



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI DE AREQUIPA

DENUNCIANTE : TRACTO LATINO AMERICANO S.A.C.

DENUNCIADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA¹

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018 en el extremo que halló responsable a la Municipalidad Provincial de Tacna por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por realizar actividad empresarial estatal sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto tipificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

El fundamento es que se ha verificado que la Municipalidad Provincial de Tacna ha venido realizando actividades de venta de combustibles, alquiler de maquinaria pesada y venta de agregados, sin contar con una ley emitida por el Congreso de la República que la autorice a desarrollar dichas actividades.

Por otro lado, se MODIFICA la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018 en el extremo que sancionó a la Municipalidad Provincial de Tacna con una multa de 349.92 Unidades Impositivas Tributarias; y, reformándola, se le impone una sanción ascendente a 250.35 Unidades Impositivas Tributarias.

El fundamento es que, considerando los ingresos obtenidos por la Municipalidad Provincial de Tacna por la realización de las actividades infractoras, correspondería imponerle una sanción mayor a la impuesta por la primera instancia; sin embargo, en atención al límite previsto en el artículo 52 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, se le impone una sanción ascendente a doscientos cincuenta punto treinta y cinco (250.35) Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIÓN: DOSCIENTOS CINCUENTA PUNTO TREINTA Y CINCO (250.35) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.

Lima, 2 de julio de 2019

¹ Entidad identificada con RUC 20147797100.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

I. ANTECEDENTES

1. El 28 de marzo de 2017, Tracto Latino Americano S.A.C. (en adelante Tracto Latino Americano) denunció ante la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Arequipa (en adelante la ORI Arequipa) a la Municipalidad Provincial de Tacna (en adelante la Municipalidad) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal)².
2. En su denuncia, Tracto Latino Americano señaló que la Municipalidad habría transgredido el artículo 60 de la Constitución Política del Perú³ al realizar 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”, pese a que no cuenta con una ley que expresamente la autorice a realizar dichas actividades. Asimismo, señaló que la Municipalidad participó en una licitación organizada por la Municipalidad Distrital de Yarada Los Palos, ofreciendo la venta de agregados para la construcción de pistas.
3. Mediante Resolución 01-2017/SEC-TEC-INDECOPI-AQP del 15 de mayo de 2017, la Secretaría Técnica de la ORI Arequipa admitió a trámite la denuncia formulada por Tracto Latino Americano e imputó a la Municipalidad 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 Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría en el mercado ofertando los siguientes servicios:
 - (i) Venta de agregados para la construcción.
 - (ii) Alquiler de maquinaria pesada.
 - (iii) Venta de combustibles al por menor en grifos municipales.

² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

(...)

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

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

- (iv) Prestación de servicios de carpintería.
4. El 21 de junio de 2017, la Municipalidad presentó sus descargos e indicó que en lo referente al procedimiento de licitación pública iniciado por la Municipalidad Distrital de Yarada Los Palos, esta autoridad declaró la nulidad del otorgamiento de la buena pro para la venta de agregados para la construcción de pistas. Por tanto, el petitorio de la denunciante (consistente en que la Municipalidad se abstenga de realizar la venta de agregados para la construcción de pistas) se habría concedido en la vía correspondiente, por lo que debe declararse infundada la denuncia en este procedimiento.
5. Mediante Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018, la Comisión halló responsable a la Municipalidad por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y la sancionó con una multa de trescientos cuarenta y nueve punto noventa y dos (349.92) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT).
6. El fundamento de la primera instancia se basó en lo siguiente:
- (i) De la revisión de la información presentada por las partes, se observa que la Municipalidad obtuvo ingresos por la realización de las siguientes actividades: (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.
 - (ii) Dichas actividades no responden a una labor de *ius imperium*, pues pueden ser prestadas por cualquier agente económico que desee ejercerla. Tampoco son de corte asistencial, pues no son servicios que, por mandato constitucional, se encuentren obligados a prestar. Además, estos servicios no se brindan a las personas de bajos recursos, sino que se prestan a todas las personas naturales y jurídicas.
 - (iii) La Municipalidad no ha indicado cuál es la ley emitida por el Congreso de la República que la habilite a realizar las actividades cuestionadas, por lo que ha quedado acreditado que ha contravenido lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, incurriendo así en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
 - (iv) Con relación a la graduación de la sanción, se estima que el beneficio ilícito asciende al 100% de los ingresos obtenidos por la Municipalidad por la realización de las actividades de alquiler de maquinaria, venta de combustible, venta de agregados y prestación de servicios de laboratorio en el período comprendido desde enero de 2014 a junio de 2017, el cual



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

es de S/ 38'490,531.72. La probabilidad de detección en este caso es de 80% (en atención a un caso anterior de violación de normas iniciado por denuncia de parte). Teniendo en cuenta dichos factores, la multa a imponer debería de ser de 11,593.53 UIT.

- (v) Sin embargo, debe tenerse en cuenta el límite dispuesto en el literal d) del artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, referido al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos obtenidos por las actividades económicas realizadas por la Municipalidad. Dicho monto asciende a 349.92 UIT, por lo que corresponde imponer esta cantidad como multa final.
7. El 9 de enero de 2019, la Municipalidad interpuso recurso de apelación contra la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP, con base en los siguientes argumentos:
- (i) La Comisión no ha acreditado que su entidad haya realizado actividades empresariales. Para realizar actividades de carácter subsidiario, debe existir una empresa de propiedad de una compañía matriz y con la participación minoritaria de la Municipalidad, pero controlada por esta última.
- (ii) Corresponde que la autoridad haga una nueva interpretación sobre el principio de subsidiariedad recogido en la Constitución Política del Perú y en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, debido a que la regulación y exigencias vigentes no se ajustan a los estándares actuales de participación del Estado en la economía y la sociedad.
- (iii) Con relación a la graduación de la sanción, la Comisión debió considerar que no todos los ingresos presentados obedecen a la prestación de servicios a terceros, sino que también se han declarado aquellos montos correspondientes a los servicios que presta internamente. Por tanto, el cálculo de la multa debió tener en cuenta el máximo de ingresos obtenidos por los servicios que presta su entidad hacia terceros. Adjunta dichos ingresos de manera diferenciada correspondientes al año 2017.
8. El 6 de mayo de 2019, Tracto Latino Americano reiteró los argumentos expuestos durante el procedimiento.
9. Por Requerimiento 009-2019/SDC del 17 de mayo de 2019, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Secretaría Técnica de la Sala) solicitó a la Municipalidad indicar los ingresos obtenidos durante los años 2014, 2015, 2016 y de enero a junio de 2017 por las actividades de: (i) venta de agregados; (ii) venta de combustibles en los grifos



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

Grau y Manuel A. Odría; (iii) alquiler de maquinaria; y, (iv) servicios de carpintería, identificando cuáles son los ingresos por servicios internos y servicios a terceros.

