinarios.

Finalmente, confirmó el extremo que ordenó la Municipalidad Distrital de Los Olivos, el cese definitivo de las prestaciones de servicios en tanto no cumpla con los requisitos del artículo 60° de la Constitución y le impuso la sanción de multa de 10 UIT.

Como podemos apreciar, en este caso, se descartó que la actividad que realizaba la Municipalidad Distrital de Los Olivos se tratara de una manifestación del *ius imperium* o de un servicio asistencial, y comprobándose que se estaba frente a una actividad empresarial, pudo evidenciarse que no cumplió con el primer requisito del principio de subsidiariedad referido a la norma expresa habilitante para desarrollar el servicio que prestaba.

En ese sentido, la municipalidad no pudo demostrar que una norma aprobada por el Congreso la habilitaba para el desarrollo de su actividad y simplemente creó esta veterinaria municipal, contraviniendo el principio de subsidiariedad, y sin tener en cuenta que intervenía en la economía en perjuicio de los demás agentes privados que no podían competir con la municipalidad.

Este es un ejemplo en el que la Ley Orgánica de Municipalidades no autorizaba la actividad que venía realizando la autoridad edil y esta simplemente incumplía el primer requisito que estipula el principio de subsidiariedad económica del Estado; sin embargo, han surgido casos en los que la Ley Orgánica de Municipalidades sí otorga facultades relacionadas a la actividad que venían realizando la municipalidad; no obstante, esta se extralimitaba y ampliaba el alcance de lo facultado, de manera que su actividad ya no se enmarcaba dentro de su

competencia. Asimismo, han surgido casos en los que, si bien la Ley Orgánica de Municipalidades, facultaba a estas a intervenir en cierto sector económico, el grado de dicha facultad era el mínimo y relacionado al fomento; sin embargo, la municipalidad venía realizando actividades que implicaban mayor grado de intervención para lo cual no estaba facultada. Ambos ejemplos, serán analizados en los siguientes casos:

b) Resolución N° 0244-2017/SDC- INDECOPI de fecha 4 de mayo del 2017.

La segunda resolución sometida a análisis es la N° 0244-2017/SDC- INDECOPI. Como hechos tenemos que la Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros Ómnibus por Carretera Propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa S.A. (Corattsa) interpuso una denuncia contra la Municipalidad Provincial de Huamanga y el Terrapuerto Municipal Libertadores de América por presuntamente realizar actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Corattsa afirmaba en su denuncia que:

- La municipalidad creó el terminal terrestre Terrapuerto Libertadores como un organismo público descentralizado, mediante una ordenanza en el año 2014, y operaba en la ciudad Huamanga.
- La actividad desarrollada de forma indirecta por la municipalidad no cuenta con autorización expresa por norma legal, aun siendo actividad empresarial y realizando cobros por derechos de embarque, desembarque de pasajeros y vehículos, uso de baños, estacionamiento de taxis, alquiler de restaurantes, tiendas, entre otros diversos servicios.
- La actividad desarrollada por la municipalidad no está justificada dado que en la ciudad existe oferta privada que cubre suficiente y satisfactoriamente la demanda y que por tanto no cumple con el requisito de subsidiariedad.
- La actividad que desarrolla la municipalidad a través de este Terrapuerto representa competencia desleal y que estos hechos afectan potencialmente su empresa dado que se dedica al mismo giro de negocio y que además tenía previsto iniciar sus actividades en la ciudad de Huamanga.

En respuesta a la denuncia, la Municipalidad y el Terrapuerto Libertadores alegaron una serie de afirmaciones sustentadas en diversas normas. Con el fin de no excedernos de lo que nos atañe en este estudio, las normas que serán analizadas son aquellas dirigidas específicamente a las municipalidades y que precisamente están establecidas en la Ley Orgánica de Municipalidades y otras normas principales; mientras que para conocimiento de las demás normas el lector podrá dirigirse directamente a la lectura de la resolución correspondiente.

Las normas en las que la municipalidad y el terminal terrestre sustentaron sus descargos son:

- La ley Orgánica de Municipalidades, en su Art. 73.2.2, que prescribe que las municipalidades provinciales (como sucede en este caso) cumplen funciones específicas en materia de tránsito, circulación y transporte público. Complementado por el art. 79.2.1 del mismo cuerpo legal, en el que afirma que las municipalidades provinciales tienen como competencia la *ejecución directa o la concesión* de esta para obras de *infraestructura urbana o rural de carácter multidistrital* que resulten necesarias para el transporte en la provincia.
- El artículo 81° afirma que los gobiernos locales pueden *promover* la construcción de terminales terrestres y regular su funcionamiento.
- Así entonces, la municipalidad argumentó que el funcionamiento de este Terrapuerto Libertadores constituye manifestación del *ius imperium* y por tanto no se trata de una actividad empresarial. Agrega además, que no tiene ánimo lucrativo, que no existe suficiente oferta de este tipo de servicio ofrecido y que la denunciante no ha acreditado que tenga ánimo de construcción de un terminal terrestre

Con fecha 1 de junio del 2016, INDECOPI declaró fundada la denuncia. Mediante resolución n° 117-2016 le impuso la multa de 2 UIT a la Municipalidad y 54.2 UIT al Terrapuerto Libertadores, así como ordenó el cese definitivo e inmediato de las actividades denunciadas.

