

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



TÍTULO: “Los servicios veterinarios realizados por la Municipalidad de La Molina: ¿actividad asistencial o actividad empresarial del Estado? A propósito de la Resolución No. 0081-2019/SDC-INDECOPI.

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogado**

Autor

Esteban Joaquín Marín Abarca

Revisor

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2021

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad el analizar si los servicios veterinarios (consulta veterinaria, corte de uñas, limpieza de oídos, aplicación de inyectables, desparasitación externa con ivermectina, desparasitación oral interna, desparasitación externa con anti pulgas, acto eutanásico, castración canina o felina, registro municipal de canes y/o felinos, albergue temporal de canes que se encuentran en estado de abandono, cirugía de otopatoma, fluidoterapia, adiestramiento canino y alquiler de campo agility) pueden ser calificados como actividad empresarial realizada por la Municipalidad de la Molina a través de la Veterinaria Municipal, ser considerados como parte del ejercicio de funciones del *ius imperium* por parte de la autoridad edil, o si corresponde considerar a estos servicios como actividades asistenciales. Para ello, el método empleado para desarrollar el presente trabajo es el socio-jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta importante considerar los pronunciamientos a nivel administrativo y/o constitucional que coadyuvarán a realizar el análisis del presente caso. Finalmente, la presente investigación concluye que no todos los servicios veterinarios realizadas por la Municipalidad de La Molina a través de su Veterinaria Municipal deben ser consideradas como actividad empresarial, ya que estos servicios pueden considerarse como un reflejo de como el Estado realiza sus deberes frente a la comunidad al proteger su salud, asimismo podrán tratarse de actividades asistenciales en la medida que los servicios veterinarios preventivos se brinden hacia aquellos sectores más necesitados, o bien podrían tratarse de servicios veterinarios que forman parte del *ius imperium* del Estado.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze if the veterinary services (veterinary consultation, nail clipping, ear cleaning, application of injectables, external deworming with ivermectin, internal oral deworming, external deworming with flea control, euthanasia, canine or feline castration, municipal registry of dogs and/or felines, temporary shelter for dogs that are abandoned, among others) can be considered as a business activity performed by the Municipality of La Molina through the Municipal Veterinary Office, temporary shelter of dogs that are in a state of abandonment, among others) can be

qualified as a business activity carried out by the Municipality of La Molina through the Municipal Veterinary, also to evaluate if these services can be considered as part of the exercise of powers of *ius imperium* by the municipal authority, or if it corresponds to the effective provision of assistance services. For this purpose, the method used to develop this work is the socio-legal one.

Taking into account the above, it is important to consider the administrative and/or constitutional pronouncements that will contribute to a critical analysis of this case. Finally, this research concludes that not all veterinary services provided by the Municipality of La Molina through its Municipal Veterinary Office should be considered as business activities, since these services can be considered as a reflection of how the State performs its duties towards the community by protecting its health, and they can also be considered as welfare activities to the extent that preventive veterinary services are provided to those sectors most in need, or they could be veterinary services that are part of the *ius imperium* of the State.

Palabras clave

INDECOPI – Actividad empresarial – Actividad asistencial – Principio de subsidiariedad económica

Keywords

INDECOPI – Business Activity – Welfare Activity – Principle of economic subsidiarity

INTRODUCCIÓN

Hoy en día es innegable la evolución que ha tenido la actividad del Estado dentro de la economía del país, a tal punto que nuestra Constitución contemple disposiciones específicas sobre el régimen económico y, específicamente, el contener límites a la actividad productiva por parte del Estado y brindar protección a la libertad de empresa, la competencia entre otros aspectos vinculados. Es decir, atrás quedaron las amplias facultades por las que el Estado podía intervenir libremente dentro de las relaciones económicas compitiendo con los agentes privados, encontrándonos ante un escenario no favorable dado que no existía competencia entre ambos agentes y que, además, se pudo evidenciar el fracaso del Estado como actor económico.

Por otro lado, con el devenir corriente de los años el papel del Estado no obtuvo los resultados esperados al ejercer las amplias facultades que le permitía participar como un actor económico más dentro del mercado. Es por ello que la actual Constitución incorpora el concepto de economía social de mercado donde reduce la actividad empresarial del Estado a un ámbito subsidiario por el cual solo se autoriza su presencia como agente empresarial por ley expresa y por el alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Actualmente nos enfrentamos ante una situación de emergencia sanitaria a nivel mundial provocada por el descubrimiento de un nuevo virus. Preliminarmente, se considera que su aparición fue consecuencia de un proceso de zoonosis, es decir la enfermedad se transmite desde animales vertebrados al hombre. Qué duda cabe la importancia de los centros de investigación y análisis que coadyuven al estudio de este tipo de enfermedades para prevenir su transmisión y que pueda desencadenar un escenario poco favorable que logre afectar la salud de las personas.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que muchas personas se encuentran en constante interacción con animales domésticos (por ejemplo, perros, gatos, entre otros), existe la posibilidad de enfrentarnos ante un proceso de zoonosis. Para ello, cumple un rol fundamental la intervención de los establecimientos que brindan servicios veterinarios para atender diferentes consultas y así prevenir las enfermedades que puedan ser transmisibles a los humanos. No obstante, no todas las personas se encuentran en la misma condición económica para acceder a dichos servicios, por lo

que resulta importante que determinadas entidades estatales en el marco de sus funciones puedan prestar tales servicios. En ese sentido, el rol de intervención por parte de las Municipalidades a través de sus Veterinarias Municipales contribuye al acceso de las personas a determinados servicios veterinarios que, paralelamente, también son ofrecidas por agentes económicos privados.

Esto es, tanto los agentes privados como el Estado a través de la autoridad edil concurren en el mercado ofreciendo los mismos servicios. Cabe preguntarse entonces si el desarrollo de los servicios veterinarios realizados por la autoridad edil constituyen como una actividad empresarial del Estado. Es por ello que, el presente informe consiste en la concepción y análisis de la actividad empresarial del Estado, es decir analizar la naturaleza de la actividad y si corresponde señalar que estamos ante actividades que no deban ser consideradas como empresariales. Asimismo, el análisis realizado considerará la aplicación del principio de subsidiaridad y la intervención del Estado en la economía, así como también los distintos pronunciamientos por parte de INDECOPI y del Tribunal Constitucional a fin de entender la eficacia de la aplicación de los criterios actuales.

1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la presente Resolución trae consigo la evaluación de un tema relevante acerca de la intervención del Estado como agente económico en el mercado. Es frecuente preguntarse si éste puede encargarse de prestar una determinada actividad económica o no, y eso conlleva a considerar que la respuesta es un tanto compleja no solo por el contexto político sino por la correcta aplicación, es decir conocer en qué casos o situaciones concretamente es pertinente la intervención estatal.

Ahora bien, la sola intervención del Estado como actor económico trae consigo diferentes aristas a evaluar ya que se debe considerar si se encuentra facultado para poder hacerlo respetando el marco constitucional vigente. En ese sentido, la presente resolución busca alinear la actuación del Estado a través de la intervención en el mercado y reconocer si se encuentra facultado para poder hacerlo, no obstante, el presente análisis reconoce la importancia de conocer si su actuación debe ser considerado como una actividad empresarial y, por tanto, encontrarse sujeto a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política. O, caso distinto, su

intervención puede enmarcarse al ejercicio de sus potestades propias del ius imperium o si se trataría de la realización de una actividad cuya finalidad es asistencial.

Por tanto, la justificación de la presente Resolución busca analizar en el informe si determinadas actividades, como por ejemplo los servicios veterinarios, deben ser considerados como actividad empresarial del Estado, o si estos pueden tener una calificación diferente a la empresarial tomando en consideración el contexto por el cual se desarrollan estos servicios.

2. Antecedentes

Para poder explicar los hechos que se desarrollan a lo largo del presente caso, así como también la actuación de la parte imputada y las resoluciones por parte de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, es importante considerar los antecedentes que da inicio a la controversia que se explicará en el presente informe.

Siendo ello así, se debe tener presente que la Municipalidad de La Molina contempló que dentro de sus actividades y/o funciones podía ofrecer los servicios veterinarios a través de consultas que eran atendidas en su Veterinaria Municipal. Por lo tanto, la actuación de la Municipalidad de La Molina se configura como antecedente del presente caso que dará inicio a las investigaciones pertinentes y el pronunciamiento de las instancias indicadas.

3. Hechos del caso materia de análisis

Para poder desarrollar el presente informe, se procederá a detallar de manera sucinta los hechos del presente caso:

- El 17 de octubre de 2016, la Secretaria Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la “Secretaría Técnica”), logró tomar conocimiento de que la Municipalidad de La Molina (en adelante, la “MLM”) se encontraba ofreciendo servicios veterinarios a través de su Veterinaria Municipal, por lo que coordinó que se lleve a cabo una inspección y se solicite información a la MLM sobre puntos: i) la ley expresa que faculta a su entidad a prestar servicios

veterinarios, ii) la lista de los servicios veterinarios que brinda; y, iii) si el costo de los servicios veterinarios se encuentra incluido en algún dispositivo legal.

- El 16 de agosto de 2017, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio contra la MLM por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, el cual se encuentra previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, ya que se encontraría en el mercado de servicios veterinarios sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
- El 10 de octubre de 2017, la MLM presentó sus descargos sobre los hechos imputados en su contra y señaló lo siguiente: i) sustenta su actuación en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, así como también invoca el numeral 2.4 del artículo 84 y 87 de la referida norma, que dispone que las municipalidades se encargan de organizar los programas sociales que no se encuentren establecidas específicamente pero que no estén reservadas a otra entidad pública; ii) asimismo, menciona el artículo 10.2 de la Ley 27596, Ley que regula el régimen jurídico de canes, señalando que son las municipalidades distritales los encargados de recoger y custodiar a los canes en estado de abandono; iii) señala la actuación de la Subgerencia de Desarrollo Social, Salud y Omaped que se encarga, entre otras cosas, de la tenencia responsable de animales de compañía; iv) invoca que el ordenamiento jurídico peruano regula la intervención de las municipalidades en el cuidado de los animales, que incluye la prevención y la atención de enfermedades que podrían considerarse un riesgo para la salud pública; v) la Veterinaria Municipal propicia la prevención y atención de las enfermedades transmitidas de animales a personas por lo que no le debería exigir el cumplimiento del artículo 60 de la Constitución; vi) adicionalmente, la Veterinaria Municipal es un servicio social que presta a la comunidad y no funciona a través de alguna de las modalidades de empresas del Estado; y, vii) señala que existen diversas veterinarias en su distrito, por lo que la Veterinaria Municipal no afectaría el funcionamiento del mercado.

- El 27 de octubre de 2017, la Secretaría Técnica incorpora al procedimiento a la Asociación Peruana de Protección a los Animales, en calidad de tercero.
- El 4 de julio de 2018, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, emitió un informe respecto a las actividades veterinarias realizadas por la MLM, concluyendo que los servicios veterinarios que presta la entidad no pueden ser calificados como actividad empresarial porque presta un número reducido de servicios y de tipo preventivo.
- El 22 de agosto de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la “Comisión”), mediante la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI, resolvió declarar improcedente en parte la imputación contra la MLM, ya que determinados servicios veterinarios no calificaban como actividad empresarial; y de otro lado, declaró fundada en parte la imputación de oficio imponiendo una sanción de amonestación, ya que prestó determinados servicios con carácter empresarial sin contar con los requisitos establecidos en la Constitución. Así, fundamenta su decisión en los siguientes puntos: i) el Estado tiene el deber de velar por la salud de la población ejecutando medidas de prevención, así tenemos que la protección de la salud se encuentra en la salud pública veterinaria; ii) el artículo 195 de la Constitución establece que las Municipalidades tienen competencia para desarrollar y regular actividades y servicios en materia de salud, entre otros, por lo que las medidas que adopten en materia de salud pública veterinaria es un reflejo de cómo el Estado procura el bienestar de la comunidad; iii) las medidas que adopten las municipalidades se encuentran dentro del ámbito de su autonomía local; iv) se verificó que la MLM brinda servicios que se encuentran con medidas específicas que buscan controlar las zoonosis que podrían afectar la salud de las personas, por lo que estos servicios son de tipo preventivo y en algunos casos de emergencia; v) se observó que los servicios de fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de Agility, no se encuentran dentro de una atención preventiva ni de emergencia, tampoco son manifestaciones del *ius imperium* ni del rol asistencial del Estado, por dicho motivo los referidos servicios son considerados como actividad empresarial; y, vi) no se evidencia en el

ordenamiento jurídico norma alguna que autorice a la MLM a realizar dichas actividades empresariales, por lo que infringe el mandato establecida en la Constitución.