10. El 28 de mayo de 2019, la Municipalidad presentó la información requerida y solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
11. El 18 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en la que participaron los representantes de las partes, quienes reiteraron los argumentos expuestos en el procedimiento.
12. Durante la audiencia de informe oral, el representante de la Municipalidad alegó que, en virtud de convenios de colaboración suscritos con entidades públicas, se había cedido el alquiler de maquinaria pesada a estas. Añadió que en dichos supuestos solo se cobraron montos correspondientes al traslado y mantenimiento de la maquinaria. En consecuencia, corresponde que, en el supuesto de que la Sala gradúe la multa a imponerse, no considere estas cantidades como parte de sus ingresos obtenidos por la realización de actividades económicas.
13. Mediante Requerimiento 011-2019/SDC del 21 de junio de 2019, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a la Municipalidad que, en un plazo de tres (3) días hábiles luego de notificada, indique el monto de los ingresos obtenidos durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017 por las actividades de alquiler de maquinaria y otros (venta de agregados, venta de combustibles en las estaciones de servicios Manuel A. Odría y Miguel Grau, y servicios de carpintería) identificando los ingresos por los servicios prestados a otras entidades públicas en virtud a convenios de colaboración.
14. Dicho requerimiento fue notificado a la Municipalidad el 24 de junio de 2019; sin embargo, a la fecha de emisión de la presente resolución, la referida entidad no ha presentado la información solicitada.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

15. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde que la Sala realice lo siguiente:
 - (i) Si la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP ha incurrido en un vicio de nulidad;
 - (ii) determinar si la Municipalidad incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al principio de subsidiariedad; y,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

(iii) de ser el caso, evaluar la graduación de la sanción impuesta.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre la validez de la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP

16. De acuerdo con el artículo 3.4 del Decreto Supremo 004-2019-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO de la Ley 27444), uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es el de motivación⁴. De acuerdo con ello, la autoridad debe expresar los argumentos que sustenten su decisión.
17. En el marco de un procedimiento administrativo, resulta fundamental que la autoridad cumpla con la garantía de motivar sus actos como expresión del deber de congruencia⁵, y se pronuncie respecto de los hechos y fundamentos que configuran la petición o defensa de los administrados involucrados en el procedimiento, explicando las razones por las cuales decide admitir o no un argumento o medio de prueba, y valorarlo en determinado sentido.
18. Frente a un pronunciamiento carente de motivación o con motivación aparente, el órgano superior jerárquico se encuentra en la obligación de declarar su nulidad de pleno derecho. Ello, atendiendo a que el artículo 10 del TUO de la Ley 27444 contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez⁶.

⁴ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4.- Motivación: El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

⁵ El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 8327-2005-AA/TC del 8 de mayo de 2006 (Demanda de Amparo interpuesta por la Iglesia Evangélica Presbiteriana del Cusco contra la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República), ha reconocido que el deber constitucional de motivación supone que se efectúe una valoración de cada argumento trascendente de las partes o, lo que es lo mismo, que se respete el deber de congruencia. En esta línea, el Tribunal indicó que "(...) por lo que se refiere a la denuncia de violación del principio de congruencia, este Tribunal ha recordado que, en efecto, el respeto de dicho principio procesal forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones (...)"

⁶ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

19. De la revisión de los actuados en el presente procedimiento, la Sala observa que, mediante Resolución 1-2017/SEC-TEC-INDECOPI-AQP⁷, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia contra la Municipalidad e imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a que habría realizado las siguientes actividades empresariales sin observar los requisitos del artículo 60 de la Constitución:
- (i) Venta de agregados para la construcción.
 - (ii) Alquiler de maquinaria pesada.
 - (iii) Venta de combustibles al por menor en grifos municipales.
 - (iv) Prestación de servicios de carpintería.
20. De acuerdo con los artículos 254.1 del TUO de la Ley 27444 y 31.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸, la resolución de imputación de cargos expresa los hechos que han sido cuestionados y, por lo tanto, sobre los cuales la imputada ejercerá su derecho a la defensa y la autoridad emitirá su pronunciamiento final.
21. Siendo así, la Comisión al emitir su pronunciamiento final debió ceñir su evaluación en determinar si, en los hechos, la Municipalidad había realizado las actividades indicadas en la resolución de imputación de cargos. Sin embargo, en la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP, la primera instancia evaluó y concluyó que la Municipalidad era infractora por realizar las siguientes actividades:
- (i) Venta de agregados para la construcción.
 - (ii) Alquiler de maquinaria pesada.
 - (iii) Venta de combustibles al por menor en grifos municipales.

⁷ Precisada por Resolución 02-2017/SEC-TEC-INDECOPI-AQP.

⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador

254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento

(...)

31.2.- La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de la persona o personas a las que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

(iv) Prestación del servicio de laboratorio de suelos, concreto y asfalto.

22. Como se puede apreciar de la lectura de la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP⁹, la Comisión no solo omitió pronunciarse sobre uno de los servicios que fueron comprendidos en la imputación de cargos (“*prestación de servicios de carpintería*”), sino que evaluó dentro del análisis de la infracción una actividad que no fue imputada (“*prestación del servicio de laboratorio de suelos, concreto y asfalto*”).
23. Al emitir un pronunciamiento sobre la base de una actividad que no fue comprendida en la resolución de imputación de cargos, la Comisión no solo vulneró el deber de congruencia de los actos administrativos, sino que también colocó a la imputada en una situación de indefensión, pues no se le concedió la oportunidad de expresar sus descargos respecto de dicha actividad. Por el contrario, los argumentos expuestos por la Municipalidad durante el procedimiento estuvieron orientados a desvirtuar las actividades imputadas.
24. En la medida que se ha verificado que la Comisión incurrió en un vicio de motivación incongruente a través de la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP, en aplicación del artículo 10.2 del TUE de la Ley 27444, corresponde a esta Sala declarar la nulidad del referido pronunciamiento en el extremo que halló responsable a la Municipalidad por la realización de actos de violación de normas respecto a la prestación del servicio de laboratorio de suelos, concreto y asfalto.
25. Finalmente, considerando que la Comisión omitió realizar la evaluación de la actividad de carpintería imputada a la Municipalidad, y teniendo en cuenta que se cuentan con elementos para poder pronunciarse sobre esta actividad¹⁰, la Sala, en aplicación del artículo 227.2 del TUE de la Ley 27444¹¹, analizará si la Municipalidad incurrió en la conducta imputada.