Los argumentos esbozados por la primera instancia para esta decisión, radicaron en que:

- La actividad desarrollada por el terminal terrestre sí representa actividad empresarial, por estar referida a la prestación de servicios que no constituyen ni manifestación del *ius imperium* del Estado ni tampoco servicios asistenciales.
- La Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades especifica que las municipalidades conservan facultades para ejecutar directamente o mediante concesiones, obras de infraestructura a nivel ***multidistrital***. Ello debe ser resaltado dado que en el caso en particular el terminal terrestre se trataba de uno de alcance nacional.
- Por otro lado el art. 81 del mismo cuerpo legal, alegado por la Municipalidad, establece como función de esta la ***promoción*** de la construcción de terminales terrestres, lo que, claro está, debe ser ejecutada conforme el artículo 60 de la Constitución.
- Respecto a las otras normas que alegó la Municipalidad, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal señaló que no se tratan de normas de rango legal que la faculte para el desarrollo de actividades empresariales como las que se encontraba realizando y justamente por ese motivo, esta primera instancia resolvió que no cumplió con el primer requisito del principio de subsidiariedad referida a no contar con ley expresa aprobada por el Congreso que autorice sus actividades.

Habiendo, la Municipalidad y el Terrapuerto Libertadores presentado su recurso de apelación, la Sala Especializada de Defensa de la Competencia analizó el caso y argumentó lo siguiente:

- Los servicios que brindaba la municipalidad y el terrapuerto están divididos en servicios operacionales, complementarios y auxiliares, los cuales incluían patio de maniobras, estacionamiento de taxis, servicio de traslado de equipajes, servicios bancarios, espacios recreativos, etc, percibiendo ingresos pagados por los usuarios. Así, la Municipalidad (indirectamente), como creadora del Terrapuerto Libertadores y este último (directamente) operan y administran un terminal terrestre en Huamanga y reciben la respectiva contraprestación.

- Las actividades realizadas por la municipalidad no se tratan de una manifestación del *ius imperium* estatal, pues pueden ser prestadas por cualquier agente que cumpla los requisitos legales para su funcionamiento y de hecho muchas personas jurídicas ya las ejecutan.,
- Asimismo, los servicios prestados por la municipalidad y el terrapuerto no tienen carácter asistencial, dado que no están referidas a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social a las personas de bajos recursos. Así, el servicio que ofrece el Terrapuerto no se relaciona a estas materias, ni tampoco son brindadas a los ciudadanos menos favorecidos, sino que los usuarios son tanto personas naturales y jurídicas que prestan el servicio de transporte interprovincial de pasajeros.
- Tratándose entonces de la prestación de servicios empresariales, correspondía continuar con el análisis del cumplimiento del principio de subsidiariedad. Respecto al primer requisito de habilitación legal aprobada por el Congreso, la Sala reiteró los argumentos de la Comisión referidos a que la Ley Orgánica de Municipalidades, permite la ejecución de obras de infraestructura urbana o rural pero lo restringe al **ámbito multidistrital** del servicio y **no a uno de alcance nacional**, como se trataba en este caso.
- Además, afirmó que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que la labor de las Municipalidad es de **promover** la construcción de terminales terrestres. Es decir, no realizar la actividad directamente, sino que debe ofrecer las condiciones a los particulares para que sean estos quienes desarrollen la actividad.
- En ese sentido, concluyó que las apelantes no cuentan con facultades otorgadas en norma de rango legal aprobada por el Congreso y que el fundamento esbozado, referido a que desarrollaban una actividad de carácter subsidiario dada la inexistencia de un servicio de transporte terrestre nacional e interprovincial eficiente, no representa argumento válido puesto que el análisis tiene requisitos que deben ser cumplidos en un orden determinado y en este caso no se cumplió el primero referido a contar con autorización legal, y por tanto no correspondía analizar el segundo referente al carácter subsidiario del servicio.

De acuerdo a lo expuesto, la SDC confirmó lo resuelto por la primera instancia en el extremo que declara fundada la denuncia formulada por Corettsa contra la Municipalidad de Huamanga y el Terrapuerto Libertadores, confirmó la multa impuesta y agregó la orden de “promover de manera inmediata la iniciativa privada y la libre competencia en la construcción y operación terminales de transporte de pasajeros o mercancías en la ciudad de Huamanga” (p.34)

En este caso, podemos observar que la Municipalidad de Huamanga tergiversa lo dispuesto por los artículos precisados. En esta ocasión, la autoridad edil se extralimita de lo establecido por la norma, ello en cuanto esta la facultada de ejecutar obras de infraestructura urbano o rural a nivel *multidistrital*; sin embargo, la municipalidad se excede y crea un terrapuerto que alcanza servicio a nivel *nacional e interprovincial*, desobedeciendo la norma.

Con este ejemplo podemos apreciar que es importante que la municipalidad cuente con la norma legal que autorice su actividad empresarial a desarrollar y preste atención no solo al sector empresarial al que está autorizado a intervenir, sino al ámbito territorial en el que debe desenvolverse económicamente. Es muy importante que la municipalidad se cerciore de que no se extralimite ni exceda del alcance de lo facultado, de lo contrario su actividad ya no se enmarcará dentro de los límites de su competencia.

c) Resolución N° 0346-2017/SDC-INDECOPI de fecha 15 de junio del 2017.

La siguiente resolución que se analizará se refiere a una denuncia interpuesta por la empresa Carnes del Norte S.A.C contra la Empresa de Comerciantes Mayoristas Abastecedores de Carnes Rojas S.A. (Emadecomar) y la Municipalidad Distrital de Catacaos por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

La denunciante alegó que:

- Celebró con la Municipalidad Provincial de Piura un contrato de usufructo del Matadero Frigorífico Municipal de la ciudad Piura; sin embargo, la empresa Emadecomar opera el Matadero Frigorífico Municipal de Catacaos (camal) sin contar con los permisos ni con las autorizaciones exigidas. Además, esta

Municipalidad de Catacaos le proporcionó privilegios económicos referidas a la exoneración de ocho soles hasta diciembre del 2014.