- El 18 de setiembre de 2018, la MLM interpuso recurso de apelación contra la Resolución de la Comisión señalando que los servicios que brinda son cuidados básicos que requieren las mascotas sin un objetivo lucrativo sino asistencial para los usuarios de bajos recursos económicos que viven en zonas aledañas. Además, los servicios objetos de cuestionamiento no configuran por sí mismos actos de competencia desleal puesto que no afectan el normal funcionamiento del mercado; asimismo señaló que la Comisión estableció que los servicios de adiestramiento canino y alquiler de campo agility se encontraban en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de su entidad, pero dicha información es inexacta.
- El 30 de abril de 2019, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, la “Sala Especializada”) resolvió confirmar la Resolución de la Comisión, por el cual establece que la MLM cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal sin cumplir con los requisitos del artículo 60 de la Constitución, supuesto que se encuentra previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- La Sala Especializada determinó que la MLM no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la necesidad de prestar los servicios en cuestión para garantizar la provisión mínima de servicios de salud a las personas ni que estos busquen prevenir la transmisión de enfermedades de los animales a la población; asimismo tampoco se acreditó que los servicios en cuestión estén destinados a personas de bajos recursos económicos. Por otro lado, de la revisión del expediente se verificó que los servicios de adiestramiento canino y alquiler de campo agility se encuentran consignados en el Texto Único de Servicios no Exclusivos de la MLM y no en el TUPA, pero esta circunstancia tampoco determina la naturaleza asistencial de los mencionados servicios.

4. Identificación de los principales problemas jurídicos

Luego de haber resumido los hechos principales del caso que se encuentran conformados por la actuación de la MLM, la Comisión como primera instancia y, finalmente, la Sala Especializada como segunda y última instancia administrativa, se identificaron los siguientes problemas jurídicos:

- 1. Problema jurídico principal: ¿puede calificar como actividad empresarial del Estado los servicios veterinarios (tales como consulta veterinaria, corte uñas, limpieza de oídos, aplicación de inyectables, desparasitación externa con ivermectina, desparasitación oral interna, desparasitación externa con anti pulgas, acto eutanásico, castración canina o felina, registro municipal de canes y/o felinos, albergue temporal de canes en estado de abandono, cirugía de otohematoma, fluidoterapia, adiestramiento canino y alquiler de campo agility) llevadas a cabo por la Municipalidad de La Molina? ¿La Ley Orgánica de Municipalidades faculta a la Municipalidad de La Molina el poder prestar servicios veterinarios en favor de su comunidad?*
- 2. Problemas jurídicos secundarios: Para poder desarrollar el problema principal, es importante plantearnos las siguientes cuestiones previas: i) ¿Qué se entiende por el principio de subsidiariedad económica?, ii) la actividad económica del Estado: ¿actos empresariales o no empresariales? ii) ¿Cuál es la naturaleza de las actividades en el ejercicio del ius imperium del Estado?, iv) ¿cuál es la naturaleza de las actividades que cumplen un rol asistencial?*

5. Análisis de los principales problemas jurídicos

Para poder analizar y explicar el principal problema jurídico identificado, es importante examinar los problemas jurídicos secundarios como cuestiones previas para ir desarrollando conceptualmente distintos términos que contribuirán con el análisis del presente informe.

5.1. El Principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú.

Para entender el principio de subsidiariedad en materia económica debemos señalar que éste se concretiza a partir de una evolución histórica por el cual el hombre va adoptando determinadas posturas por el cual las actividades que va desarrollando se encuentran en constante especialización y que, empiezan a surgir determinados actores que facilitarán el devenir de las relaciones económicas. Por ejemplo, según Quintana (2014), en la Edad Media se podía observar esta convivencia de cuerpos intermedios en las conformaciones de gremios, los cuales eran necesarios para desempeñar determinados oficios, y que en el caso de Francia fueron suprimidos por la Ley Chapelier en la Revolución Francesa, la misma que prohibía la existencia de cuerpos intermedios y de gremios sindicales de dicho país (p. 126).

Como se aprecia, la subsidiariedad no es un principio reciente, sino que responde a una evolución desde el surgimiento de cuerpos intermedios que realicen actividades económicas, las mismas que podrían ser realizadas por la autoridad que centraliza el poder, pero considera más eficiente que lo realice dicho cuerpo intermedio. Ahora bien, se puede considerar que:

“El principio de subsidiariedad tiene fuentes diversas y antiguas, que pueden rastrearse en las diversas etapas de la historia del pensamiento sobre la sociedad apareciendo ciertas cuestiones desde las antiguas concepciones filosóficas propugnadas por Aristóteles y Tomás de Aquino hasta llegar a la formulación de varios conceptos básicos durante la irrupción del liberalismo anglosajón representado principalmente por Locke y Stuart Mill”. (Vignolo, 2017, p.33)

Luego de haber reconocido que la subsidiariedad económica es un principio que va más allá de una construcción jurídica, es importante vincularlo con distintas tendencias de pensamiento. Así pues, encontramos que la ordenación económica puede ser: la economía libre de mercado, la economía dirigida o controlada y la economía social de mercado. Para ello, partimos de que la economía libre de mercado según Baldo (2016) es “en la cual el Estado se limita a crear un orden

jurídico objetivo para la acción económica, pero sin accionar él mismo” (p. 183). En esta línea de pensamiento tenemos a destacados profesores como Milton Friedman o Friedrich von Hayek al comentar que al rol del Estado debía responder un contenido mínimo en la intervención estatal. Por ejemplo, Hayek (1998) mencionaba que se debe dejar al individuo la máxima libertad posible para realizar procesos productivos, mientras el Estado tiene un rol preponderantemente regulador, aunque reconoce que la excesiva regulación termina encareciendo el precio de los productos y reducen la productividad total. (p. 307-308).

Por otro lado, la economía dirigida o controlada de mercado propone que sea el Estado quien debe llevar la responsabilidad económica y que los particulares (privados) solo puedan desarrollar sus actividades en los espacios donde el Estado le permita actuar, viendo que esto responde a una política de planificación vista desde una economía dirigida. Finalmente, surge a raíz de la doctrina cristiana el concepto de economía social de mercado donde el rol protagónico no lo tiene el Estado, sino que éste busca fomentar la libre competencia para asegurar el bienestar general pero que sí admite la intervención del Estado en determinadas materias de corte económico y social. Pues bien, visto los conceptos previos sobre el principio de subsidiariedad económica, resulta apropiado entender su concretización dentro de nuestro marco constitucional y legal. Así, tenemos que el artículo 60 de la Constitución Política establece que el Estado reconoce el pluralismo económico y que éste solo puede realizar actividad empresarial de forma subsidiaria siempre y cuando exista: i) ley expresa; y que, ii) responda a un alto interés público o de manifiesta conveniencia social. Lo interesante en la redacción de este artículo es la coexistencia y cooperación entre el sector público y privado, cada uno en el campo propio de su interés (por ejemplo, el Estado y sus esfuerzos por reducir la pobreza y el sector privado como agente inversor buscando generar riqueza). Atrás quedaron aquellas disputas donde el Estado se encargaba de planificar la economía y limitar la actuación de los privados, o que estos no tengan los límites adecuados para la realización de sus actividades.

A fin de darle mayor contenido al referido principio, el Tribunal Constitucional ha establecido en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia emitida en el Expediente 008-2003-AI/TC lo siguiente:

“A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60 que “(…). Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (...)”

Se consagra así, el “principio de subsidiariedad” de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

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

Asimismo, es importante recalcar que cuando hablamos de subsidiariedad podemos hacer referencia a dos dimensiones: la subsidiariedad vertical y horizontal. Así, cuando nos referimos a la subsidiariedad vertical debe ser entendida como la correcta relación entre varios niveles de competencia y soberanía institucional, concretamente es intergubernativa porque hace alusión a las relaciones que mantiene el gobierno central, regional y/o local con la economía. Así, un rasgo a destacar es el respeto por parte del gobierno central sobre las competencias de los gobiernos regionales y locales procurando no interferir en ellas.

Por otro lado, la subsidiariedad horizontal vincula principalmente al Estado con la sociedad, en especial con los actores económicos particulares. Aquí, el Estado encuentra una reducción de intervención al mínimo esencial e indispensable,

procurando la libertad de las personas y empresas para poder actuar en la vida económica. En efecto, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al hacer referencia de las dimensiones del principio de subsidiariedad de la siguiente manera:

“(…) La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor – que puede ser una organización nacional o central – y un ordenamiento menor – que pueden ser las organizaciones locales o regionales –, según la cual, el primero de ellos, sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico- social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial. A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos”.¹

Se tiene pues que el rol subsidiario del Estado en la economía es porque se presume un papel fundamental en el desarrollo de la iniciativa privada y que ésta debe ser regulada por parte del Estado. No obstante, el Estado sustituye al privado cuando su actividad resulta insuficiente o porque hay una baja rentabilidad y por tanto no resultan atractivas para los inversionistas privados. Hay que mencionar que lo desarrollado por la citada sentencia hace referencia al rol subsidiario del Estado en la economía, y debe ser entendido como el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial, ya que el Estado puede realizar actividades de carácter económico en sentido amplio y no solo vincularlo con actividad empresarial. Por otro lado, Landa (2016) señala que la intervención del Estado puede graduarse en distintos tipos de intensidad: i) leve, donde el Estado cumple

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de noviembre de 2003 en el Expediente No. 0008-2003-AI-TC.

un rol activo para brindar servicios públicos, infraestructura, entre otras actividades, ii) intermedia, donde la titularidad no recae necesariamente en el Estado (banca, caja, municipalidades); e, iii) intensa, actividades de titularidad de los privados y no se requiera la intervención del Estado. (p. 149)

A nivel legal podemos hacer referencia en primer lugar, al Decreto Supremo 034-2001-PCM (modificado por el Decreto Supremo No. 011-2002-PCM) por el cual se establecen procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado. Así, se busca cautelar a través del FONAFE que la actividad empresarial del Estado se sujete a los requisitos y exigencias acorde a lo establecido en la Constitución, incluso se destaca la prohibición en el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se consideré suficiente para satisfacer la demanda existente, ya sea en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden.

Por otro lado, tenemos el Decreto Legislativo No. 1031 – Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado² y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo 176-2010-EF. En ese sentido, el Decreto Legislativo No. 1031 tiene como objeto el promover la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, así como las formas en que se debe realizar dicha actividad. Es importante mencionar que el presente Decreto también indica con claridad absoluta que la actividad empresarial del Estado se desarrolla de forma subsidiaria acorde a lo dispuesto por la Constitución Política.

Finalmente, tenemos que el Decreto Legislativo No. 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal busca combatir toda práctica desleal que tenga un efecto o finalidad de concurrencia, y se logre velar por el adecuado funcionamiento del proceso competitivo dentro de un determinado segmento del mercado. En efecto, podemos encontrar que el Título II referente a los actos de competencia desleal, establecen de forma enunciativa un listado de actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena. Así, concretamente el

² El presente Decreto Legislativo derogó a la Ley No. 24948 – Ley de la Actividad Empresarial del Estado y su Reglamento.

artículo 14 de la mencionada ley establece los supuestos de actos de violación de normas, pero para el caso en concreto nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 14.3 donde se establece como ilícita la actividad empresarial desarrollada por el Estado en contravención de lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política.