III.2. La presunta violación de normas por la realización de una actividad empresarial sin cumplir lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución

III.2.1 Marco normativo

⁹ Ver fojas 781 a 794 del expediente.

¹⁰ Se ha verificado que, durante el presente procedimiento, la Municipalidad ha presentado argumentos de defensa relacionados con la presunta comisión de actos de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal a través del ofrecimiento del servicio de carpintería.

¹¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 227.- Resolución

(...)

227.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

A) Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

26. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.
27. Este principio se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, el cual señala que “*sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional*”.
28. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de economía social de mercado acogido por la Constitución¹², que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (tales como la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria¹³.
29. El precepto constitucional relativo al rol subsidiario empresarial del Estado es también un límite que evita que el Estado se sobredimensione y destine los recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente¹⁴.
30. Otra razón muchas veces mencionada, que justifica el principio de subsidiariedad económica en la actividad empresarial del Estado es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas.

¹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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

¹³ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad económica, señaló que “*Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana.*”

¹⁴ Por ejemplo, alguna dependencia estatal decide constituir un bazar en el cual se venden zapatos, alimentos y otros productos similares. Como en dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda bajo condiciones similares o inclusive más ventajosas, en cuanto a precio y calidad, resulta evidente que la necesidad de la población puede ser atendida de manera apropiada por los particulares, por lo que la administración pública no debería invertir en llevar a cabo tal actividad económica.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

31. La Administración Pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales¹⁵ y suelen tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad¹⁶. De hecho, es común que las actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado.
32. Una gestión ineficiente, que no busca reducir costos para incrementar sus rentas y motivada por decisiones políticas, puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecta el entorno macroeconómico. En un estudio comparativo realizado entre diversas empresas públicas de más de noventa países, con el objeto de medir los efectos macroeconómicos que genera su gestión, se concluyó que *“el principal indicador que resume el impacto macroeconómico de las empresas públicas es su déficit global o sus necesidades de financiamiento”*¹⁷.
33. Pese a que en la mayoría de casos la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria acepta que la intervención estatal en los mercados se encuentre excepcionalmente

¹⁵ Como señala el profesor Ariño, *“(h) a sido una tentación constante de los políticos la utilización de las empresas públicas como instrumento fácil de la política: unas veces de su política antinflacionista (mediante el simple procedimiento de vender por debajo del precio de costo), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilizaciones de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional”*.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *“Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”*. Editorial Comares. Granada. 2004. Pg. 461.

¹⁶ Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos.

Cfr: VICKERS, John y George YARROW. *“Un análisis económico de la privatización”*. Fondo de Cultura Económica. México. 1991. Pg. 49.

En la misma línea, Patrón, a propósito del rol empresarial del Estado en Latinoamérica, señala que los objetivos de muchas empresas públicas fueron paulatinamente expandiéndose hacia la consecución de fines sociales y políticos que nada tenían que ver con la rentabilidad: *“Por lo general, el común denominador a esta variedad de objetivos era la ausencia de motivación en perseguir la rentabilidad. A su vez, estos argumentos, comúnmente, simplemente enmascaraban motivaciones políticas perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que buscaban asegurar ingresos de actividades altamente productivas, concentrar su poder o emplear las EPE para otros propósitos interesados”*.

PATRÓN SALINAS, Carlos. *“El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica”*. Publicado en: Themis N° 52. Revista editada por la Asociación Civil Themis. Lima. 2006. Pg. 78.

¹⁷ Traducción libre del siguiente texto: *“The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement.”*

FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. *“Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomics aspects”*. International Monetary Fund. Washington. 1986. Pg. 144.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

justificada¹⁸. 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.

34. Como lo señalan distintos autores, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Así, cuando el Estado concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en una situación de ventaja artificial sobre sus competidores: pueden acceder a privilegios de financiación con respaldo de los fondos públicos (subsidios), pueden ofrecer precios por debajo de determinados niveles de costos, podrían percibir ampliaciones de capital para soportar los déficits que su gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, pueden percibir privilegios jurídicos respecto de los particulares¹⁹.

B) Metodología de aplicación

35. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala²⁰, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado.

¹⁸ Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos.

Cfr.: STIGLITZ, Joseph E. "La economía del sector público". Editorial Bosch. Barcelona. 2002.

¹⁹ Cfr.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Economía y Estado". Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1993. Pg. 78; y, SAPPINGTON, David y SIDAK, Gregory. "Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities". En: "Competing with the Government. Anticompetitive behavior and Public Enterprises". Hoover Institution Press. California. 2004. Pgs. 2 y ss. (Disponible en: http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf, página web visitada el 20 de abril de 2016).

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI.**

Artículo 25.- De la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.-

Corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

Artículo 31.- Apelación de resoluciones y su sustentación ante la segunda instancia.-

31.1 Las resoluciones de las Comisiones que pongan fin a la instancia, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o causen indefensión podrán ser apeladas ante la Sala del Tribunal que tenga competencia en la materia. (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

36. Uno de los actos de competencia desleal contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es el de violación de normas. Dentro de dicho tipo infractor, un supuesto particular, recogido en el artículo 14.3 de la norma antes mencionada, señala lo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

"Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

(...)

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

37. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad empresarial desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en la Constitución.
38. De acuerdo con los criterios desarrollados por esta Sala mediante Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010²¹, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de carácter empresarial; pues si la conducta que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.
39. Solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecúe a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:
- (i) El primero, de tipo formal, exige que la realización de **la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa** aprobada por el Congreso. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación;

²¹ Asimismo, véase las siguientes resoluciones que contienen dicho criterio: Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2471-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI y Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI.