Por su parte, Emadecomar presentó los siguientes descargos:

- Indicó que su representada en aquel momento, solo se dedicaba al servicio de reposo y comercialización de ganado vacuno al por mayor y menor, mas no operaba el camal de Catacaos y presentó la licencia de funcionamiento otorgada por la municipalidad.
- Aseguró que es la Municipalidad la que opera el camal de Catacaos y que los particulares son usuarios de los servicios que esta brinda, como prueba hizo mención a la exoneración de S/ 8.00 soles que la municipalidad le otorgó por el uso del camal municipal.

Durante la investigación, a solicitud de INDECOPI, el Senasa (Servicio Nacional de Sanidad Agraria) informó que la Municipalidad es la titular del camal de Catacaos, que en el año 2009 celebró un contrato de usufructo con una empresa privada; sin embargo, la municipalidad retomó su administración directa en el año 2014. Además, agregó que no tiene información que Emadecomar haya administrado el local mencionado.

En otra oportunidad, mediante oficio, la misma Municipalidad reconoció que el camal de Catacaos es de propiedad de la autoridad edil, que brinda servicio de faenado de animales de abasto y Emadecomar es un usuario más del camal.

Posteriormente, la Secretaría Técnica de la Comisión elaboró la imputación de cargos que resultó siendo así:

- A Emadecomar le imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas bajo el supuesto tipificado en el artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), puesto que había realizado actividades de faenado de animales en el camal de Catacaos sin que contar con la autorización de Senasa, ni licencias correspondientes.
- A la Municipalidad de Catacaos le imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas bajo el supuesto tipificado en el artículo 14.3 de la LRCD, puesto realizaba

actividades de faenado de animales en el camal de Catacaos sin cumplir con los requisitos del principio de subsidiariedad establecidos en el artículo 60 de nuestra Constitución.

- Finalmente, de darse el caso que la Municipalidad esté cumpliendo con los presupuestos del artículo 60° de nuestra Constitución, se le imputaba la infracción al artículo 14.2 de la LRCD por haber realizado actividades de faenado de animales en el camal de Catacaos sin cumplir con la autorización de Senasa, ni licencias correspondientes.

En cumplimiento de sus funciones, la comisión declaró infundada la imputación contra Emadecomar; sin embargo, la imputación en contra de la municipalidad la declaró fundada imponiéndole una sanción de 8.75 UIT bajo los siguientes argumentos:

- No se ha logrado comprobar que Emadecomar haya realizado faenado de animales en el camal de Catacaos.
- La administración de un camal no se trata de una manifestación del *ius imperium*, ni una actividad asistencial, por tanto constituye una actividad empresarial que la municipalidad debió permitir que agentes privados realicen.
- La municipalidad no ha podido sustentar qué ley expresamente la habilitó a realizar dicha actividad empresarial, por el contrario, la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 83.3.5 la autoriza a promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de camales mas no la ejecución de estas actividades.

La municipalidad presentó recurso de apelación, por lo que, la SDC, como segunda instancia resolvió con los siguientes argumentos:

- La municipalidad ofrece el servicio de afaenado de animales de abasto a diversos a distintas empresas como Emadecomar. De esta actividad desarrollada se descarta que se trate de una labor del *ius imperium* dado que no califica como funciones soberanas propias de la existencia del Estado, además de poder ser prestada por cualquier otro agente económico

- Tampoco se trata de una actividad de corte asistencial porque el Estado no está obligado a brindarla por mandato constitucional, además de no estar dirigida a personas de bajos recursos sino para personas naturales, e incluso, jurídicas que prestan el servicio de venta de ganado vacuno.
- En ese sentido, la municipalidad gestiona y dirige el camal de Catacaos, asumiendo riesgos económicos por lo que su actividad es de carácter empresarial, mas no se trata de una manifestación del *ius imperium* del Estado, ni la provisión de servicios básicos asistenciales. Así, le corresponde cumplir con lo establecido por el artículo 60 de nuestra Constitución.
- Asimismo, sostiene que el numeral 3.5 del artículo 83° de la Ley Orgánica de Municipalidades establece como función de las municipalidades distritales, el promover la construcción, equipamiento, y mantenimiento de camales. Sin embargo, dicha disposición no constituye una habilitación legal para que la municipalidad de Catacaos desarrolle actividades empresariales ya que únicamente faculta a las municipalidades distritales, la **promoción** de la construcción, equipamiento de camales, actividad que debe ser realizada en armonía con lo establecido en el artículo 60° de la Constitución Política. Con dicha facultad de promoción de la inversión privada, el Estado busca fomentar el ingreso del capital privado en distintos sectores económicos para que sean los propios agentes económicos privados los que tomen la gestión de las actividades comerciales.
- La Municipalidad, no obstante lo mencionado, no ha favorecido la participación de agentes privados en la construcción, mantenimiento y operación del camal de Catacaos para que estos brinden el servicio de faenado sino que ha sido la propia Municipalidad quien directamente ejecuta y explota la actividad empresarial.
- Por tales argumentos, la SDC confirmó la resolución de la CCD que declaró fundada la denuncia de Carnes del Norte S.A.C. contra la Municipalidad Distrital de Catacaos y confirmó la multa impuesta de 8.75 UIT y ordenó, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la operación y explotación económica,

Respecto a este caso, debemos resaltar que la facultad de las municipalidades de intervenir en el ámbito de la actividad de construcción, equipamiento y

mantenimiento de camales, sí fue otorgada por la Ley Orgánica de Municipalidades; sin embargo, el grado de intervención para el que estaba facultada era el mínimo, se trataba de una labor de promoción, de fomento, es decir promover e impulsar que los agentes privados intervengan en la economía realizando esas actividades de construcción, equipamiento, etc.