5.2. Actividad económica del Estado: ¿actos empresariales o no empresariales?

Ya hemos comentado que el Estado en atención al principio de subsidiariedad puede realizar determinadas actividades empresariales siempre que respete lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución. Es importante destacar que cuando nos referimos a la subsidiariedad no se debería acortar este concepto solo a la actividad empresarial, sino que debe tomar en cuenta a toda la actividad económica del Estado. Por ello, Kresalja (2009) sostiene que el Estado no puede abandonar toda la actividad económica porque constitucionalmente está obligado a orientar el desarrollo del país y darles prioridad a sectores como el empleo, la salud, educación, servicios públicos, infraestructura, entre otros. (p. 365) En ese sentido, se puede afirmar que no podría limitarse la subsidiariedad únicamente a la actividad empresarial.

Ahora bien, la actividad económica del Estado puede ser considerada como empresarial o no empresarial. Para ello, debemos entender que la subsidiariedad económica se encuentra estrechamente ligada a la actividad empresarial del Estado. En efecto, está vinculada a la actividad empresarial a través del cual el Estado puede crear y gestionar empresas públicas que repercuten en el mercado. La subsidiariedad económica sería una forma de intervención intermedia – de acuerdo a lo propuesto por Landa – por lo que la titularidad de la actividad puede tenerla el privado o el Estado directamente, siempre que cumpla con los requisitos que señale la Constitución. En esencia, la subsidiariedad económica empresarial busca que el Estado enfoque sus prioridades en gestionar sus recursos para el cumplimiento de sus fines, impulsando y promoviendo la participación de los agentes privados en el mercado e intervenir siempre y cuando existan fallos dentro del mercado.

Por otro lado, el Estado tiene una gran influencia en la economía del país y su intervención no se puede limitar únicamente a la actividad empresarial estatal, ya que también lo hace de manera indirecta a través actividades no empresariales tales como actividades de control regulatorio, de fomento, de actividad asistencial, contractuales o de cooperación. Es importante tener en cuenta estos conceptos y señalar que la actividad empresarial del Estado se encuentra sujeto a tres requisitos concurrentes y obligatorios, los cuales son: i) habilitación por ley expresa, ii) carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado; y, iii) objetivo de alto interés o de manifiesta conveniencia nacional.

Por tanto, resulta oportuno considerar que, para el análisis de los problemas esbozados en el presente trabajo, el Estado puede intervenir en la economía a través de la actividad empresarial estatal y también de actividades económicas no empresariales, e identificarlos marcará los límites necesarios para establecer si los servicios veterinarios realizados por la MLM pueden ser considerados como actividad empresarial o no.

5.3. ¿Cuál es la naturaleza de las actividades en el ejercicio del ius imperium del Estado?

El presente análisis busca ahondar de manera concisa sobre las denominadas actividades del ius imperium del Estado. Para ello, hay que entender que estas actividades son la manifestación, la concretización de cómo el Estado se hace presente, es decir la forma de exteriorizar sus atribuciones soberanas que pueden ser mediante la función legislativa (expedición de normas de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional o del sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros. Ahora bien, la función o prerrogativa de autoridad pública es:

“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.”
(García Trevijano, 1971, p. 20 y ss).

Es importante recalcar que, si bien el Estado cuenta con estas prerrogativas propias para la consecución de los fines esenciales en su actividad soberana, no podemos caer en el error de pensar que estas atribuciones se encuentran exentas de control alguno. Al contrario, la manifestación de estas atribuciones encuentra límites dentro del propio orden constitucional, cuya finalidad es que el Estado no cometa excesos al momento de realizar su actividad soberana. Por ejemplo, en la línea de lo que mencionaba Trevijano, una forma de manifestar su actividad soberana se da mediante el poder tributario, así el Estado puede crear normas con rango de ley sobre tributos, reglamentarlos o recaudarlos. No obstante, este poder no puede entenderse y ejercerse de manera ilimitada, por ello compartimos lo señalado por Danos (2006) al mencionar que los límites constituyen pautas o reglas de orden formal y material a las que deben sujetarse los poderes públicos en el ejercicio del poder tributario o en la aplicación de los tributos. Queda claro entonces la observancia a las pautas constitucionales que son de carácter vinculante para todos los poderes del Estado, y que el ejercicio del ius imperium no quede exento de control. (p. 136)

5.4. ¿Cuál es la naturaleza de las actividades que cumplen un rol asistencial por parte del Estado?

La manifestación del Estado se puede notar en diferentes grados y también en diferentes circunstancias, ya que habrá actividades que realizará en función de su actitud soberana como por ejemplo al emitir certificaciones de autorización por parte de la autoridad competente. Pero, no podemos dejar de reconocer que no es solo en ese ámbito por el cual el Estado se hace presente, pensemos en aquellos sectores de la población en los cuales hay una ausencia de determinados servicios, ya sea por la lejanía en la que se encuentran o porque los actores privados no encuentran atractivo el poder realizar actividades. Sin duda alguna, no podemos esperar que las personas con escasos recursos se logren costear servicios necesarios para poder desarrollar sus actividades diarias, es ahí cuando

se hace presente el Estado a través de las actividades asistenciales. Conviene aquí precisar que:

“De un lado, están las actividades de carácter asistencial, que son aquellas en las que el interés público es inherente y cuya provisión generalizada y, en la medida de lo posible, sin diferenciación por razones de condiciones socio económica y otras, es objetivo presente del Estado bajo una lógica de acceso universal. Estas actividades son las que, si se quiere constituyen núcleo de las prestaciones básicas que suele exigirse al Estado. Por lo general se encuentran previstas en el marco legal de mayor jerarquía de cada país como actividades de preferente interés del Estado y de la sociedad. Casos típicos son los de la educación, la salud o la seguridad interna y externa” (Ruíz, Martínez & Quintana, 2008, p. 112).

Entonces, podemos entender que la actividad asistencial del Estado es realizada para poder garantizar los derechos fundamentales de un sector de la población vulnerable, siendo que éstas no se encuentran en las condiciones económicas para poder satisfacerlos por sí mismos. A ello, compartimos la opinión de Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi cuando hace referencia a lo siguiente:

“(…) una actividad de corte asistencial comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social”.³

Queda claro entonces que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales está en que son prestaciones de bienes o servicios brindados por el Estado (facultados por mandato constitucional), y así se encuentre en la obligación a brindar a los particulares con más bajos recursos de forma ineludible. Así lo ha entendido Indecopi cuando relaciona el rol asistencial con el principio de solidaridad desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso

³ Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI de fecha 29 de noviembre de 2010.

Poucet y Pistre cuando delimita la definición de la actividad empresarial sosteniendo que las prestaciones asistenciales no califican como empresariales, en la medida que a través de ellas el Estado cumple con determinados compromisos sociales, concretizando así la expresión del Estado social de Derecho. Sin embargo, debemos aclarar que las actividades de corte asistencial no pueden ser desarrolladas de manera apresurada y sin límites por parte del Estado, ya que el contenido esencial es determinar e identificar aquellas situaciones donde se busque equilibrar las diferencias de los sectores con más bajos recursos. Pensar que el Estado realice actividades que considere asistenciales en un sector donde las condiciones económicas de las personas no se encuentren en una situación de necesidad, llevaría a desnaturalizar su actuación e incluso susceptibles de ser cuestionadas a través de Indecopi por vulnerar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, así como también el numeral 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 1044.

5.5. ¿Puede calificar como actividad empresarial del Estado los servicios veterinarios (tales como consulta veterinaria, corte uñas, limpieza de oídos, aplicación de inyectables, desparasitación externa con ivermectina, desparasitación oral interna, desparasitación externa con anti pulgas, acto eutanásico, castración canina o felina, gestión de adopción de mascotas, internamiento de canes, registro de canes, fluidoterapia, cirugía de otohematoma, adiestramiento canino y alquiler de campo agility) llevadas a cabo por la Municipalidad de La Molina? ¿La Ley Orgánica de Municipalidades faculta a la Municipalidad de La Molina el poder prestar servicios veterinarios en favor de su comunidad?

Luego de haber analizado las cuestiones previas referentes a la presencia del Estado en las actividades empresariales en atención al principio de subsidiariedad económica, las situaciones en las que se puede diferenciar las actividades empresariales y no empresariales del Estado, la naturaleza del ejercicio del ius imperium y las actividades de corte asistencial, podemos analizar en concreto los servicios veterinarios realizados por la MLM, y si estos pueden ser calificados como actividad empresarial del Estado, o si, por el contrario pueden tener la condición de actividades no empresariales. Asimismo, conviene aclarar si la MLM se encuentra facultada a prestar este tipo de servicios o si se encuentra excediendo sus facultades.

Debemos entender que los servicios veterinarios son aquellos realizados por el veterinario quien es el profesional que se ocupa de prevenir, diagnosticar y curar en forma clínica o quirúrgica, las patologías que afectan a los animales.⁴. Asimismo, según Haan y Umali (1992) señalan que estos servicios pueden ser calificados según su funcionalidad: i) los de intervención clínica, ii) los servicios preventivos, iii) los de prevención para la salud humana; y, iv) los de abastecimiento de suministros veterinarios. (p. 128). En efecto, hoy en día la especialización en la prestación de servicios veterinarios ha ido creciendo exponencialmente y ya no se trata solo de servicios ambulatorios, preventivos o de emergencia, sino también servicios más especializados como por ejemplo servicios especiales de cardiología, dermatología, reproducción, radiografías, pruebas de diagnóstico con tecnología muy avanzada, entre otros. En efecto, hemos visto que los servicios veterinarios tienen diferentes funcionalidades y que los mismos implicarán el uso o no de técnicas más especializadas para poder realizar las actividades pertinentes. Visto así, habría que considerar que los servicios veterinarios, específicamente aquellos que buscan tener un rol preventivo para evitar el brote de enfermedades de los animales y que, posteriormente, pueden repercutir negativamente en las personas, son servicios que podrían ser desarrollados por el Estado. No obstante, es importante analizar en qué medida el Estado puede enfocar sus esfuerzos para realizar actividades preventivas en la prestación de servicios veterinarios. Como se mencionó anteriormente, hay actividades que el Estado puede desarrollar en el ámbito económico y que no necesariamente puedan calificar como empresariales, así tenemos a las funciones soberanas del *ius imperium* y los servicios asistenciales. Sin perjuicio a ello, la Constitución ha reconocido que el Estado tiene deberes propios que debe realizar frente a sus ciudadanos (por ejemplo, el artículo 44 menciona, entre otros, la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación). Es por ello que, tanto las funciones soberanas del *ius imperium*, las actividades asistenciales y los deberes del Estado en favor de los ciudadanos no pueden ser considerados como actividades empresariales, en la medida que estas actividades no tengan como

⁴ Deconcepto.com (2018). Concepto de veterinario. Recuperado de: <https://deconceptos.com/ciencias-naturales/veterinario>.

finalidad – de modo directo o indirecto -, concurrir en el mercado a través de la segmentación y un posicionamiento basado en la diferenciación de sus prestaciones. Conviene enfatizar que el Estado tiene deberes en materia de salud, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional al indicar en el Expediente No. 0033-2010-PI/TC, acerca de los deberes del Estado respecto a la salud de las personas, conforme al siguiente criterio:

“(…) la salud, como derecho fundamental, impone al Estado el deber de realizar las acciones necesarias para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, en condiciones de equidad. El lugar central de la salud y de los servicios sanitarios que se requieren para para preservarla adecuadamente (…)”.

En ese sentido, el Estado orienta el desarrollo del país, siendo que la propia Constitución reconoce que es él quien debe velar por la salud y la seguridad de la población. Ciertamente, podemos señalar que los servicios veterinarios de carácter preventivo pueden ser calificados como asistenciales en la medida en que estas prestaciones sean requeridas con fines sociales para aquellos sectores más necesitadas de la comunidad al no contar con los suficientes medios económicos para poder cubrirlos. Es decir, el rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios (por mandato constitucional) por el cual el Estado se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible. En efecto, para que la MLM pueda proveer la prestación de servicios veterinarios, estos deberán ser preventivos y además estar dirigidos especialmente a aquellos sectores de su comunidad que no puedan acceder de manera particular a través de veterinarias privadas.