- (ii) el segundo requisito es de fondo e implica **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
- (iii) el tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**²².
40. Adicionalmente, debe resaltarse que según lo dispuesto por el referido artículo 14.3, para que se configure el supuesto de violación de normas no es necesario que se acredite la obtención de una ventaja competitiva significativa, bastando que la actividad empresarial estatal vulnere el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución antes mencionado.
41. En línea con lo anterior, la intervención empresarial del Estado será lícita solo en caso que supere cada uno de los tres requisitos mencionados. De lo contrario, nos encontraremos ante una infracción a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución y, por tanto, se configurará el supuesto de violación de normas previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
42. Habiéndose esbozado la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y considerando que en el presente la Municipalidad ha alegado que, para la realización de actividad empresarial estatal subsidiaria se requiere contar con la participación en una matriz, esta Sala desarrollará el concepto de actividad empresarial del Estado bajo los términos del artículo 60 de la Constitución, para posteriormente analizar si las conductas imputadas califican como tales.

III.2.2 La actividad empresarial del Estado

43. El Estado puede intervenir en los mercados cumpliendo diversos roles. Así, puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso al mercado, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir.

²² Con relación a este tercer elemento, cabe precisar que la autoridad de competencia se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Por lo tanto, solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

44. Sin embargo, el Estado también puede intervenir en los mercados en calidad de agente económico, como comprador u ofertante de bienes y servicios.
45. Este segundo caso es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, provee a la población de algún producto o servicio determinado.
46. Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de *ius imperium* ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio²³.
47. En atención a ello, debe diferenciarse a la actividad empresarial de la denominada “actividad estatal de autoridad pública”, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas.
48. Sobre el particular, García Trevijano define como una atribución soberana o prerrogativa de autoridad pública a *“aquella que se desarrolla en la consecución de los fines esenciales [del Estado], en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normativa jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así toda actividad legislativa, judicial, y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, etc.”*²⁴.
49. La actividad de *ius imperium*, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos²⁵. Ello, debido a que, en esos casos, el Estado

²³ Resulta relevante anotar que La Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, también asume una definición de actividad empresarial amplia, que no exige que el agente que preste bienes o servicios procure una finalidad de lucro ni que tenga una estructura societaria “de tipo empresarial” determinada:

“Artículo 1.- Glosario

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

f) Actividad Empresarial.- Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios.”

²⁴ TREVIJANO GARCÍA, J. A. “*Tratado de derecho administrativo*”. Editorial RDP. Madrid. 1971. Págs. 20 y ss.

²⁵ En esa línea de razonamiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia del 19 de enero de 1994 (Asunto *Eurocontrol*), calificó que la actividad estatal consistente en el control de la navegación aérea no calificaba



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

desempeña las funciones regulatorias propias del concepto clásico de soberanía.

50. Por otro lado, es preciso señalar que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial.
51. En ese orden de ideas, basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores.
52. Esta idea es recogida por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que en su texto precisa que son dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica: de un lado, las empresas estatales; y, de otro lado, las entidades de la Administración Pública que desarrollan actividad empresarial.
53. Así, dentro del rubro de empresas públicas o estatales, se encuentran todas aquellas entidades bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE que desarrollen su actividad bajo alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1031, Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado²⁶.
54. Finalmente, la actividad empresarial o comercial desarrollada por los gobiernos locales (como la Municipalidad) se encuentra regulada bajo el artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades²⁷ (en adelante la Ley Orgánica de

como actividad económica, puesto que se encontraba relacionada con la potestad soberana de ordenación del espacio aéreo con la finalidad de aseguramiento de la defensa nacional.

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1031. LEY QUE PROMUEVE LA EFICIENCIA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO.**

Artículo 4.- Formas en que se desarrolla la Actividad Empresarial del Estado.

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes formas:

4.1 Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.

El accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye Actividad Empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas.

²⁷ **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES.**

Artículo 35.- Actividad Empresarial Municipal.-

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

Municipalidades), el cual dispone que las empresas municipales son creadas por ley, siempre bajo la iniciativa del gobierno local (materializada en un acuerdo de concejo).

III.2.3 Aplicación al presente caso

III.2.3.1 Si la prestación de los servicios de venta de agregados para la construcción, alquiler de maquinaria pesada, venta de combustibles al por menor en grifos municipales y carpintería prestadas por la Municipalidad califican como actividades empresariales.

55. En su recurso de apelación, la Municipalidad alegó que se debía tener en cuenta que, para poder realizar actividad empresarial subsidiaria, el Estado debía tener una participación minoritaria en una matriz. Por tanto, en la medida que este supuesto no ocurría en el presente caso, la imputación debía ser declarada infundada.
56. Con relación a la actividad empresarial subsidiaria, tal como ha sido expuesto con anterioridad, para que el Estado pueda realizar este tipo de actividad se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 60 de la Constitución, los cuales son: (i) la actividad empresarial debe estar autorizada por ley; (ii) la actividad empresarial se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender la demanda; y, (iii) la actividad empresarial reviste un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.
57. De lo mencionado se verifica que, en ninguno de los requisitos contenidos en el artículo bajo comentario se encuentra el supuesto planteado por la Municipalidad referido a que, para poder realizar una actividad empresarial subsidiaria, el Estado deba tener una participación minoritaria en una empresa matriz.
58. Por otro lado, en el supuesto de que el argumento expuesto por la denunciada se encuentre dirigido a cuestionar la actividad empresarial realizada por su entidad, la Sala ha manifestado, en diversos pronunciamientos²⁸, que la

modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales.

En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

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 control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

²⁸ Al respecto, ver Resoluciones 134-2017/SDC-INDECOPI del 13 de marzo de 2017 y 278-2017/SDC-INDECOPI del 18 de mayo de 2017.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

actividad empresarial realizada por el Estado se configura cuando una entidad asume la titularidad y gestión de los medios producción y participa como un proveedor más en el mercado (proveyendo a la población de algún producto o servicio), sin importar la forma jurídica que adopta. En ese sentido, dentro de la categoría de actividad empresarial se incluye toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole.