En ese sentido, es importante que las municipalidades, revisen minuciosamente el grado de intervención que les es facultado por la norma, de manera que cumplan a cabalidad su rol de fomento o de efectiva prestación de servicios. En este caso, la Municipalidad de Catacaos se excedió de la facultad que se le había otorgado y no realizó una labor de promoción sino que fue esta misma quien realizaba directamente la actividad, contraviniendo así lo dispuesto en la norma y cometiendo actos de competencia desleal.

d) Resolución N° 126-2019/SDC- INDECOPI de fecha 2 de julio del 2019

La siguiente resolución que se analizará se refiere a una denuncia interpuesta por la empresa Tracto Latino Americano S.A.C. contra la Municipalidad Provincial de Tacna por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

La denunciante Tracto Latino Americano S.A.C alegó que:

- La Municipalidad habría transgredido el artículo 60° de la Constitución Política pues estaría realizando actividad empresarial consistente en (i) alquiler de maquinarias; (ii) venta de agregados; (iii) servicio de laboratorio de suelos, concreto y asfalto; y, (iv) venta de combustible en las estaciones de servicios “Manuel Odría” y “Miguel Grau”, sin contar con una ley expresa que autorice dichas actividades. Además, mencionó que Municipalidad participó en una licitación organizada por la Municipalidad Distrital de Yarada Los Palos, ofreciendo la venta de agregados para la construcción de pistas.

Por su parte, la Municipalidad sostuvo que:

- Respecto al procedimiento de licitación pública iniciado por la Municipalidad Distrital de Yarada Los Palos, esta última declaró la nulidad del otorgamiento

de la buena pro para la venta de agregados para la construcción de pistas y en ese sentido, el petitorio de la denunciante se habría concedido en la vía correspondiente.

Mediante Resolución N° 836-2018 /INDECOPI-AQP, la Comisión declaró fundada la denuncia bajo los siguientes argumentos:

- La Municipalidad obtuvo ingresos por la realización de a) alquiler de maquinarias, b) venta de agregados, c) laboratorio de suelos, concreto y asfalto y d) venta de combustibles en las estaciones de servicios Manuel A. Odría y Miguel Grau.
- Esas actividades no son consideradas manifestación del *ius imperium* del Estado, pues pueden ser brindadas por cualquier agente privado. Asimismo, tampoco tienen carácter asistencial y el Estado no se encuentra obligado a prestarlas, además de no estar dirigidas a personas de bajos recursos.
- La Municipalidad no ha indicado la ley emitida por el Congreso que la autoriza a prestar dichas actividades.

Posteriormente, la Municipalidad apeló la decisión de la Comisión indicando que:

- No se ha acreditado que haya realizado actividades empresariales y que, a su criterio, para realizar actividades de carácter subsidiario, debería, existir una empresa de propiedad de una compañía matriz, con la participación minoritaria de la Municipalidad, pero controlada por esta última.
- Corresponde que INDECOPI reinterprete el principio de subsidiariedad plasmada en la Constitución Política y la LRCD.

Al respecto, la Sala confirma en parte la resolución emitida por la Comisión e indicó que:

- Para la ejecución de actividad empresarial subsidiaria del Estado, este debe cumplir con los requisitos plasmados en el artículo 60° de la Constitución, entre los cuales no se aprecia el supuesto que plantea la Municipalidad, referido a una participación minoritaria del Estado en una empresa matriz. Por el contrario, conforme ha sido materia de pronunciamiento en diversas

resoluciones de la Sala, se considera actividad empresarial del Estado cuando una entidad asume la titularidad y gestión de los medios producción y participa como un proveedor más en el mercado, sin importar la forma jurídica que adopte.

- De los documentos recabados durante la investigación, tales como comprobantes de pago emitidos por la Gerencia de Producción de Bienes y Servicios de la Municipalidad, del portal de transparencia de la Entidad, etc., se aprecia que la Municipalidad sí realizó dichas actividades empresariales y que, por tanto no pueden ser calificadas como *ius imperium* ni de corte asistencial.
- No es competencia de INDECOPi reinterpretar las exigencias del principio de subsidiariedad, dado que ello corresponde al Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la norma fundamental.
- La Municipalidad no indicó cuál es la ley emitida por el Congreso que la habilita a realizar las actividades empresariales cuestionadas.
- La Comisión omitió pronunciarse sobre uno de los servicios que fue comprendida en la imputación de cargos y evaluó una actividad que no fue imputada, por lo que declaró la nulidad de la resolución en dicho extremo.

Como podemos apreciar, en este caso, INDECOPi descartó que las actividades que realizaba la Municipalidad Provincial de Tacna se trataran de una manifestación del *ius imperium* o de un servicio asistencial, y al demostrar que eran actividades empresariales, comprobó que no cumplió con el primer requisito del principio de subsidiariedad acerca de una norma expresa que la habilite a brindar los bienes que ofrecía y desarrollar el servicio que prestaba.

En ese sentido, la municipalidad no pudo precisar cuál era la norma aprobada por el Congreso que la habilitaba para el desarrollo de su actividad empresarial y así se demostró que ofrecía bienes y brindaba servicios contraviniendo el principio de subsidiariedad, incurriendo así en actos de competencia desleal.