No obstante, hay que analizar si la MLM se encuentra facultada para poder prestar este tipo de servicios. La salud es un derecho como tal reconocido en el artículo 7 de la Constitución, y ella debe encontrarse protegida de todos aquellos elementos que puedan ponerla en riesgo. Es así que en la protección de la salud se encuentra la salud pública veterinaria que se desarrolla de diversas formas, entre ellas tenemos a la vigilancia, la prevención y el control de las zoonosis que evitan la transmisión de enfermedades de animales al ser humano. En ese sentido,

el artículo 7 de la Ley No. 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, establece que el Estado, a través de los sectores competentes, puede establecer medidas necesarias para la protección de los animales de compañía, de manera que se les garantice la vida, la salud y vivir en armonía con su ambiente. De esta manera el Estado logra establecer medidas preventivas para vigilar, prevenir y controlar las enfermedades transmisibles comunes al hombre a través de los animales. Ahora bien, es preciso señalar que el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, dispone que “Los gobiernos locales, representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”. Asimismo, el artículo 84. 2. 4 de la misma ley señala que dentro de las funciones específicas de las municipalidades distritales está el organizar, administrar y ejecutar los programas locales de asistencia. De igual manera, el artículo 87 del mismo cuerpo normativo dispone que las municipalidades distritales podrán ejercer otras funciones y competencias no establecidas en la ley o leyes especiales, de acuerdo a sus posibilidades y en tanto dichas funciones y competencias no estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional. Complementando ello, la Ley No. 26842, Ley General de Salud, establece en su artículo 124 que los órganos descentralizados quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia. En definitiva, la realización de medidas preventivas en materia de salud pública veterinaria por parte de la MLM son un reflejo de como el Estado procura el bienestar de su comunidad con relación a su salud. Ahora bien, como se ha visto anteriormente, los servicios veterinarios pueden ser clasificados en funcionalidades, y una de ellas es referida a los servicios veterinarios preventivos, partiendo de ello sí existiría una justificación económica para explicar la necesidad de la participación de la MLM acerca de la prestación de este tipo de servicios, dentro del ámbito de su competencia procurando la protección de la salud de las personas y brindándolo a aquellos sectores más necesitados. Cabe destacar que, si bien los servicios veterinarios preventivos pueden ser deberes del Estado (a través de los órganos descentralizados), también es cierto que dichos servicios pueden ser asistenciales en aquellos sectores que se encuentren en una situación de vulnerabilidad. Es decir, que los servicios preventivos puedan ser vistos como

deberes del Estado, no enervará que en determinadas circunstancias puedan tener la condición de servicios asistenciales atendiendo ineludiblemente a los sectores más vulnerables.

No hay que perder de vista que la MLM ofrece los servicios veterinarios a través de su Veterinaria Municipal, cuya orientación es fundamentalmente la de prevención mediante medidas específicas que busquen enfrentar la zoonosis que podrían afectar la salud de las personas. A fin de establecer que los servicios veterinarios no sea una actividad empresarial, debemos entender que servicios pueden ser considerados como preventivos, así tenemos, por ejemplo: i) consulta veterinaria, ii) corte de uñas, iii) limpieza de oídos, aplicación de inyectables, desparasitación externa con ivermectina, iv) desparasitación oral interna, v) desparasitación externa con anti pulgas, vi) acto eugenésico, vii) castración canina o felina; y todas aquellos servicios que puedan ser calificados como preventivos, entendiendo que estos buscan detectar y combatir problemas de salud animal que puedan ser transferidos a los seres humanos y así arriesgar su salud. Bajo este criterio, este tipo de servicios preventivos pueden ser considerados como actividades de corte asistencial en la medida que cumplan con brindar un apoyo social hacia aquellos sectores que se encuentren en una situación de vulnerabilidad, y que incidan en prevenir la transmisión de enfermedades a través del proceso zoonosis de que podría afectar gravemente la salud de las personas y, de la comunidad en general. Por otro lado, si nos enfocamos en aquellos servicios veterinarios que van acorde a los deberes del Estado vinculado a la protección de la salud, podemos ejemplificar aquellos supuestos en los que se traten de servicios que se brindan en el marco de una atención de emergencia. Es decir, si nos situamos en el caso donde se atropelle a un animal, podemos notar la importancia de contar con una Veterinaria Municipal ya que se lograría evitar consecuencias negativas en la salud pública de la comunidad por una oportuna y eficiente actuación que impediría la propagación de un foco infeccioso que afectaría la salud de las personas.

Ahora bien, resulta importante tener en cuenta lo siguiente: ¿los servicios veterinarios que son considerados como asistenciales dejarían de ser tales en la medida que la MLM realice el cobro por estos? Sobre este supuesto, es oportuno indicar que resulta irrelevante si estos servicios se han diseñado para obtener

ganancias, ya que la actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico. Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia, a través de la Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI, ha señalado lo siguiente:

“48. La mencionada condición parte de una constatación práctica: por regla general, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal conservan un objetivo que no se agota en un fin lucrativo, sino que expresa también fines político-sociales.”

“49. La Sala ya ha tenido oportunidad de señalar en un anterior pronunciamiento que el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, pues en cumplimiento de tal objetivo, incluso las asociaciones pueden organizarse para proveer bienes o servicios en el mercado”.

Siendo así, se puede concluir que, si bien la MLM ha realizado cobros por la prestación de los servicios veterinarios, esto no quiere decir que automáticamente serán considerados como actividad empresarial ya que resulta intrascendente la presencia de un ánimo lucrativo. Además, acorde a lo alegado por la MLM el cobro de estos servicios tiene una finalidad específica, la cual se traduce en recuperar periódicamente la inversión que se hace para poder comprar los materiales que se usarán en la Veterinaria Municipal a la hora de prestar los servicios veterinarios.

Adicionalmente a ello, hay determinados servicios veterinarios que se cumplen en función al *ius imperium* del Estado, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley No. 27596, Ley que Regula el Régimen Jurídico de Canes, establece que todo can debe portar la identificación que se otorga con el Registro, así se conoce los datos del propietario, la raza, si tiene condición potencialmente peligrosa, entre otros. Asimismo, hay medidas de gestión para adopción de mascotas e internamiento de canes que también son facultades del poder estatal, a colación podemos señalar la Ley No. 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, donde el artículo 8 señala que los gobiernos locales fomentan la creación y funcionamiento de albergues temporales, así como también el artículo 21 del mismo cuerpo normativo haciendo referencia a las medidas de protección y bienestar de

animales de compañía o mascotas. Por tanto, es importante mencionar que no todos los servicios veterinarios deben ser necesariamente de carácter preventivo para considerarlas como actividades no empresariales, sino también pueden tratarse de servicios en el ejercicio de sus facultades soberanas, por ejemplo, aquellas que son realizadas por la Municipalidad al llevar un Registro Municipal de canes y/o felinos con microchip (o sin éste dispositivo), albergues temporales de canes que se encuentren en estado de abandono, entre otros ejemplos.

Por otro lado, respecto a los servicios tales como: i) fluidoterapia, ii) cirugía de otohematoma, iii) adiestramiento canino; y, iv) alquiler de campo agility, conviene aclarar su naturaleza para establecer si son considerados como actividad empresarial o no. En este punto, corresponde explicar que la fluidoterapia animal es una terapia de fluidos cuando se presenta un déficit de fluidos corporales, teniendo que la finalidad de este servicio es curativa. Ahora, acerca de la cirugía de otohematoma, como un servicio médico más especializado, respecto del cual se busca retirar la acumulación sanguínea en el pabellón auricular y que también responde a ser un servicio curativo en los animales. Por otra parte, el adiestramiento canino es un servicio para modificar o cambiar la conducta de un can, así como también la enseñanza de habilidades concretas. Por último, el alquiler de campo agility hace referencia al servicio de alquilar un establecimiento acondicionado para que la mascota supere diferentes circuitos y obstáculos.

Al comentar brevemente de qué trata cada uno de estos servicios, se puede notar que estos se enfocan en atender principalmente a los animales y que no tienen una incidencia directa en la protección de la salud de las personas como por ejemplo el evitar la transmisión de enfermedades a través del proceso de zoonosis. Es decir, estas actividades no tienen la naturaleza de ser asistenciales ya que no cumplen con una finalidad social y tampoco buscan equilibrar las diferencias de los sectores más necesitados, del mismo modo se puede señalar que no son parte del ejercicio del ius imperium y tampoco se tratan de deberes del Estado referidos a la protección de la salud de las personas.

Bajo este contexto, resulta conveniente traer a colación un análisis realizado por ésta Sala donde se analizó si los servicios veterinarios llevados a cabo por la Municipalidad Distrital de Los Olivos podían ser considerados como

asistenciales. Así, se tiene que la Resolución 581-2015/SDC-INDECOPI del 29 de octubre del 2015 estableció lo siguiente:

“97. Al respecto, se observa que la prestación de servicios veterinarios no está prevista entre las prestaciones obligatorias y esenciales previstas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, las cuales el Estado debe necesariamente proveer a la población más necesitada. En efecto, este servicio no está dirigido a asistir a los sectores de menos recursos en salud, educación o seguridad social, es más, la Municipalidad ni siquiera dirige sus servicios a las personas, sino que se trata de un servicio dirigido a atender animales”.

Teniendo en cuenta lo señalado, los servicios veterinarios tales como fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento y el alquiler de campo agility no pueden ser incluidos como parte de las actividades asistenciales, tampoco se encuentran vinculados con el ejercicio del *ius imperium*; y, no forman parte de los deberes del Estado para velar por la protección de la salud de las personas, ya que se encuentren enfocadas principalmente en prestar atención a los animales. En ese sentido, conviene puntualizar que estos servicios sí califican como actividad empresarial ya que la MLM, a través de su Veterinaria Municipal, viene ofertando servicios que no tienen la calificación de ser asistenciales, que no son propias del *ius imperium* y tampoco son deberes del Estado, por lo que concurren en el mercado con otros agentes privados que vienen realizando servicios similares. Como consecuencia lógica, al tratarse estos servicios que califican como actividad empresarial, corresponde analizar si la MLM cumple con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política, es decir que cuente con una ley expresa que le permita realizar estos servicios, que sean realizados de forma subsidiaria y que respondan a un alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Conviene precisar que la actividad económica estatal debe encontrarse autorizada por ley expresa. Así, resulta oportuno manifestar que no se hace referencia a cualquier dispositivo de rango legal, sino que debe ser entendido como una ley que emane como parte de la función legislativa del Congreso de la República. En ese sentido, si se considera que la participación empresarial del Estado resulta ser la excepción a la regla de abstención, no cabe duda que ésta debe ser interpretada

de forma restrictiva de tal manera que cuando se hace alusión a una ley, esta deba ser aprobada por el Congreso. Además, esta interpretación guarda relación con el tercer requisito establecido en el artículo 60 de la Constitución acerca de que si se autoriza al Estado para desarrollar una actividad empresarial debe tener como objetivo el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional. Siendo ello así, entendemos que estos objetivos requieren de un debate crítico y minucioso por parte de aquellos representantes que forman parte del Congreso, ya que es este órgano quien se encuentra encargado de velar por los intereses de la nación.

En concordancia a lo manifestado por la Sala Especializada, se tiene que la MLM no cuenta con una ley expresa que la habilite para la realización de este tipo de servicios, por lo que se encontraría infringiendo lo dispuesto en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo No 1044, referido a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Por otra parte, conviene advertir puntualmente aquellos casos en los que INDECOPI, a través de la Comisión y la Sala, consideran que estamos ante la infracción del artículo 60 de la Constitución y del artículo 14.3 del Decreto Legislativo No. 1044. En efecto, INDECOPI realiza una valoración de los hechos para poder establecer si estamos ante una infracción y sancionarla acorde a los parámetros establecidos en el presente Decreto. Adicionalmente a ello, además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, se podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado. Al respecto, resulta importante aclarar que las medidas correctivas son aquellos mandatos provenientes por la autoridad competente cuyo propósito es el de corregir, subsanar o enmendar una situación equivocada. En esa línea, se puede sostener que:

“Las medidas correctivas son verdaderos actos administrativos distintos a las sanciones, pero que surgen también con ocasión de la comisión de actos ilícitos que afectan intereses confiados a la autoridad administrativa. Estas medidas de restablecimiento de legalidad reponen el orden legal vulnerado por el infractor, asumiendo en algunos casos claramente un rol preventivo de futuros daños” (Morón, 2010, p. 140).