59. De acuerdo con la definición de “actividad empresarial” recogida por este órgano resolutorio en diversos pronunciamientos, tampoco se advierte que esta contenga el supuesto planteado por la imputada referida a que, para ser calificada como actividad empresarial, el Estado deba tener una participación en una empresa matriz.
60. En tal sentido, se desestima el argumento invocado por la imputada en su escrito de apelación.
61. Sin perjuicio de lo expuesto, esta Sala procederá a evaluar si efectivamente la Municipalidad realizó las actividades denunciadas y, de ser así, si estas califican como actividades empresariales de conformidad con lo desarrollado previamente.
62. Con la finalidad de acreditar la prestación de los servicios denunciados por parte de la Municipalidad, Tracto Latino Americano presentó diversos comprobantes de pago de los años 2014 y 2015²⁹ emitidos por la “Gerencia de Producción de Bienes y Servicios” de la Municipalidad en los que se consigna que dicha entidad ofrece los servicios de “alquiler de maquinaria” y “venta de agregados”.
63. De la revisión de dichos documentos se aprecia que, en efecto, la Municipalidad brindó los servicios de alquiler de maquinaria y venta de agregados en diversas oportunidades a empresas privadas y personas naturales durante los años 2014 y 2017³⁰.
64. Por otro lado, con relación a la actividad de venta de combustible, se observa que la denunciante presentó impresiones de noticias referidas a que la Municipalidad prestó el servicio de venta de combustible, así como documentos del portal de transparencia de dicha entidad que acreditan que dicha entidad realizó la referida actividad económica³¹.

²⁹ Ver fojas 15 a 174 del expediente.

³⁰ A manera de ejemplo, se aprecia que entre las personas arrendatarias estuvieron la empresa Raddex Vision S.A.C. y a la señora Leslye Isabel Najarro Benancio; asimismo, se vendió agregados a la empresa Clasem S.A.C.

³¹ A foja 171 del expediente se aprecia una publicación del Diario “Correo”, edición regional de Tacna del 27 de diciembre de 2014 en la cual se recogen las declaraciones del Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tacna, quien señala lo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

65. Asimismo, se observa que la propia Municipalidad presentó los documentos denominados “*Resumen de ingresos por partidas mensualizado*” correspondientes a los años 2014, 2015, 2016 y 2017, en los que figura información sobre la “*Unidad de Gestión de Maquinaria y Equipos*”, “*Unidad de Gestión de Estación de Servicios MAO*”, “*Unidad de Gestión de Estación de Servicios Grau*”, “*Unidad de Gestión de Procesamiento de Bienes Materiales*” y “*Taller Municipal*”³². En estas fichas se observa que la Municipalidad obtuvo ingresos por la realización de los siguientes servicios:
- (i) Alquiler de maquinaria pesada.
 - (ii) Venta de combustible.
 - (iii) Venta de agregados de construcción.
66. De los medios probatorios adjuntados, se advierte que durante los años 2014 y 2017 la Municipalidad prestó los servicios de alquiler de maquinaria, venta de combustible y venta de agregados de construcción a diversas personas naturales y jurídicas. En ese sentido, se ha acreditado que la imputada efectivamente concurre en el mercado como proveedora de los servicios antes indicados, siendo la titular y quien gestiona los medios de producción a través de cuya explotación obtiene ingresos.
67. Ahora bien, cabe destacar que las actividades de alquiler de maquinaria pesada, venta de combustible y venta de agregados de construcción no pueden ser calificadas como de *ius imperium*. Ello, debido a que no responden al ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas propias de la existencia del Estado y atribuidas únicamente a él, sino que son servicios que pueden ser brindados por cualquier agente económico que desee prestarlos.
68. Por otro lado, respecto a las actividades de corte asistencial, la Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos³³ que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible. En estos casos, el

siguiente: “*Grifos de la comuna provincial dejan desbalance de S/ 2 millones. (...) Los grifos Manuel A. Odría y Miguel Grau tienen saldos por cobrar ascendentes a 1 millón 400 mil soles (...)*”.

Asimismo, a foja 182 del expediente se aprecia un documento correspondiente al Plan Operativo Institucional de la Municipalidad, aprobado por Resolución de Alcaldía 1604-14 (obrante a fojas 175 a 182 del expediente), el cual menciona lo siguiente: “*Sub programa: 0043 Promoción del Comercio Interno. Indicador de Gestión: Total de galones de combustible abastecidos / total de galones vendidos *100 =eficacia en la venta de combustible*” y, seguidamente, se indican los valores correspondientes a los combustibles que se ofrecen.

³² Ver fojas 225 a 242 del expediente.

³³ Ver: Resolución 0391-2007/TDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2007, correspondiente al procedimiento seguido por la señora Gladys Mercedes Simeón Vilca contra la Universidad Nacional Federico Villareal; y, Resolución 1668-2008/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por tipo Huk Vida Asociación Civil contra la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

Estado brinda prestaciones mínimas de salud, educación y seguridad social, y se cobra un monto que representa una parte o el total del costo de la actividad, pues lo que se busca es brindar dichas prestaciones a las personas de escasos recursos.

69. En el presente caso, las actividades referidas a alquiler de maquinaria, venta de combustible y venta de agregados de construcción no son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible, sino que se brindan a las personas que deseen satisfacer su demanda de maquinaria pesada, combustible o agregados de construcción.
70. En consecuencia, los servicios de alquiler de maquinaria pesada, venta de combustible y venta de agregados de construcción prestados por la Municipalidad durante los años 2014 a 2017 califican como actividades empresariales.
71. Por otro lado, con relación al servicio de carpintería que presuntamente estaría prestando la Municipalidad, de la revisión de la documentación presentada por ambas partes no se advierte que dicho servicio efectivamente se haya brindado en el mercado. Si bien la Municipalidad presentó una ficha en la que se hace referencia a un "Taller Municipal", en ella no se aprecia que, como parte de dicho taller se haya ofrecido el servicio de carpintería. Asimismo, no se evidencian comprobantes de pago que acrediten la existencia de ingreso alguno por la prestación de dicho servicio.
72. En tal sentido, al no contar con medios probatorios que acrediten que la Municipalidad concurrió en el mercado ofreciendo el servicio de carpintería, no resulta posible que esta autoridad analice si la referida actividad resulta o no subsidiaria, por lo que corresponde declarar infundada la imputación de cargos con relación a este extremo.

III.2.3.2. Si las actividades empresariales en cuestión se encuentran habilitadas por ley expresa

A) Marco teórico de lo que se entiende por ley expresa

73. El primer requisito de licitud previsto en el artículo 60 de la Constitución es de tipo formal y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por "ley expresa".
74. De acuerdo a lo desarrollado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, se observa que en mérito al antes citado artículo 60 de la Constitución, la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

autorización de la actividad empresarial de las entidades estatales se encuentra sometida a la expedición de una ley aprobada por el parlamento.