Es importante precisar que así como estos casos, hay diversos ejemplos más, tales como los analizados en las resoluciones N° 80-2019/SDC-INDECOPI, N° 81-2019/SDC-INDECOPI, N° 82-2019/SDC-INDECOPI, N° 112-2019/SDC-INDECOPI, etc.

3. Criterios a considerar por las municipalidades peruanas para evitar la comisión de actos de competencia desleal

De las resoluciones analizadas, se ha podido evidenciar que algunas municipalidades han venido realizando diversas actividades empresariales, ofreciendo bienes y servicios mediante veterinarias, terrapuestos, camales municipales, empresas de alquiler de maquinarias, etc. Todo ello sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 60° de nuestra Constitución peruana, el cual está referida a la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

Ha quedado claro entonces, que a pesar de los límites que impone nuestra Constitución y la jurisprudencia, las municipalidades no han podido esclarecer el contexto en el cual sí podrían intervenir directamente en la economía brindando servicios, ni la manera en que deberían hacerlo por ello y en base a las resoluciones emitidas por INDECOPI, se procederá a estipular ciertos criterios que de ser tomados en cuenta por la autoridad edil evitará que sean investigadas y finalmente sancionadas por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, estipulado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

1. En primer lugar, debe tenerse en claro qué clase de actividad realiza la Municipalidad. En este sentido, puede haber 3 opciones, puede tratarse de la manifestación del *ius imperium* del Estado, de un servicio de corte asistencial o puede tratarse de una actividad económica.

En el caso de la labor del *ius imperium*, como ha sido mencionado, trata de actividades que son de titularidad reservada y exclusiva del Estado, como ejemplos tenemos la función legislativa (expedición de norma de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, actividades tributarias, entre otros.

En el caso de actividades de corte asistencial, estas se distinguen por ser requeridas con fines sociales, busca equilibrar diferencias en los sectores más necesitados y se circunscriben en el sector salud, educación y seguridad social.

De suscitarse cualquiera de estas 2 opciones, la actividad que realice la municipalidad estará permitida y podrá desarrollarla sin ser necesario el análisis a la luz del principio de subsidiariedad.

2. Si las actividades que realiza la municipalidad no corresponden a ninguna de las dos opciones descritas en el punto anterior, se trata entonces de la ejecución de una actividad empresarial del Estado y como tal debe cumplir los requisitos que se estipulan en el artículo 60° de nuestra carta magna.

3. El primer requisito es contar con una ley que habilite la realización de dicha actividad.

Para este punto debemos tener en claro que la ley que necesariamente debe ser aprobada por el Congreso, debe precisar de forma clara de qué tratará la actividad sin dejar la posibilidad de interpretaciones analógicas o extensivas de esta.

Además, la municipalidad debe tomar en cuenta que al tratarse de una situación excepcional, la ley que la habilite a realizar cierta actividad debe ser interpretada restrictivamente.

4. La municipalidad debe dirigir su atención a no tergiversar ni excederse de la actividad que se le faculta, sino restringirse a lo que le es permitido por la ley habilitante.

La infracción de este punto se evidencia en el segundo caso sobre la Municipalidad de Huamanga en el que se le facultaba la actividad en el sector transporte a nivel multidistrital y sin embargo, creó un Terrapuerto con servicios brindados a nivel nacional e interprovincial.

5. Por otro lado, la municipalidad debe centrarse y limitarse al cumplimiento del grado de intervención que le es facultado. Puede referirse este a una

actividad de fomento, el cual implica una labor de promoción, de impulso que atraiga a las empresas privada a intervenir económicamente en algún sector empresarial; o de efectiva ejecución que faculta a las municipalidades a que sean ellas mismas las que intervengan en ciertas actividades, que asuman la administración y ello involucra un riesgo directo.

6. Como segundo punto, la municipalidad debe verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial que realizará, lo que implica que lo haga en una circunstancia excepcional debido a la inexistencia de oferta privada o la insuficiencia de esta para satisfacer las necesidades de un determinado sector de consumidores. Este análisis deberá realizarse en conformidad con los criterios enunciados en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y el Decreto Supremo 030-2002-PCM, los mismos que la autoridad de competencia toma en cuenta en la evaluación de subsidiariedad que realiza en sus resoluciones.

7. Finalmente, como tercer criterio, la municipalidad debe verificar que la actividad que realizará es de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. El carácter de tal está subordinada a la apreciación y evaluación del Congreso de la República, pues es el ente representante de los diversos sectores de la sociedad y el legitimado para identificar y expresar los intereses de esta. Así, INDECOPI se limitará a corroborar que este factor se especifique como justificación de la aprobación de la ley habilitante que el Congreso emita.

CONCLUSIONES

1. El principio de subsidiariedad estatal se encuentra reconocido constitucionalmente en el artículo 60, y en este se estipula que, en una economía social de mercado el Estado tiene una labor supletoria y accesoria, de manera que intervendrá en la economía de manera directa ofreciendo servicios, solo si previamente cumple 3 requisitos.
Primero, cumpliendo el requisito formal de estar autorizado por ley expresa emitida por el Congreso. Segundo, cumpliendo con el carácter subsidiario de su actividad, es decir la presencia de agentes privados debe ser la regla y el Estado ingresará solo por excepción. Y tercero, cumpliendo con que la actividad desarrollada sea por motivo de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; es decir, cuando haya ausencia o deficiencia de la oferta privada que haga necesaria la intervención del Estado como empresario.
2. La actividad empresarial del Estado puede presentarse como la producción, distribución o intercambio de productos o servicios de cualquier tipo, sin ser necesaria la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que el Estado adopte para prestar el bien o servicio. Esta actividad estatal puede convertirse en un acto de competencia desleal, el cual se encuentra reprimido en el numeral 3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En este artículo, se exige al Estado la obediencia al artículo 60° de nuestra carta magna, es decir del principio de subsidiariedad. De hacer caso omiso a este, la entidad competente -INDECOPI- se encargará de investigar y sancionar al órgano infractor del Estado o la empresa pública creada, de ser el caso.