Además, el mismo autor puntualiza que en gran parte de casos, la medida correctiva se tiene prevista para supuestos donde el ilícito ya fue cometido o se encuentra en proceso de ejecución continuada. Se entiende que el objetivo de la medida es revertir o restablecer la situación vulnerada a través de la eliminación o reducción de los efectos negativos con motivo de la acción ilícita. (Morón, 2010, p. 140).

Coincidimos con la postura del Tribunal Constitucional acerca de las medidas correctivas que fue analizado en el Expediente No. 1963-2006-PA/TC (Caso Ferretería Salvador) señalando que:

“Efectivamente, INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias – distintas a la sanciones- justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de INDECOPI debe restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción”.

Como se puede apreciar, podemos afirmar que las medidas correctivas tienen como finalidad restablecer el orden jurídico incumplido, procurando que desaparezca aquella situación contraria a la norma y evitar que se produzca nuevamente en el futuro.

En este punto, cabe plantearse el siguiente supuesto: ¿qué sucede en aquellos casos en los que se imponga la medida correctiva consistente en ordenar el cese definitivo e inmediato de aquella conducta que infringe el artículo 60 de la Constitución y del artículo 14.3 del Decreto Legislativo No. 1044, pero la Municipalidad hace caso omiso a dicha medida y sigue realizando la actividad infractora? Pues bien, el presente Decreto ha establecido que cuando nos encontremos ante una situación como la descrita, se podrán establecer multas

coercitivas por el incumplimiento de medidas correctivas. Es preciso comentar que las multas coercitivas ayudarían de manera significativa a lograr el cometido de la medida correctiva, además de que coincidimos con lo dispuesto en el presente Decreto acerca de que este tipo de multas no tienen naturaleza de sanción por la realización de un acto de competencia desleal, sino en todo caso de medidas de policía administrativa cuya finalidad es el cumplimiento efectivo de la medida correctiva impuesto por la autoridad competente.

Finalmente, para concluir, se puede afirmar que los servicios veterinarios realizados por la MLM a través de su Veterinaria Municipal, no deben ser considerados como actividad empresarial del Estado, en la medida que cumplan los siguientes elementos: i) que se trate de servicios veterinarios preventivos para proteger la salud de las personas y de los animales, como también evitar la transmisión de enfermedades vía zoonosis. Este servicio preventivo puede ser de corte asistencial dependiendo de si se enfocan hacia un sector con escasos recursos económicos por lo que no pueda costearlos a través de veterinarias privadas, así como también los servicios veterinarios preventivos y/o de emergencia que pueden ir acorde a los deberes del Estado que tiene como función la protección de la salud de las personas; y, ii) que se trate de servicios veterinarios en ejercicio del *ius imperium* del Estado.

6. Conclusiones

- El principio de subsidiariedad ha ido teniendo una evolución a lo largo del tiempo, desde la existencia de cuerpos intermedios, la influencia de la doctrina social de la Iglesia Católica, la visión de éste en el liberalismo, entre otros. En esencia, este principio busca establecer la interacción de las actividades económicas entre los agentes que conviven en la sociedad, procurando una mínima intervención en la libertad de los individuos para la consecución de la satisfacción de sus intereses. Por lo tanto, la libertad de empresa es la regla y la intervención del Estado en las actividades empresariales debe ser la excepción.

En ese sentido, el artículo 60 de la Constitución Política establece que los particulares deben, por su propio esfuerzo, realizar actividades

económicas respetando los límites que el ordenamiento pudiese establecer. Solo en aquellos casos en los cuales la actividad privada no estuviese presente en el mercado o que no pueda satisfacer las necesidades esenciales se encontrará justificada la autorización del Estado – a través de una ley aprobada por el Congreso – para intervenir como un agente empresario.

- En el presente trabajo se ha considerado reflexionar acerca de los servicios veterinarios y evaluar si estamos ante una actividad empresarial o no por parte de la MLM. Así, la evaluación realizada, en principio, es precisar si se trata de actividades que no deban ser calificadas como empresariales, para ello se toma en cuenta el análisis realizado a través de INDECOPI donde señala que no estamos ante una actividad empresarial cuando: i) se trata del ejercicio del *ius imperium* del Estado, ii) se traten de actividades asistenciales; o, iii) sean deberes del Estado en favor de los ciudadanos, concretamente en el sector de salud. Por otro lado, si los servicios no se encuentran dentro de ninguno de estos supuestos, serán considerados como empresariales y deberá analizarse en función de lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución, esto es: i) la exigencia que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa, ii) sea realizada de manera subsidiaria; y, iii) responda a un alto interés público o de manifiesta conveniencia social.
- Por otro lado, resulta conveniente aclarar que aquellos servicios veterinarios que tienen naturaleza asistencial, no dejarán de serlo en el supuesto que – para el caso en concreto – la MLM realice el cobro por estos en función a un tarifario. Es decir, resulta indiferente si se verifica que la actividad ha sido diseñada para obtener ganancias, ya que el contenido propio de la actividad empresarial no se agota en que esté conducido a una finalidad lucrativa.

7. Marco Jurídico aplicable

Para el presente informe, se tomará en cuenta el siguiente marco jurídico:

- Constitución Política del Perú.

- Decreto Legislativo No. 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- Ley No. 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.
- Ley No. 27586 – Ley que regula el régimen jurídico de canes.
- Ley No. 30407 – Ley de Protección y Bienestar Animal.
- Ley No. 26842 – Ley General de Salud.

8. Bibliografía

- Arroyo, C. L. (2016). *El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú*. Forseti. Revista de derecho, (6), 146-158.
- Benavides, A. Q. (2014). *El principio de subsidiariedad*. Revista de derecho público, ág-125.
- Cruces-Burga, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Palestra Editores.
- Cardich, C. O. (1985). *Constitución y economía de mercado*. Derecho PUCP, 39, 229.
- Cueva, O. V. (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria* (Doctoral dissertation, Universidad de Zaragoza).
- Correa, A. O. *Principios Económicos de la Constitución*.
- Danos Ordoñez, J. (2006). *El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller.
- De Haan, C., & Umali, D. L. (1992). *Public and private sector roles in the supply of veterinary services*. In Public and Private Roles in Agricultural Development, Proceedings of 12th Agricultural Sector symposium (pp. 125-137). The World Bank.
- Fos, J. A. G. T. (1968). *Tratado de derecho administrativo*. Revista de derecho privado. Hayek, F. A., & Torrente, J. V. (1998). *Los fundamentos de la libertad* (Vol. 5). Unión Editorial.
- Kresalja, B. (2016). *Estado o mercado: El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Fondo Editorial de la PUCP.

- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2017). *Derecho constitucional económico* (Vol. 8). Fondo Editorial de la PUCP.
- Montjoy Forti, P. (2018). *El principio de subsidiariedad económica en el Perú*.
- Ruiz, G., Martínez, M., & Quintana, E. (2008). *El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia*. Boletín Latino Americano de Concorrenca, (22), 107-125.
- Patrón, C. (2006). *El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica*. THĒMIS-Revista de Derecho, (52), 75-91.
- Urbina, J.C.M. (2010). *Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. Revista de Derecho Administrativo, (9), 135-157.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
IMPUTADA : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LA MOLINA¹
TERCERO
ADMINISTRADO : ASOCIACIÓN PERUANA DE PROTECCIÓN A LOS
ANIMALES
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
SUBSIDIARIEDAD
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES VETERINARIAS

SUMILLA: Se **CONFIRMA**, la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI del 22 de agosto de 2018, en el extremo que declaró fundada en parte la imputación de oficio contra la Municipalidad Distrital de La Molina por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por desarrollar actividad empresarial 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 acreditado que la Municipalidad Distrital de La Molina, sin contar con ley expresa del Congreso de la República que la autorice, desarrolla en su veterinaria municipal actividad empresarial consistente en la prestación de servicios veterinarios de fluidoterapia, cirugía de otophematoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de Agility.

SANCIÓN: AMONESTACIÓN

Lima, 30 de abril de 2019

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de octubre de 2016², la Secretaria Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, Secretaría Técnica) tomó conocimiento de que la Municipalidad Distrital de La Molina (en adelante, MLM) se encontraba ofreciendo servicios veterinarios a

¹ Con Registro Único de Contribuyente (RUC) 20131365722.

² La Secretaría Técnica indicó que tomó conocimiento de los hechos denunciados a través de la visita que realizó a la página web de la MLM. (www.munimolina.gob.pe); además, efectuó capturas de pantalla de la información que se pudo apreciar en dicho portal web. Ver fojas 6 a 11 del Expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

través de su Veterinaria Municipal, para lo cual gestionó la realización de una inspección³ y solicitó información a la referida entidad⁴.

2. El 16 de agosto de 2017, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio contra la MLM 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), dado que concurriría en el mercado de servicios veterinarios sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú (en adelante, Constitución).
3. El 10 de octubre de 2017, la MLM presentó sus descargos sobre los hechos imputados en su contra y señaló lo siguiente:
 - (i) El artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, Ley Orgánica de Municipalidades) establece que los gobiernos locales representan a su vecindario y promueven la adecuada prestación de servicios públicos locales. En esa línea, el numeral 2.4 del artículo 84 y el artículo 87 de la mencionada norma disponen que las municipalidades se encargan de organizar los programas sociales y que para su ejecución pueden ejercer otras funciones no establecidas específicamente, mientras que estas no estén reservadas a otra entidad pública.
 - (ii) De otro lado, el artículo 10.2. de la Ley 27596, Ley que regula el régimen jurídico de canes, establece que las municipalidades distritales se encargan de recoger y custodiar a los canes que se encuentran en abandono.

³ El 25 de octubre de 2016, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi (en adelante, GSF) que efectúe una diligencia de inspección en la Veterinaria Municipal de la MLM, ubicada en la avenida Ricardo E. Aparicio 740, Urb. Las Lagunas, La Molina, con la finalidad de verificar si se brindan servicios veterinarios, y de ser el caso, recabar información sobre sus precios. En respuesta, mediante Memorandum 1528-2016/GSF del 5 de diciembre de 2016, la GSF remitió a la Secretaría Técnica el Informe 966-2016/GSF-I del 1 de diciembre de 2016, el cual contenía el acta de la inspección realizada en esa misma fecha en la Veterinaria Municipal de la MLM, en dicho documento se dejó constancia que en el referido establecimiento se prestaban servicios veterinarios y que los usuarios pagaban una determinada suma dineraria por cada uno de estos. Ver de fojas 15 a 20 del Expediente.

⁴ La Secretaría Técnica solicitó a la MLM, mediante Oficio 018-2017/CCD-INDECOPI del 30 de enero de 2017, que presente la siguiente información: (a) la ley expresa que faculta a su entidad a prestar servicios veterinarios; (b) la lista de los servicios veterinarios que brinda; (c) si el costo de los servicios veterinarios se encuentra incluido en algún dispositivo legal. Por su parte, la MLM a través del Oficio 013-2017-MDLM-GDH-SGDSSO del 3 de febrero de 2017 señaló que se encontraba facultada para prestar los servicios veterinarios por la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ordenanza 320-2016 que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad; además indicó que el Texto Único de Servicios no Exclusivos aprobado por Resolución de Alcaldía 228-2015 del 30 de junio de 2015 contempla los servicios veterinarios que ofrece su entidad y sus costos. Ver de fojas 21 a 37 del Expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

- (iii) La Subgerencia de Desarrollo Social, Salud y Omaped⁵, es el órgano encargado de planificar y supervisar las actividades y programas relacionados con la salud, bienestar, proyección social, así como la tenencia responsable de animales de compañía.
 - (iv) El ordenamiento jurídico peruano regula la intervención de las municipalidades en el cuidado de los animales, lo cual incluye la prevención y la atención de enfermedades que podrían resultar un riesgo latente para la salud pública.
 - (v) La Veterinaria Municipal propicia la prevención y atención de las enfermedades que podrían ser transmitidas de los animales a las personas (*zoonosis*), por lo que los servicios que presta son parte de la labor asistencial que se realiza en beneficio de su comunidad, en especial a los vecinos con escasos recursos. Por dicho motivo, no se podría exigir a su municipio el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
 - (vi) Adicionalmente, la Veterinaria Municipal no funciona a través de alguna de las modalidades de empresas del Estado, sino que es un servicio social que presta a la comunidad para asegurar una adecuada tenencia de animales, lo cual redundaría en la salud y bienestar de los vecinos.
 - (vii) Existen diversos establecimientos comerciales en su distrito que brindan servicios veterinarios, por lo que su Veterinaria Municipal no estaría afectando el funcionamiento del mercado a nivel de este servicio.
4. El 27 de octubre de 2017, la Secretaría Técnica incorporó al procedimiento a la Asociación Peruana de Protección a los Animales (en adelante, APPA), en calidad de tercero⁶.
 5. El 4 de julio de 2018⁷, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en adelante, GEE) emitió el Informe 088-2018/GEE⁸ respecto a las

⁵ La Omaped es la Oficina de Atención a las personas con discapacidad de la MLM, información obtenida de <http://www.munimolina.gob.pe/index.php/servicios/programas-municipales/omaped> (Última visita el 29 de abril de 2019).