75. Dicha interpretación es respaldada por lo señalado por el propio Tribunal Constitucional. Así, tanto en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005 correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC como en el fundamento jurídico 26 de su Sentencia del 14 de marzo de 2007 emitida en el Expediente 0019-2006-PI/TC, dicho colegiado manifestó que “el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial”, entendiéndose por “reserva de ley absoluta” la exigencia de que la ley sea expedida por el el Congreso de la República. Es decir, para el supremo intérprete de la Constitución, su artículo 60 no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal, sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.
76. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que es un principio de interpretación legal que toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente³⁴. En tal sentido, si se considera que la participación empresarial del Estado es un escenario excepcional, entonces la lectura del requisito de “autorización por ley” para desarrollar la actividad empresarial debe entenderse restrictivamente como autorización por ley del Congreso de la República.
77. Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, conforme al cual se exige que la autorización otorgada al Estado para desarrollar una actividad económica responda a un objetivo de “alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Tanto el elevado interés público como la conveniencia para los fines de la nación son aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad (v.g. una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo), sino por el Congreso de la República, el mecanismo donde existen mayores exigencias para la aprobación de las normas, así como más representatividad y debate.
78. Por consiguiente, dado que conceptos como interés público o conveniencia para los fines del Estado deben ser discutidos y definidos por el Congreso de la República, en calidad de órgano legitimado para representar los intereses de la nación, es que la exigencia de “ley” recogida en el artículo 60 de la Constitución

³⁴

El principio de interpretación según el cual las normas que establecen excepciones deben ser interpretadas restrictivamente ha sido acogido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Véase, por ejemplo, la Sentencia del 19 de enero de 2001, correspondiente al Exp. 1318-2000-HC/TC. En el mismo sentido, el profesor Rubio precisa que las normas excepcionales son normas “cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva”. RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004, p. 295.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

se entiende como aquella ley producto del debate político realizado en el parlamento.

79. En conclusión, la exigencia de **autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso de la República**, siendo esta regla aplicable para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos.
80. Debe indicarse también que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma.
- B) Aplicación al caso en concreto
81. En su recurso de apelación, la Municipalidad alegó que la autoridad administrativa debía hacer una reinterpretación sobre las exigencias del principio de subsidiariedad, pues la regulación prevista en la Ley de Represión de la Competencia Desleal no se encontraba acorde con los estándares de la participación estatal en la economía.
82. Al respecto, tal como se ha desarrollado en la presente resolución, la Comisión y esta Sala –en segunda instancia- son las autoridades encargadas de reprimir los actos y/o conductas de competencia desleal previstas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Uno de estos actos es la violación de normas por contravenir al principio de subsidiariedad, el cual se encuentra desarrollado en el artículo 60 de la Constitución. Ante este tipo de presuntos actos desleales, la función de la autoridad de competencia (es decir, la Comisión y/o la Sala) se limitará a supervisar que la actividad empresarial prestada por el Estado se ajuste a lo indicado por el mandato constitucional.
83. El argumento planteado por la Municipalidad en su escrito de apelación pretende que la Sala realice una reinterpretación sobre el principio de subsidiariedad contenido en la Constitución, función que no le compete a esta autoridad de competencia.
84. Una “reinterpretación” de las exigencias y/o requisitos del principio de subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución supone que la autoridad interprete lo que el referido artículo dispone, lo cual resulta de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

competencia del Tribunal Constitucional, órgano de control constitucional y máximo intérprete de la norma fundamental³⁵.

85. A mayor abundamiento, cabe indicar que la regulación prevista en el artículo 60 de la Constitución no implica una limitación a otras formas de participación del Estado en la economía, como por ejemplo la realización de actividades de fomento o la generación de incentivos para promover la inversión privada. No obstante, tal como se expone en dicho artículo, el Estado solo podrá realizar actividad empresarial en supuestos excepcionales y atendiendo a determinados requisitos (que ya están previstos en la norma constitucional), como -por ejemplo- la exigencia de contar con una ley emitida por el Congreso de la República que autorice la realización de dicha actividad. En consecuencia, corresponde desestimar el alegato de la Municipalidad en apelación.
86. Ahora bien, con relación al requisito de contar una ley habilitante para poder realizar una actividad empresarial, la Municipalidad no ha indicado cuál sería la ley emitida por el Congreso de la República que la autoriza a realizar las actividades empresariales cuestionadas.
87. La Ley Orgánica de Municipalidades regula la organización y competencias de las municipalidades, así como las actividades que estas desarrollan³⁶. Sin embargo, de su revisión no se aprecia que contenga alguna disposición por medio de la cual habilite a la Municipalidad para realizar las actividades de venta de agregados de construcción, alquiler de maquinaria pesada o venta de combustibles.
88. Cabe tener en cuenta que, la existencia de actividad empresarial por parte de los gobiernos locales se encuentra regulada en el artículo 35 de la Ley bajo análisis³⁷, el cual señala que dicha empresa deberá estar creada por ley bajo

35

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
TÍTULO V. DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

Artículo 201. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.
(...)

36

LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

Artículo 1.- Objeto de la ley.

La presente ley orgánica establece normas sobre la creación, origen, naturaleza, autonomía, organización, finalidad, tipos, competencias, clasificación y régimen económico de las municipalidades; también sobre la relación entre ellas y con las demás organizaciones del Estado y las privadas, así como sobre los mecanismos de participación ciudadana y los regímenes especiales de las municipalidades.

37

LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

Artículo 35.- Actividad Empresarial Municipal.-

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

iniciativa del consejo municipal. Sin embargo, en el presente caso, no hay evidencia de alguna ley que autorice expresamente a la Municipalidad a realizar las actividades de venta de agregados para la construcción, venta de combustible o alquiler de maquinaria o que haya creado una empresa municipal para tales fines.

89. Como se puede apreciar, la Ley Orgánica de Municipalidades no contiene disposición alguna a través de la cual se habilite a la denunciada a realizar las actividades antes indicadas. Asimismo, la Municipalidad no ha cumplido con presentar una ley emitida por el Congreso de la República que la autorice, pese a que la Comisión advirtió esta deficiencia en su pronunciamiento final.
90. En consecuencia, este colegiado concluye que ha quedado acreditado que la Municipalidad ha realizado actividad empresarial consistente en alquiler de maquinaria pesada, venta de combustible y venta de agregados de construcción sin contar con una ley emitida por el Congreso de la República que la autorice; por lo que ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
91. De acuerdo a lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP, en el extremo que declaró fundada la denuncia contra la Municipalidad por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por realizar actividades empresariales estatales sin cumplir con lo señalado en el artículo 60 de la Constitución.