En este numeral, a diferencia de las otras clases de competencia desleal, no se exige la acreditación de la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial, sino que ante la infracción automáticamente se está frente a la comisión de actos de competencia desleal.

3. Al evidenciarse en la realidad, la contravención al principio de subsidiariedad y las normas de la LRCD por parte de las municipalidades de distintas ciudades, es necesario el establecimiento de ciertos criterios que puedan contribuir a esclarecer las circunstancias en las que la autoridad edil puede intervenir directamente en la economía y las pautas para que eviten tergiversar el sentido de la Ley Orgánica de Municipalidades o excederse de las facultades que esta les otorga.

En este orden de ideas se propone en esta investigación los siguientes criterios: La municipalidad (i) debe identificar qué clase de actividad realiza, (ii) si se identifica que desarrolla actividad empresarial, como tal debe cumplir entonces, los requisitos que se estipulan en el artículo 60 de nuestra carta magna, (iii) debe verificar el cumplimiento del primer requisito referido a la existencia de una ley habilitante para la realización de dicha actividad, (iv) debe dirigir su atención a no excederse del alcance de la actividad que se le faculta, por ejemplo en cuanto al ámbito territorial (v) debe limitarse al cumplimiento del grado de intervención que le es otorgado: sea este una actividad de fomento, de promoción o de efectiva ejecución, (vi) debe tener en cuenta el cumplimiento de los 2 siguientes requisitos del principio de subsidiariedad: verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, así como el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, como los 2 requisitos adicionales que exige el principio de subsidiariedad económica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. Álvarez, J. (2017). *La protección del consumidor en el derecho de la competencia*. Granada, España: Editorial Comares.
2. Ariño, G. (2012). Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto del servicio público. En Ariño, G, De la Cuétara, J, Del Guayo, Íñigo, *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*. (p. 81-147) Pamplona, España: Editorial Arazandi.
3. Beaumont, R. (Julio 2009). Las directivas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la aplicación de las normas de derecho privado con especial énfasis en la Economía Social de Mercado. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 63-71.
4. García, J. (2008). *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*. Barcelona, España: Editorial Atelier.
5. Guzmán, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
6. Guzmán, C. (2009). *Introducción al Derecho Público Económico*. Lima, Perú: Editorial Tinco.
7. Guzmán, C. (2019). *Procedimiento Administrativo Sancionador*. Lima, Perú: Instituto Pacífico
8. Kresalja, B. (2015), *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. Kresalja, B. y Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
10. Pretell, P. (Setiembre, 2011). La actividad empresarial y el goce prorrogado de los Derechos Fundamentales de los afectados con ella. *Revista Jurídica del Perú*, 47-65.
11. Vincés, M. (2010). *Noción del principio de subsidiariedad estatal. Aplicación en el sector de transporte terrestre*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú.

REVISTAS

12. Northcote, C (2009) Represión de la Competencia Desleal. *Revista Actualidad Empresarial*. N° 192, pp. x-1- x4.

TESIS

13. Davis, J. (2013). *Pagos anticipados sin cobro de penalidades, un análisis desde el principio de subsidiariedad y los intereses bancarios a propósito del expediente 769-2003* (Tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú.
14. Flores, M. (2008). *Competencia desleal por violación o infracción de marcas y signos distintivos. Análisis de la mayor eficacia de las disposiciones regulatorias en materia de propiedad industrial*. (Tesis de maestría en Derecho Internacional). Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Monterrey, México.
15. Jurado, O. (2013). *El análisis económico del derecho y el conflicto entre Derechos Fundamentales e inversiones privadas de interés público*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.
16. Montjoy-Forti, P. (2018). El principio de subsidiariedad económica en el Perú. (Tesis para optar el título de abogado. Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3716?show=full>
17. Ocampo, E. (2014). Los actos denigratorios en la Legislación Española. (Tesis doctoral). Universidad de Oviedo, Oviedo, España. Recuperado de http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/29124/1/TD_EliseoOcampo.pdf
18. Olivos, M. (2011). *Fundamentos para establecer el control previo de las concentraciones empresariales en una Economía Social de Mercado* (Tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.
19. Pastor, M. (2010). *Los límites de la publicidad comparativa en la libre y leal competencia: Análisis del Expediente N°050-2004/CCD*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo
20. Sevilla, M. (2011) Competencia Desleal: Análisis desde el campo de la Propiedad Intelectual. (Tesis para optar el título de abogada de los Tribunales y Juzgados de la República). Universidad de las Américas, Ecuador.