⁶ Cabe indicar que mediante carta del 9 de octubre de 2017 la APPA solicitó su participación en este procedimiento y ofreció su colaboración multisectorial como ente informativo y educativo; además, presentó el informe del Dr. Pierre Foy Valencia, Especialista en Derecho Ambiental y Derecho Animal. Ver de fojas 149 a 156 del Expediente. De manera posterior, la APPA precisó que se apersonó al procedimiento para manifestar su legítimo interés en participar en las actuaciones procedimentales que se desarrollen.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

actividades veterinarias realizadas por la MLM⁹ y señaló que los servicios veterinarios que presta la entidad edil no pueden calificar como actividad empresarial porque presta un número reducido de servicios veterinarios y de tipo preventivo, atendiendo de manera preferente a usuarios que provienen de zonas de bajos recursos económicos, por lo que estos servicios tienen un carácter social o asistencial, antes que económico.

6. El 22 de agosto de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, Comisión), mediante Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI, resolvió declarar improcedente en parte la imputación de oficio contra la MLM, pues determinados servicios veterinarios identificados no calificaban como actividad empresarial¹⁰; y, de otro lado, declaró fundada en parte la imputación de oficio imponiendo una sanción de amonestación, puesto que prestó determinados servicios veterinarios con carácter empresarial¹¹, sin contar con los requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución. Esta decisión se adoptó en atención a los siguientes fundamentos:

⁷ En este punto resulta oportuno precisar que la Secretaría Técnica solicitó a la GEE, mediante Memorándum 449-2017-CCD del 20 de octubre de 2017, una opinión técnica respecto del tipo de actividad que desarrolla la MLM al prestar los servicios veterinarios a través de la Veterinaria Municipal. Posteriormente, mediante Resolución 1 del 24 de enero de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal decidió suspender de oficio el procedimiento hasta que la GEE determine las características de los servicios veterinarios prestados por la MLM. Finalmente, considerando que la GEE emitió el Informe 088-2018/GEE el 4 de julio de 2018, el referido órgano de primera instancia decidió levantar la suspensión mediante Resolución 2 del 18 de julio de 2018.

⁸ Ver de fojas 174 a 185 del Expediente.

⁹ En sus conclusiones, el Informe 088-2018/GEE señaló que los servicios veterinarios del MLM no tenían naturaleza empresarial por los siguientes motivos:

- (i) En términos comparativos, no son servicios completos, pues tienen el fin de difundir y fomentar el bienestar del vecino, así como la salubridad dentro del distrito y el desarrollo de actividades de control de la tenencia responsable de animales de compañía, siendo que las veterinarias privadas aledañas al local municipal prestan servicios más complejos y especializados.
- (ii) La MLM presta servicios veterinarios con un carácter principalmente asistencial, en la medida que actúa en beneficio de la comunidad que no puede acceder al mismo servicio prestado por particulares, por razones estrictamente económicas, lo cual es posible porque el establecimiento se encuentra en una zona intermedia y de fácil acceso para las personas que viven en las zonas de menor poder adquisitivo, es decir, que provengan de MUSA, Villa Alta y Cerro Alto.
- (iii) El espacio y horario en los que presta el servicio veterinario la MLM son menores a los que ofrecen las veterinarias privadas del distrito, por lo que difícilmente podría representar un agente que ejerza presiones competitivas al sector privado.

¹⁰ En el referido pronunciamiento, la Comisión consideró que los siguientes servicios no califican como actividades empresariales: (i) consulta veterinaria; (ii) corte de uñas; (iii) limpieza de oídos; (iv) aplicación de inyectables; (v) desparasitación externa con ivermectina; (vi) desparasitación oral interna; (vii) desparasitación externa con antipulgas; (viii) acto eutanásico; (ix) esterilización canina o felina; (x) castración canina o felina; (xi) atención de emergencias veterinarias; (xii) gestión de adopción de mascotas; (xiii) internamiento de canes por noche; (xiv) registro municipal de canes y/o felinos con microchip; (xv) registro municipal de canes y/o felinos sin microchip; y, (xvi) colocación de microchip.

¹¹ De otro lado, la Comisión señaló que las siguientes actividades son de carácter empresarial: (i) fluidoterapia; (ii) cirugía de otopatoma; (iii) adiestramiento canino; y, (iv) alquiler de campo de *Agility*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

- (i) El Estado tiene el deber de velar por la salud de la población y lo cumple ejecutando medidas de prevención. Dentro de la protección de la salud se encuentra la salud pública veterinaria, la cual se desarrolla de varias formas, una de estas es mediante la vigilancia y control de las *zoonosis*¹². El artículo 7 de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, establece las medidas de protección para los animales de compañía con la finalidad de garantizar su vida y salud en armonía con su ambiente.
- (ii) El artículo 195 de la Constitución establece que las municipalidades tienen competencia para desarrollar y regular actividades y servicios en materias de la salud, saneamiento, medio ambiente, entre otros. La Ley Orgánica de Municipalidades, determina las medidas preventivas de salud que deben realizar las municipalidades; por lo que, las que adopten en materia de salud pública veterinaria son un reflejo de cómo el Estado procura el bienestar de su comunidad con relación a su salud.
- (iii) Las medidas que adopten las municipalidades se encuentran dentro del ámbito de su autonomía local dado que están vinculadas con el bienestar de la comunidad de su jurisdicción.
- (iv) Verificó que la MLM brinda servicios veterinarios que se encuentran vinculados con medidas específicas que buscan controlar las *zoonosis* que podría afectar la salud de las personas, por lo que estos servicios¹³ son del tipo preventivo y en algunos casos de emergencia (suturas y curaciones). Además, estos servicios resultan necesarios para evitar infecciones en los animales y en los seres humanos con los que tienen contacto, por lo que no califican como actividades empresariales.
- (v) De otro lado, ha observado que los servicios de fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*¹⁴, no se encuentran dentro de una atención preventiva ni de emergencia y pueden ser brindados por el sector privado, así como tampoco son manifestaciones del *ius imperium* ni del rol asistencial

¹² La Comisión indicó que las *zoonosis* son (...) *enfermedades infecciosas transmisibles desde animales al ser humano bajo determinadas condiciones.* (...)"

¹³ Ver nota al pie 10.

¹⁴ Es preciso señalar que la Comisión indicó que respecto a los servicios de adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*, pese a que la MLM alegó que estos no eran efectivamente prestados por su entidad, estos se encontraban dentro de la lista de servicios que ofrecía en su establecimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

del Estado. Por dicho motivo, las referidas actividades son servicios empresariales.

- (vi) No se evidencia en el ordenamiento jurídico norma alguna que autorice a la MLM a realizar las actividades empresariales identificadas, por lo que no cumple el mandato establecido en el artículo 60 de la Constitución.
7. El 18 de septiembre de 2018, la MLM interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI y señaló lo siguiente:
- (i) El numeral 4.2 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece como una de las funciones específicas de los gobiernos locales realizar campañas de control de la salud animal con la finalidad de difundir la tenencia responsable de las mascotas, así como promover el bienestar y la salud pública en el distrito.
 - (ii) Los servicios veterinarios que presta la MLM están dirigidos a brindar los cuidados básicos que requieren las mascotas sin un objetivo lucrativo sino asistencial, por lo que son de carácter preventivo y cumplen un rol asistencial para los usuarios de bajos recursos económicos que viven zonas aledañas. Además, estos servicios se prestan en horarios reducidos respecto a los centros veterinarios privados y no se realizan en una clínica ni hospital, sino en un consultorio veterinario municipal.
 - (iii) Asimismo, los servicios objeto de cuestionamiento no configuran por sí mismos actos de competencia desleal, pues no afectan el normal funcionamiento del mercado.
 - (iv) La Comisión señaló que los servicios de adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility* se encontraban en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de su entidad; sin embargo, dicha afirmación es inexacta.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde que la Sala evalúe lo siguiente:
- (i) Si la MLM ha cometido un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme lo señalado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; y,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

- (ii) de ser el caso, si corresponde confirmar la medida correctiva y la sanción impuesta a la MLM.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

III.1.1. Marco normativo

A) Subsidiaridad estatal y su expresión en materia económica

9. El principio de subsidiaridad 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.
10. 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*”¹⁵.
11. 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 Constitución¹⁶, 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 subsidiaria¹⁷.

¹⁵ **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.

¹⁶ **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.

¹⁷ 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 subsidiaridad 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*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

12. De esta forma, la iniciativa privada ejerce un rol protagónico en el mercado, mientras que al Estado se le asigna principalmente promover esta iniciativa. La mencionada exigencia constitucional también es un límite que evita se sobredimensione y destine recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender las necesidades más urgentes de la sociedad (especialmente allí donde la oferta privada es insuficiente o ausente).
13. 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 privadas¹⁸.
14. En efecto, 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 gubernamentales¹⁹ y suelen tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad²⁰. De hecho, es común que las

que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana.”

¹⁸ Una razón adicional que sustenta que la actividad económica estatal sea subsidiaria es que, por lo general - según lo señalan los distintos autores- la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia. Así, cuando el Estado concurre con privados en el mercado, su permanencia suele depender de un esquema que le permite actuar en situación de ventaja artificial sobre sus competidores, dado que puede: 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 por 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, entre otros casos, pueden recibir privilegios jurídicos respecto de los particulares.

Cfr.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *“Economía y Estado”*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1993. p. 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. pp. 2 y ss.
(Disponible en: http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf , última visita el 29 de abril de 2019).

¹⁹ 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 utilidades 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. p. 461.

²⁰ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado.

15. 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”*²¹.
16. Pese a que, en la mayoría de los 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 justificada²².
17. Siendo así, 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.

Cfr: VICKERS, John y George YARROW. *“Un análisis económico de la privatización”*. Fondo de Cultura Económica. México. 1991. p. 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. p. 78.

²¹ 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 macroeconomic aspects”*. International Monetary Fund. Washington. 1986. p. 144.

²² 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.



18. En tal sentido, el principio constitucional de subsidiariedad del Estado justifica la intervención excepcional de empresas públicas en la economía siempre que aquella sea autorizada por ley expresa, sea subsidiaria y responda a un alto interés público o a una manifiesta conveniencia nacional. Solo cumpliendo dichos requisitos previstos en nuestra Constitución, el Estado se encontrará facultado a realizar actividad empresarial destinada a satisfacer la demanda de bienes y/o servicios que no se encuentra cubierta por la oferta privada, pues la provisión de ellos involucra un alto interés público.
- B) Metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal
19. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala²³, 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.
20. 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”.

23

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 PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

21. 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.
22. De acuerdo con los criterios desarrollados por esta Sala mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010²⁴, 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.
23. 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 (3) 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 de la República. 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;
 - (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

²⁴ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**²⁵.