III.3. Graduación de la sanción

III.3.1. Marco normativo

92. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁸ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la

En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

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 control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

38

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

gravedad de la infracción. Así, se adoptarán los factores de graduación que correspondan en función a la conducta infractora cometida, considerando las particularidades y características de cada caso en concreto.

93. Del mismo modo, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 248.3 del TUO de la Ley 27444, que se erige como una regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora³⁹. Este principio determina que la Administración impondrá sanciones proporcionales a la infracción cometida y las circunstancias particulares de su realización, de manera tal que la comisión de las conductas punibles no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
94. En virtud de lo anterior, la aplicación de las reglas antes señaladas permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad que pudiese trasgredir los derechos de los administrados.
95. Ahora bien, un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener un rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, ello opera influyendo en las decisiones de los agentes del mercado al impactar negativamente sobre el beneficio derivado de la realización de prácticas ilegales, de modo que dicho beneficio ilícito resulte menor que aquel obtenido de actividades realizadas en el marco de la legalidad⁴⁰. Esto resulta concordante con el principio de razonabilidad antes desarrollado.
96. Sobre la base de esta premisa, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁴¹ está referido al

f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;

g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,

h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

³⁹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

(...)

⁴⁰ BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <https://olis.leg.state.or.us/liz/2017R1/Downloads/CommitteeMeetingDocument/125036> (fecha de consulta: 21 de mayo de 2019).

⁴¹ Al respecto ver: (i) Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; (ii) Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

beneficio ilícito, el cual representa aquella desviación en la demanda de los consumidores que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, producto de la infracción cometida.

97. Complementariamente, debe considerarse que cuando un agente económico racional decide cometer una conducta ilícita, previamente tiene en cuenta la probabilidad de que sea detectado por la autoridad administrativa y, como consecuencia de este hecho, deba asumir como costo el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de multa⁴². En este sentido, la graduación que se realice está sujeta a la detección y sanción de la infracción, la cual, dado el costo de supervisión de los mercados por parte de la autoridad y la dificultad de acceder a la información relevante, se da con cierta probabilidad.
98. En esta línea, es pertinente tomar en cuenta que no todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad de detección y, por tanto, una multa mayor; mientras que, si el acto ilícito es de más fácil detección, le corresponderá un porcentaje mayor de probabilidad de detección y, con ello, una multa menor.
99. Sin perjuicio de lo antes indicado, de acuerdo con lo señalado en anteriores pronunciamientos⁴³, se debe tener en cuenta de que existen situaciones en las que el criterio del beneficio ilícito no resulta aplicable o en las cuales no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor. En dichos casos,

contra Quality Products S.A.; (iii) Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.; (iv) Resolución 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016, correspondiente al procedimiento iniciado por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Bielsa S.A.C.; (v) Resolución 0245-2017/SDC-INDECOPI del 4 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado por Producción y Mantenimiento del Perú S.A.C. contra Street Media S.A.; (vi) Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Supermercados Peruanos S.A., entre otras.

⁴² Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. Op. Cit. Pp. 169-217.

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tiene sobre los infractores: "(...) *la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa)*". COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

⁴³ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 0365-2015/SDC-INDECOPI, 0542-2016/SDC-INDECOPI y 0646-2016/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

la autoridad puede remitirse a los demás criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.3.2. Aplicación al caso concreto

100. Mediante Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP, la Comisión sancionó a la Municipalidad con una multa de 349.92 UIT. A criterio de la primera instancia, el beneficio ilícito obtenido por la Municipalidad por las actividades infractoras prestadas desde el año 2014 hasta junio de 2017 ascendía a 11,593.53 UIT. Sin embargo, en atención al límite legal establecido en el artículo 52 de la Ley de Represión de Competencia Desleal⁴⁴, se le impuso una multa ascendente a 349.92 UIT.
101. En su recurso de apelación, la Municipalidad indicó que para el cálculo del límite legal previsto en el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la autoridad debió considerar únicamente aquella cantidad percibida por los servicios prestados a terceras personas. Añadió que los ingresos presentados ante la primera instancia contenían tanto las cantidades correspondientes a los servicios prestados a nivel interno (a su propio personal) como a terceros. Con la finalidad de identificar los ingresos que debió considerar la primera instancia presentó un documento conteniendo sus ingresos de manera diferenciada correspondientes al año 2017.
102. De manera complementaria, durante el informe oral realizado ante este Colegiado, la Municipalidad alegó que, dentro del monto correspondiente a los ingresos obtenidos por los servicios prestados a terceras personas, tampoco debían considerarse aquellos derivados de convenios suscritos con otras entidades públicas, ello en la medida que, durante la prestación del servicio de préstamo de maquinaria pesada, se cobró únicamente por el transporte y el mantenimiento de dichas unidades.
103. En el presente caso, la infracción cometida por la Municipalidad consiste en realizar actividad empresarial (esto es, concurrir en el mercado ofreciendo bienes y servicios al público) sin cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 60 de la Constitución. En tal sentido, tal como se ha realizado en casos

⁴⁴

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

(...)

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

anteriores⁴⁵, el beneficio ilícito obtenido por esta entidad pública corresponde a cien por ciento (100%) de los ingresos obtenidos por las actividades ilícitas realizadas durante el período infractor, pues se considera que la infractora no debió ofrecerlas en el mercado en tanto no contaba con una ley habilitante.

104. Ahora bien, de acuerdo con el literal d) del artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴⁶, la multa no puede exceder del diez por ciento (10%) de los ingresos brutos obtenidos por la infractora por la realización de sus actividades económicas en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión. En tal sentido, si el beneficio ilícito obtenido por la Municipalidad (100% de los ingresos obtenidos por prestación de las actividades ilícitas) excede de este límite legal, la autoridad deberá imponer como sanción este último monto a efectos de que la multa impuesta no resulte confiscatoria.
105. En su recurso de apelación la Municipalidad adjuntó el Informe 007-2019-SGT-GA/MPT en donde detalló los montos obtenidos por los ingresos derivados de la realización de las actividades infractoras (los cuales corresponden al beneficio ilícito) así como también consignó aquellos montos obtenidos por las actividades económicas prestadas a terceras personas, ello con la finalidad de que la autoridad, al momento de imponer la sanción, tenga en cuenta el límite legal establecido.
106. A diferencia de lo considerado por la Comisión⁴⁷, esta Sala estima pertinente indicar que el límite legal a tener en cuenta al momento de imponer la sanción correspondiente estará compuesto por aquellos ingresos derivados de las actividades económicas realizadas por el agente infractor. Es decir, aquellos ingresos obtenidos por la Municipalidad derivados de su actuación como operador en el mercado ofreciendo bienes y servicios a terceros.
107. Sobre esta base, con relación al argumento de la Municipalidad referido a que no deberían considerarse para establecer el límite legal, aquellos ingresos derivados de convenios suscritos con otras entidades públicas, resulta relevante tener presente que, el concepto de actividad económica -desarrollado por la Sala en pronunciamientos anteriores⁴⁸- abarca a todas las actividades que tengan como efecto, directo o indirecto, concurrir en el mercado, con