RECURSOS DIGITALES

21. Arenas, M. (2010). *El consentimiento en las redes sociales online*. En Alvarado, K. (2016). *Función Constitucional de la Constitución Económica. IUS, Revista de investigación de la facultad de Derecho, (11)*, pp.1-17. Recuperado de <https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:PE/fundamentos+constitucionales++de+la+esm+en+la+economia+peruana/WW/vid/708077241>
22. Castilla, O. y Castro, J. (Noviembre, 2017). Indecopi: “Entre más ojos estén detrás de la publicidad, mejor”. Ojo Público. Recuperado de <https://duenosdelanoticia.ojo-publico.com/articulo/indecopi-entre-mas-ojos-estén-detras-de-la-publicidad-para-nosotros-mejor/>
23. Chanamé, R. (2013). Constitución Económica. *Revista Derecho y Sociedad. (40)*, pp. 43-63. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12788>

24. Correa, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista española de Control Externo*, (24), pp. 135-161. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>
25. Diez Canseco, L. y Buleje, C. (2011). Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), pp. 221-235. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13691>
26. Figueroa, R. (2013). El Derecho a la Salud. *Revista Estudios Constitucionales*. (02), pp. 283-332. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200008
27. Flores, E. (2009). Restricciones al ius imperium y a la Autonomía de los gobiernos locales. *Revista del Centro de Estudios de Derecho Municipal de la USMP*. (08). Recuperado de https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_municipal/articulos/RESTRICCIONES_AL_IUS_IMPERIUM_Y_A_LA_AUTONOMIA_DE_LOS_GOBIERNOS_LOCALES.pdf
28. Gómez, J. (2011). Estado Social de Derecho. Derechos sociales fundamentales. *Revista Academia & Derecho*, (02), pp. 17-25. Recuperado de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/26>
29. Gonzáles, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Revista Derecho & Sociedad*, (23), pp. 144-159. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16863>
30. Guimaray, A. y Romero, Y. (2017). *Manual sobre prevención y eliminación de barreras burocráticas*. Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/0/barreras+vol+1.pdf/eee38b85-5dd9-b947-ea26-533c6cdb4d10>
31. INDECOPI (Marzo, 2019). La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi sancionó a empresas de transporte terrestre de pasajeros por no contar con las autorizaciones requeridas para brindar este servicio. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6799/NP%20190422%20Sanciones%20empresas%20transporte%20terrestre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
32. INDECOPI. (27 febrero 2018). La sala especializada en Defensa de la Competencia sanciona a entidades estatales que realizaron actividades empresariales infringiendo el principio de subsidiaridad del Estado. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6134/NP%20180227%20Sanci%20c3%b3n%20a%20entidades%20del%20Estado%20por%20actividad%20empresarial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
33. Lázaro, G. (s.f). En torno al régimen jurídico del mercado: Reflexiones a la <<competencia desleal>>, *Revista Universidad Complutense de Madrid*, pp. 253-256. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/download/CESE9292110253A/11208>

34. Lazarte, J. (2003). El concepto de servicio público en el Derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, (26), pp. 68-85. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16236/16652>
35. Legarre, S. (2004). Ensayo de delimitación del concepto de moral pública. *Revista Chilena de Derecho*, 31, (01), pp. 169-182. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650482>
36. López, P. (2005) El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias, *Revista Ius et Veritas*, (31), p. 41-58. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12408>
37. Macera, D. (08/06/2019). *Estado empresario: ¿Qué tan eficientes son en realidad las empresas públicas?* Perú: El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/peru/empresario-eficientes-son-realidad-empresas-publicas-noticia-642947>
38. Mier y Concha (2018). La Competencia desleal. En Quintana, E. La Vigencia del Código de Comercio de 1890. pp.177-191. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4741/15.pdf>
39. Negrete, S. (2016). Aspectos procesales de la Competencia Desleal. *Revista Justicia Juris*, (12), pp. 56-64. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v12n1/v12n1a05.pdf>
40. Olivos, M (Julio 2011). Fundamentos Constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. *Revista Ius*. Revista de investigación de la Facultad de Derecho. (02), pp.1-27. Recuperado de <https://2019.vlex.com/#vid/425600454>
41. Orbegoso, M. (2016). Los derechos sociales en Perú. La influencia de la Constitución mexicana de 1917. *Revista Ius*. (38), pp. 1-22. Recuperado de <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/287>
42. Ospina, A. (2013). La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la Economía- la paradoja del MOR. *Revista Con- Texto*. (40), pp.13-57. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3673>
43. Otamendi, J. (10/1998) *Competencia Desleal*. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (2), p. 1-44. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf
44. Pando, J. (s/f). La administración frente a la norma inconstitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa? Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/\\$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf)
45. Paredes, C. (2010). El Poder Tributario del Estado: ¿Nuestros Bolsillos a la Deriva? *Revista Derecho & Sociedad*. Núm. (35). Pp. 241-256. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13305>
46. Pazos, J., Capurro, A., Mac Kee, G., y Escalante A., (2018). Lineamientos sobre Competencia Desleal. INDECOPI, p.1-36. Recuperado de