24. Adicionalmente, debe resaltarse que según lo dispuesto por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, 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.
25. Además, la intervención empresarial del Estado será lícita solo en caso de que supere 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.
26. Habiéndose esbozado la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y considerando que los argumentos de apelación han cuestionado que la MLM hubiese concurrido en el mercado prestado servicios de índole empresarial a través de su Veterinaria Municipal, esta Sala estima pertinente desarrollar previamente el concepto de actividad empresarial para luego analizar si los servicios objeto de apelación califican como tal.

III.2.2. Sobre la actividad empresarial del Estado

27. La participación del Estado en los mercados se puede realizar cumpliendo diversos roles, como autoridad²⁶ o desarrollando actividades económicas, es decir, ofertante de bienes y servicios.
28. Esta última actividad es la denominada “actividad empresarial”, en la cual el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, se encarga de proveer a la población de algún producto o servicio determinado. Así, dentro de la actividad empresarial se encuentra toda actuación estatal dirigida a la producción, distribución, intercambio de productos o servicios de cualquier

²⁵ 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.

²⁶ En este caso, el Estado actúa definiendo los términos de acceso al mercado, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que las conductas de los agentes se arreglen al ordenamiento y resolviendo los conflictos que pueden surgir.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de una potestad de ius imperium ni califique como prestación asistencial.

29. Cabe resaltar que la actividad económica que realiza el Estado es independiente a la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio²⁷ ni al ánimo de lucro. Por dicho motivo, el ánimo no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, tal y como lo indica la Ley de Represión de la Competencia Desleal al momento de delimitar su ámbito de aplicación subjetivo, en el cual incluye a todo tipo de entidades privadas o públicas que desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro²⁸.
30. En ese contexto, se desprende que lo relevante en el análisis de la conducta denunciada no es la forma jurídica de la entidad, sino la actividad realizada en un mercado, cualquiera que esta sea. Por ello, resulta suficiente 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 o servicio que satisface a los consumidores²⁹.
31. 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 Estado³⁰.

²⁷ En esa misma línea, cabe mencionar 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."

²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 3.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

3.1.- La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores.

(Subrayado agregado)

²⁹ Cabe indicar que esta idea es recogida por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual precisa que son dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica: (i) las empresas estatales; y, (ii) las entidades públicas que desarrollan actividad empresarial, es decir, que concurren en el mercado ofreciendo bienes o servicios.

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1031, LEY QUE PROMUEVE LA EFICIENCIA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

32. De otro lado, en lo que respecta a las municipalidades, la forma en que desarrollan actividad empresarial se encuentra prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades³¹.
33. En consideración a lo expuesto previamente, la actividad empresarial que realiza el Estado debe diferenciarse de la denominada “actividad estatal de autoridad pública”, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas.
34. 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.”*³².
35. En efecto, la actividad de *ius imperium*, que por esencia es de titularidad reservada del Estado porque desempeña funciones propias del concepto

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.

³¹ 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.

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.

³² TREVIJANO GARCÍA, J. A. “*Tratado de derecho administrativo*”. Editorial RDP. Madrid. 1971. pp. 20 y ss.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

clásico de soberanía, tiene entre sus típicas manifestaciones las siguientes: la función legislativa (expedición de normas con rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos³³.

36. También debe descartarse de la calificación de empresarial a aquel grupo de prestaciones brindadas por el Estado que son denominadas por la doctrina como “asistenciales o sociales”, la cual comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales con la finalidad de equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social³⁴.
37. Con relación a ello, la doctrina sostiene que “(...) en el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales.”³⁵.
38. En diversos pronunciamientos³⁶, esta Sala ha señalado 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, cumpliendo así compromisos sociales³⁷.

³³ 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 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.

³⁴ Cfr.: GARRIDO FALLA, Fernando. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 347-376.

³⁵ Ver: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CÁRDICH. “*Derecho Constitucional Económico*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 239.

³⁶ Ver: Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI del 6 de septiembre de 2010, correspondiente al procedimiento seguido por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani; el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, correspondiente al procedimiento seguido por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano-Puno; y, Resolución 500-2017/SDC-INDECOPI del 21 de agosto de 2017 correspondiente a la denuncia interpuesta por Tarucani Generating Company S.A. contra la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.

³⁷ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comparte este parecer, pues al delimitar la definición de actividad empresarial, ha sostenido que las prestaciones asistenciales no califican como empresariales, en la medida que a través de ellas el Estado cumple compromisos sociales, esto es, funciones que constituyen expresión del Estado Social de Derecho que inspira a la organización política. Ver Sentencia del 17 de febrero de 1993, correspondiente al Asunto *Poucet y Pistre*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

39. Entre estas prestaciones obligatorias que tiene que cumplir el Estado tenemos aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social³⁸.
40. El hecho de que el aparato estatal se encuentre en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución.
41. En efecto, si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría evitando cumplir una obligación prevista por disposición constitucional.
42. Conforme a lo expuesto, la actividad desarrollada por el Estado será empresarial, siempre que no responda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales.
43. Por consiguiente, a continuación, corresponde a la Sala describir los servicios veterinarios desarrollados por la MLM que son objeto de apelación, con la finalidad de luego evaluar si estos califican como

³⁸ El Título I, Capítulo II de la Constitución Política del Perú, se denomina “*De los Derechos Sociales y Económicos*”. Los principales dispositivos que demuestran la existencia de una obligación ineludible a cargo del Estado en los sectores salud, educativo y de seguridad social son los dos siguientes:

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

(...)

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

Asimismo, en su artículo 58 la Carta Fundamental recoge un catálogo enunciativo de áreas en las cuales el Estado debe actuar prioritariamente. Entre estas áreas se distinguen, nuevamente, las vinculadas a los derechos sociales contenidos en el Título I, Capítulo II (salud, educación y seguridad social):

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

actividades empresariales, tal y como lo señaló la Comisión, o si son asistenciales como lo alega la MLM.

A) Los servicios veterinarios prestados por la Veterinaria Municipal de la MLM

44. Según la información obtenida en la diligencia de inspección realizada en el establecimiento de la MLM³⁹, esta Sala ha podido constatar que la Veterinaria Municipal de la apelante es un local abierto al público donde efectivamente se prestan servicios veterinarios, incluidos los que son objeto de cuestionamiento.
45. De lo constatado en la mencionada inspección y a partir de la información proporcionada por la MLM⁴⁰, también se ha podido corroborar que la Veterinaria Municipal mantiene un tarifario para los servicios veterinarios que ofrece al público⁴¹, lo cual permite concluir que la entidad imputada recibe una contraprestación económica por dichos servicios. Esto último se efectúa en atención al Tarifario de Servicio No Exclusivos de la Municipalidad de La Molina aprobado por Resolución de Alcaldía 228-2015 del 30 de junio de 2015⁴².
46. De la información recabada por la GEE⁴³, se ha verificado adicionalmente que existen empresas privadas en las zonas aledañas al establecimiento

³⁹ El Informe 966-2016/GSF-I del 1 de diciembre de 2016, deja constancia que la GSF corroboró que la Veterinaria Municipal de la MLM presta los servicios de veterinaria al público en general, para lo cual recibe un pago dinerario por dicha prestación según el respectivo tarifario. Adicionalmente, en la revisión de la página web efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión, se dejó constancia del tarifario de los servicios veterinarios que presta la MLM. Ver de foja 12 a 13 del Expediente.

Adicionalmente, esta información fue complementada con el detalle de los servicios y sus precios brindada por la MLM mediante Oficio 013-2017-MDLM-GDH-SGDSSO del 3 de febrero de 2017. Ver de fojas 22 a 37 del Expediente.

⁴⁰ Ver nota al pie 39.

⁴¹ En el Informe 088-2018/GEE del 4 de julio de 2018, la GEE consignó como Anexo 1 el "Tarifario de los servicios veterinarios de la MLM". Ver a fojas 184 del Expediente.

⁴² Este documento fue remitido por la MLM mediante Oficio 013-2017-MDLM-GDH-SGDSSO del 3 de febrero de 2017. Ver de fojas 22 a 37 del Expediente.

⁴³ Cabe indicar que en el Informe 088-2018/GEE del 4 de julio de 2018, la GEE señaló lo siguiente:

"45. En efecto, al realizar una comparación entre los servicios veterinarios ofertados por la Municipalidad y los servicios brindados por dos veterinarias privadas en el distrito de La Molina, "Veterinaria Pet Center" y "Hospital clínico veterinario MEVET", se indica que los primeros estarían más asociados a servicios básicos, y en particular, a servicios que se han clasificado como "servicios médicos", mientras que en el caso de los segundos, los servicios incorporan un mayor grado de variedad y de nivel de especialización, de manera que puedan verse capaces de seguir la tendencia del mercado de veterinarias y de competir dentro de él (Ver Anexo 2)"



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

veterinario que brindan servicios veterinarios similares y afines a algunos de los que son materia de apelación⁴⁴, puesto que realizan cirugías (general y especializada) y atienden casos de emergencia e internamiento animal, lo cual evidencia que están en la capacidad de atender la cirugía de otopatoma⁴⁵ y prestar tratamiento de fluidoterapia⁴⁶.

47. Habiéndose descrito las condiciones en que la MLM desarrolla los servicios veterinarios objeto de apelación, seguidamente corresponde evaluar si aquellos califican como actividad empresarial según lo señalado por la Comisión o si son de naturaleza asistencial como lo alega la entidad apelante.

B) Sobre el recurso de apelación formulado por la MLM

48. En su escrito de apelación, la MLM alegó que los servicios objeto de apelación (fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*) están dirigidos a prestar los cuidados básicos que requieren las mascotas sin un objetivo lucrativo sino asistencial. Además, indicó que aquellos tienen por finalidad la prevención de la salud y la difusión de la tenencia responsable de mascotas.
49. Al respecto, como se ha indicado previamente⁴⁷, la actividad de corte asistencial comprende todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, es decir, cuya finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal y continuo a determinados derechos fundamentales de corte social⁴⁸.

⁴⁴ La GEE en el Anexo 2 del informe 088-2018/GEE elaboró el cuadro denominado "Comparativo de Servicios Veterinarios en el distrito de La Molina", donde se dejó constancia que la Veterinaria Pet Center desarrolla entre sus actividades, los servicios de cirugía general y plástica. De otro lado, indicó que el Hospital Clínico Veterinario MEVET presta entre sus especialidades el servicio de cirugía especializada de todo tipo. Finalmente, indicó que en ambas veterinarias se brindan servicios en casos de emergencia y contaban con hospedaje e internamiento animal. Ver a fojas 184 a 185 del Expediente.

⁴⁵ El *otopatoma* es una acumulación de sangre en el pabellón auricular que genera una hinchazón en la oreja, para el cual se presta un tratamiento quirúrgico (cirugía) para retirar la acumulación sanguínea. Información obtenida en el portal web de la Clínica Veterinaria Especies Veterinarias: <http://www.especiesveterinarios.com/otopatoma/> (Fecha de última visita: 29 de abril de 2019).

⁴⁶ Cabe precisar que el servicio de *fluidoterapia* animal es una terapia de fluidos que se brinda en casos de emergencia a los animales que presentan un déficit de fluidos corporales. Según el portal web de *Global Veterinary Community*: <https://www.wsava.org/News-Press/News/Fluid-Therapy-the-essentials?lang=es-es> (Fecha de última visita: 29 de abril de 2019).

⁴⁷ Ver del numeral 36 al 40 de la presente resolución.