⁴⁵ Al respecto ver Resolución 3174-2012/SDC-INDECOPI del 22 de noviembre de 2012, Resolución 3412-2012/SDC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2012, Resolución 3639-2012/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2012 y 0278-2017/SDC-INDECOPI del 18 de mayo de 2017.

⁴⁶ Ver nota al pie 44.

⁴⁷ Que calculó el límite del 10% sobre la base de todos los ingresos declarados por la Municipalidad.

⁴⁸ Ver Resoluciones 0415-2014/SDC-INDECOPI y 0415-2014/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

independencia de la forma legal que adopte o la finalidad de los montos recabados⁴⁹.

108. Así pues, el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad económica⁵⁰, debiendo entenderse esta como la actuación de un operador económico que tiene como efecto o finalidad, de modo directo indirecto, concurrir en el mercado, ofreciendo bienes y/o servicios.
109. Al respecto, resulta importante señalar que la recurrente no ha presentado información que permita conocer cuál es contenido de los presuntos convenios suscritos con otras entidades públicas o el marco normativo aplicable a estos, por lo que este argumento no puede ser amparado a través del presente pronunciamiento⁵¹.
110. Teniendo en cuenta lo expuesto y las actividades económicas realizadas por la Municipalidad serán considerados como parte de sus ingresos para el cálculo del límite del diez por ciento (10%) previsto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal aquellos montos correspondientes a bienes o servicios prestados por la Municipalidad a terceros, lo cual incluye aquellas actividades en virtud de convenios de colaboración.
111. Ahora bien, de la revisión de la información presentada por la Municipalidad durante el trámite del procedimiento, se observa que en el rubro denominado "servicios a terceros" la entidad infractora detalló los ingresos que obtuvo durante el período comprendido desde el año 2014 hasta junio de 2017 por la prestación de las actividades económicas que han sido calificadas como ilícitas:
- (i) Por el alquiler de maquinaria pesada: S/ 1'672,325.35
 - (ii) Por la venta de combustible: S/ 35'307,476.73
 - (iii) Por la venta de agregados de construcción: S/ 538,971.90
112. La sumatoria de los ingresos descritos da un total de S/ 37'518,773.98 (equivalente a 9,040.67 UIT), el cual corresponde al beneficio ilícito obtenido por la Municipalidad durante el período infractor.

⁴⁹ Ver fundamento 52 de la Resolución 0415-2014/SDC-INDECOPI.

⁵⁰ Ver Resolución 0415-2014/SDC-INDECOPI.

⁵¹ Si bien de la revisión del expediente se ha podido advertir que obra la copia de tres facturas emitidas por la Municipalidad a favor del Gobierno Regional de Tacna por -aparentemente- el alquiler de maquinarias en virtud a un convenio de cooperación institucional entre ambas entidades, cabe indicar que estas no resultan suficientes para acreditar la existencia de dichos convenios ni mucho menos el contenido de los mismos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

113. No obstante, se observa que, durante el año 2017, la Municipalidad obtuvo un ingreso bruto total ascendente a S/ 10'389,605.30. El diez por ciento de dicho monto (S/ 1'038,960.53) equivale a 250.35 UIT. Así, siendo que sobre el monto calculado del beneficio ilícito se debería aplicar la probabilidad de detección, la cual podría mantener el mismo monto o aumentarlo⁵², se debe tener en cuenta que incluso la cifra calculada únicamente en base al beneficio ilícito excede al diez por ciento de los ingresos brutos obtenidos por la recurrente en los términos antes indicados.
114. En consecuencia, corresponde sancionar a la Municipalidad con una multa ascendente a 250.35 UIT por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infringir el principio de subsidiariedad.

III.4. Sobre la medida correctiva

115. Mediante Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP, la Comisión halló responsable a la Municipalidad por la realización de actos de violación de normas, y además de la sanción respectiva ordenó en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la realización de las actividades consistentes en: alquiler de maquinarias, venta de agregados y venta de combustible en las estaciones de servicio Manuel A. Odría y Miguel Grau.
116. En tal sentido, siendo que se ha confirmado la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP en el extremo que halló responsable a la Municipalidad por la comisión de actos de violación de normas, y en la medida que la infractora no ha presentado argumentos que cuestionen la medida correctiva ordenada, corresponde confirmar el referido pronunciamiento en el extremo antes indicado.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la nulidad de la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018 en el extremo que halló responsable a la Municipalidad Provincial de Tacna por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a la realización de la actividad empresarial de laboratorio de suelos sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018 en el extremo que halló responsable a la Municipalidad Provincial de Tacna por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de

⁵² Toda vez que de aplicar como porcentaje de la probabilidad de detección el 100%, el monto de la multa sería el total del beneficio ilícito; sin embargo, de aplicar un porcentaje menor, la multa se incrementaría.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0126-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 005-2017/CCD-INDECOPI-AQP

normas, debido a la realización de las actividades de venta de combustibles, alquiler de maquinaria pesada y venta de agregados sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

TERCERO: modificar la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018 en el extremo que sancionó a la Municipalidad Provincial de Tacna con una multa de 349.92 Unidades Impositivas Tributarias; y, reformándola, se impone a dicha entidad una sanción de 250.35 Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: confirmar la Resolución 836-2018/INDECOPI-AQP del 17 de diciembre de 2018 en el extremo que ordenó a la Municipalidad Provincial de Tacna una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la realización de las actividades consistentes en: alquiler de maquinarias, venta de agregados y venta de combustible en las estaciones de servicio Manuel A. Odría y Miguel Grau.

QUINTO: requerir a la Municipalidad Provincial de Tacna el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS⁵³, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de la ley.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

⁵³ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.