- <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/2997032/Lineamientos+2018+CCD+FINAL.pdf/55104747-5ae3-dff5-e245-74124a81a939>
47. Peña, A. y Jimenez, J. (2009) "Principios y Garantías del Derecho Administrativo Sancionador". *Revista Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica*, 189, pp. 213-223. Recuperado de <https://javierjimenezperu.files.wordpress.com/2011/04/princip-y-garantc3adas-der-adm-sancionador-1era-parte.pdf>
 48. Quiñones, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, Competencia desleal y Servicios Públicos. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, (12), p. 65-73. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13490>
 49. Redacción Gestión. (26 Setiembre 2018). BCR: la burocracia interna del Estado es paralizante. *Diario Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/bcr-burocracia-interna-paralizante-245425>
 50. Redacción Gestión. (16 de Noviembre del 2015). Crear empresa en Perú es 6 veces más caro que en Chile debido a trabas burocráticas. *Diario Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/empresas/crear-empresa-peru-6-veces-carro-chile-debido-trabas-burocraticas-105131>
 51. Resico, M. (2010). Introducción a la economía social de mercado. Recuperado de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=e7260dca-274a-1eaa-5a15-406b0bd5dc10&groupId=252038
 52. Rodríguez, V. (2016). Principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú. *Revista Quipumayoc, volumen 24*, (45), pp. 121-137. Recuperado de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/view/12475>
 53. Rodríguez, G. (2013). Fundamentos económicos y legales de la legislación sobre represión de la competencia desleal: ámbito de aplicación y cláusula general. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, volumen 9*, (17), pp.19-34. Recuperado de <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/59>
 54. Ruiz, G., Martínez, M., Quintana, E. (s/f). El carácter subsidiario de la actividad empresarial del estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín latinoamericano de competencia*. pp. 107-125. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3934EFDAB311A37D05257B6D0053465D/\\$FILE/Boletin22_cap_Peru.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3934EFDAB311A37D05257B6D0053465D/$FILE/Boletin22_cap_Peru.pdf)
 55. Sánchez, G. (2018). "La 'intervención judicial de la economía': ¿es compatible con el mercado y con la democracia?". *Revista Con-texto*, (n.º49) pp. 105-134. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/5728>
 56. Sosa, A. (2015). Competencia Desleal y resguardo de los secretos empresariales. *Revista Themis*, N°68, p. 245-259. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15597>
 57. Urueta, J. (2004). La dimensión cuantitativa de la cláusula del estado social de derecho de Colombia. *Revista Estudios Socio-jurídicos*. (2) pp. 326-250. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/297>

58. Valencia, V, (2002). La seguridad pública como un Derecho Humano. En V. Valencia, A. Carmona, J. Arriaga y F. Tapia. (1° Ed.), *Quinto certamen de ensayo sobre Derechos Humanos* (pp. 8-23). Toluca, México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.
59. Verástegui, L. (2018). Las privatizaciones de las empresas públicas en el Perú: un enfoque económico y social. *Revista Quipukamayoc* (nº 51). Pp. 111-117. Recuperado de <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/view/15032>
60. Viera, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N°21, p.197-224. Recuperado de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6021>
61. Vignolo, O. (2013). Breves reflexiones sobre servicios públicos. *Revista Derecho & Sociedad*. (40) pp.215-221. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12802>
62. Vignolo, O. (2012). Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*. Pp. 333-341 Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13564>
63. Vinces, C. (2011). Aplicación del principio de subsidiariedad estatal en el servicio de transporte público. *Revista IUS*. (Núm 1). Pp. 1-24. Recuperado de https://app.vlex.com/#search/content_type:4/APIACION+DEL+PRINCIPIO+DE+SUBSIDIARIEDAD+ESTATAL+EN+EL+SERVICIO+DE+TRANSPORTE+TERRESTRE%3A+LA+SITUACION+PERUANA/WW/vid/425588422
64. Weffe, C. (2012). Delegación Legislativa y Libertad. La Ley Habilitante de 2010, y su relación con la Libertad. *Revista de Derecho Público de Venezuela*. Núm. 130. Pp. 51-83. Recuperado de https://2019.vlex.com/#search*/Delegaci%C3%B3n+Legislativa+y+Libertad./WW/vid/701416437

LEYES

65. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883. Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/200192/convenioparis.pdf/91f627cf-f367-4dd3-8d11-5d3b8c41270f>
66. Decreto Legislativo N°1044 - Ley de Represión de Competencia Desleal

JURISPRUDENCIA

67. Resolución N° 0735-2017/SDC-INDECOPI de fecha 27 de diciembre del 2017
68. Resolución N° 0328-2015/INDECOPI-CUS de fecha 28 de mayo del 2015
69. Resolución N° 0061-2018/CCD-INDECOPI de fecha 18 de abril del 2018
70. Resolución N° 0408-2017/SDC-INDECOPI de fecha 17 de julio del 2017
71. Resolución N° 010-2016/CCD-INDECOPI de fecha 05 de diciembre del 2016
72. Resolución N°0140-2018/SDC-INDECOPI, de fecha 28 de junio del 2018
73. Resolución N° 0239-2016/CCD-INDECOPI, de fecha 19 de octubre del 2016

74. Resolución N° 599-2016/SDC-INDECOPI, de fecha 24 de noviembre del 2016
75. Resolución N° 0133-2018/SDC- INDECOPI de fecha 21 de junio del 2018
76. Resolución N° 0048-2017/SDC-INDECOPI de fecha 26 de enero del 2017
77. Resolución N° 0196-2017/SDC-INDECOPI, de fecha 4 de abril del 2017
78. Resolución N° 0108-2017/SDC-INDECOPI de fecha 23 de febrero del 2017
79. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI de fecha 29 de noviembre del 2010
80. Resolución N° 0244-2017/SDC- INDECOPI de fecha 4 de mayo del 2017
81. Resolución N° 0581-2015/SDC-INDECOPI de fecha 29 de octubre de 2015
82. Resolución N° 0346-2017/SDC-INDECOPI de fecha 15 de junio de 2017
83. Resolución N° 2473-2010/SC1- INDECOPI de fecha 6 de setiembre del 2010
84. Resolución N°0419-2014/SDC-INDECOPI de fecha 21 de marzo del 2014
85. Sentencia recaída en el Exp. N° 018-2003-AI de fecha 26 de abril del 2004
86. Sentencia recaída en el Exp. N° 0001-2014-PI/TC, de fecha 17 de enero de 2017
87. Sentencia recaída en el Exp. N° 1963-2006-PA/TC de fecha 5 de diciembre del 2006
88. Sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, de fecha 11 de noviembre de 2003
89. Sentencia recaída en el Exp. N° 03330-2004-AA, de fecha 11 de julio del 2005.
90. Sentencia recaída en el Exp. N° 1405-2010-AA, de fecha 6 de diciembre de 2010