⁴⁸ QUIÑONES ALAYZA, María. "Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos". En: Revista de Derecho Administrativo 10. Tomo II. Círculo de Derecho Administrativo. Lima. 2011. p. 68.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

50. Así, las actividades asistenciales son aquellas prestaciones obligatorias y esenciales que el Estado tiene el deber de prestar a la población más necesitada y vulnerable. Entre estas prestaciones obligatorias están aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución que consisten en la provisión de al menos los niveles mínimos y necesarios de servicios de salud, educación y seguridad social a las personas.
51. En este punto, corresponde traer a colación un pronunciamiento anterior de la Sala (Resolución 581-2015/SDC-INDECOPI del 29 de octubre de 2015) en el cual se analizó precisamente si los servicios veterinarios que prestaba la Municipalidad Distrital de Los Olivos podrían ser calificados como asistenciales, en el que se indicó lo siguiente:
- “97. Al respecto, se observa que la prestación de servicios veterinarios no está prevista entre las prestaciones obligatorias y esenciales previstas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, las cuales el Estado debe necesariamente proveer a la población más necesitada. En efecto, este servicio no está dirigido a asistir a los sectores de menos recursos en salud, educación o seguridad social, es más, la Municipalidad ni siquiera dirige sus servicios a las personas, sino que se trata de un servicio dirigido a atender a animales”*
- (Subrayado agregado)
52. En la misma línea del anterior pronunciamiento, este Colegiado ha podido verificar que en el presente caso, las actividades veterinarias objeto de apelación no califican como prestaciones obligatorias y esenciales establecidas en la Constitución, al no referirse a materias de salud, educación y seguridad social destinadas a las personas.
53. En su recurso de apelación, la MLM afirmó que los servicios veterinarios cuestionados (fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*) tienen como finalidad brindar una atención preventiva y cumplir un rol asistencial, para evitar que algunas enfermedades de los animales sean transmitidas a los humanos (*zoonosis*).
54. Sobre el particular, según lo expuesto previamente, las actividades asistenciales son aquellas que el Estado debe brindar necesariamente a la población vulnerable y no puede dejar de prestar (v.g. brindar servicios

Cabe acotar que del numeral 36 al 40 se desarrolló las características de la actividad asistencial que desarrolla el Estado y señala que entre estas prestaciones están aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, consistentes en la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

de salud, educación y seguridad social a las personas), lo cual dista de las actividades veterinarias objeto de apelación, ya que estas no están dirigidas a garantizar la provisión mínima e indispensable de servicios de salud, educación o seguridad social a los ciudadanos, sino que están enfocadas principalmente en prestar una atención médica a los animales.

55. En este caso, la MLM no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la necesidad de prestar los servicios en cuestión para garantizar la provisión mínima de servicios de salud a las personas ni que estos busquen prevenir la trasmisión de enfermedades de los animales a la población (*zoonosis*). Tampoco la apelante acreditó su alegación de que los servicios en cuestión estuviesen destinados a personas de bajos recursos económicos que viven en zonas aledañas a la Veterinaria Municipal.
56. De otro lado, en su apelación la MLM señaló que la Veterinaria Municipal desarrolla sus servicios: con horarios de atención menores a los centros privados; en un consultorio municipal y no en una clínica; y, sin afectar el normal funcionamiento del mercado. Al respecto, la Sala considera que las mencionadas características no resultan suficientes para determinar la naturaleza asistencial de dichos servicios, ya que—como se ha señalado previamente— no se ha acreditado la necesidad que el Estado los preste para asegurar condiciones mínimas de salud a las personas.
57. Adicionalmente, la MLM cuestionó en su apelación que la Comisión alegó que los servicios de adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility* se encuentran establecidos expresamente en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), lo cual resultaría inexacto.
58. Sobre este punto, de la revisión del expediente se ha podido verificar que los servicios de adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility* se encuentran consignados en el Texto Único de Servicios No Exclusivos de la MLM y no en el TUPA, como lo señaló por la primera instancia; sin embargo, esta circunstancia tampoco determina la naturaleza asistencial de los mencionados servicios.
59. Luego del análisis efectuado, la Sala ha podido concluir que los servicios veterinarios de fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility* ofrecidos por la MLM no califican como actividades asistenciales, tal y como lo señaló la Comisión. Por tanto, para determinar su naturaleza corresponde verificar si califican como actividades empresariales.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

60. Para dicho fin, hay que tener presente que el Estado desarrolla actividad empresarial cuando interviene como agente económico en el mercado, es decir, como un ofertante de bienes y servicios para la población, siendo irrelevante la presencia de un ánimo lucrativo y la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio.
61. En atención a ello, de lo actuado en este procedimiento del numeral 44 al 47, se ha podido apreciar que: (a) los servicios veterinarios en cuestión son prestados por la MLM en un establecimiento abierto al público⁴⁹; (b) la MLM cuenta con un tarifario que detalla los servicios veterinarios ofrecidos con sus respectivos precios⁵⁰; y, (c) la MLM concurre en el mercado con otros agentes privados que prestan servicios veterinarios similares y afines a los que son objeto de apelación⁵¹. Estas características permiten concluir que la MLM participa como agente económico en el mercado ofertando servicios veterinarios.
62. En ese contexto, considerando que las actividades objeto de apelación desarrolladas por la MLM no son de *ius imperium*⁵² ni asistenciales, este Colegiado coincide con la Comisión en que los servicios prestados por la Veterinaria Municipal, consistentes en fluidoterapia, cirugía de otophematoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*, califican como actividades empresariales.
63. Por lo expuesto, de acuerdo con la metodología de análisis del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal desarrollada en el acápite en el literal B) del acápite III.1.1, corresponde analizar si la MLM cuenta con una ley expresa que autorice a desarrollar los referidos servicios médicos.

⁴⁹ En el Acta de Inspección del 1 de diciembre de 2016, la GSF dejó constancia que la Veterinaria Municipal de la MLM presta servicios veterinarios con una tarifa de servicios y en un local de su institución destinado a dicha función. Ver de fojas 17 a 20 del Expediente.

⁵⁰ Mediante el Informe 088-2018/GEE del 4 de julio de 2018, la GEE consignó como Anexo 1 el "Tarifario de los servicios veterinarios de la MLM". Ver a fojas 184 del Expediente. Adicionalmente, a través del Oficio 013-2017-MDLM-GDH-SGDSSO del 3 de febrero de 2017, la MLM presentó al procedimiento el Tarifario de Servicios No Exclusivos de la MLM, donde se detallan los cuatro (4) servicios objeto de apelación con sus respectivos precios. Ver de fojas 22 a 37 del Expediente.

⁵¹ En el Informe 088-2018/GEE del 4 de julio de 2018, la GEE señaló que existen clínicas veterinarias que se encuentran aledañas a la Veterinaria Municipal de la MLM y que además brindan una mayor cantidad de servicios y con mayor especialización que los prestados por la entidad municipal. Según el Anexo 2 del referido informe Ver de fojas 184 a 185 del Expediente.

⁵² Cabe indicar a pesar de que en su apelación, la MLM alegó que los servicios veterinarios objeto de impugnación calificaban como actividad asistencial del Estado, sin hacer mención si estas serían actividades de *ius imperium*, esta Sala concluye que en el ordenamiento jurídico nacional no se observa que exista alguna disposición normativa que reserve al Estado de manera exclusiva la prestación de los servicios veterinarios materia de apelación, por lo que no califican como actividades de *ius imperium*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

III.1.3. Respecto a la ley expresa habilitante de los servicios veterinarios prestados por la MLM

A) Marco normativo

64. Como se ha podido apreciar en el acápite relacionado a la metodología de la aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, 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 económica estatal se encuentre autorizada por “ley expresa”.
65. Adicionalmente, el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, señaló que la interpretación más adecuada del referido requisito es que la autorización de la actividad económica de las entidades estatales se encuentre sometida a la expedición de una ley aprobada por el Parlamento. Esta interpretación concuerda con la efectuada por Tribunal Constitucional⁵³ donde señala que al referirse a ley expresa, el artículo 60 de la Constitución no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal, sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.
66. De otro lado, debe tenerse en cuenta que es un principio de interpretación legal que toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente⁵⁴. 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 económica debe entenderse restrictivamente como autorización por ley del Congreso de la República.
67. Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, el cual 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”,

⁵³ Esta interpretación lo señala el Tribunal Constitucional 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, donde 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 Congreso de la República.

⁵⁴ 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 PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

dado que estos aspectos requieren de una evaluación con mayores exigencias, mayor grado de representatividad y debate, como la desarrollada en el Congreso de la República, en calidad de órgano legitimado para representar los intereses de la nación. Por dicho motivo, la exigencia de “ley” recogida en el artículo 60 de la Constitución se entiende como aquella ley producto del debate realizado en el Parlamento.

68. En atención a lo expuesto, la exigencia de autorización por ley sólo 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 económicas desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobierno.
69. Cabe indicar que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad a través del cual concurre en el mercado. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma.
70. Una vez desarrollados los alcances del primer requisito establecido en el artículo 60 de la Constitución, se analizarán si los servicios veterinarios objetos de apelación fueron prestados por el MLM cumpliendo con el requisito de estar habilitados por ley expresa.
- B) Aplicación al caso en concreto
71. En el presente caso, en su escrito de apelación la MLM señaló que los servicios médicos veterinarios (fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*) se prestan con la finalidad de cumplir con las funciones específicas establecidas en el numeral 4.2 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades⁵⁵, entre las que se encuentran la realización de acciones de prevención en salud animal mediante campañas de salud animal.
72. Sobre el particular, aunque la MLM alegó que el numeral 4.2. del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades permitía a los gobiernos locales

55

**LEY 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES
ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD**

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

(...)

4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:

(...)

4.2. Proveer los servicios de saneamiento rural y coordinar con las municipalidades de centros poblados para la realización de campañas de control de epidemias y control de sanidad animal.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

realizar las actividades de prevención en salud animal, dicho articulado otorga como función específica a las municipalidades la realización de campañas de control de epidemias y control de sanidad animal, lo cual resulta distinto a las actividades médicas veterinarias de fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility* objeto de cuestionamiento, por lo que dicho dispositivo no contiene la autorización para prestarlos.

73. Pese a los argumentos expresados por la MLM en su escrito de apelación, de la revisión del marco jurídico que establece las funciones de las municipalidades distritales, la Sala verifica que la referida entidad edil no cuenta con una ley expresa aprobada por el Congreso de la República que la habilite a prestar los servicios veterinarios en cuestión.
74. Es oportuno señalar que los argumentos de apelación expresados por la MLM están destinados a sustentar que los servicios veterinarios cuestionados califican como el ejercicio de actividad asistencial del Estado; sin embargo, según se ha indicado del numeral 54 al 62, dichas actividades no califican como asistenciales, sino que por sus propias características constituyen actividades empresariales.
75. En caso hubiese contado con una ley habilitante, la MLM tampoco ha cumplido con desarrollar la actividad empresarial, a través de una empresa municipal creada por ley, tal y como lo establece el artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades⁵⁶.
76. En atención a lo expuesto, la Sala considera que ha quedado acreditado que la MLM ha desarrollado actividad empresarial prestando los servicios veterinarios de fluidoterapia, cirugía de otopatoma, adiestramiento canino y alquiler de campo de *Agility*, sin contar con el requisito de ley expresa establecido en el artículo 60 de la Constitución; y, por ende, ha infringido el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
77. Por consiguiente, se confirma la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró fundada en parte la imputación de oficio contra la MLM por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

III.2. Sobre la sanción y la medida correctiva impuestas

⁵⁶ Ver nota al pie 31.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

78. En el presente caso, en su apelación la MLM ha cuestionado la existencia de la infracción referida a los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, sin plantear argumento alguno respecto a: (i) la graduación de la sanción que le fue impuesta como consecuencia de tal infracción, o (ii) la medida correctiva ordenada.
79. Cabe indicar que la sanción impuesta por la Comisión fue una amonestación, la cual resulta ser la mínima sanción posible para una infracción por competencia desleal y no podría ser incrementada a una multa, toda vez que cualquier monto adicional incrementaría la sanción establecida por la primera instancia afectando con ello el principio "*non reformatio in peius*" que rige la potestad sancionadora de la administración y se encuentra regulado en el artículo 49 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁷, en concordancia con el artículo 258.3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General⁵⁸.
80. En tal sentido, debido a que se ha constatado que la MLM incurrió en una infracción de violación de normas, y al no existir argumentos adicionales que cuestionen la motivación o pertinencia de las medidas antes indicadas, corresponde confirmar los extremos de la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI mediante los cuales se impuso una amonestación y ordenó una medida correctiva⁵⁹ a la denunciada.

⁵⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 49.- Resolución del Tribunal.-

La resolución del Tribunal no podrá suponer la imposición de sanciones más graves para el infractor sancionado, cuando éste recurra o impugne la resolución de la Comisión.

⁵⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 258.- Resolución

(...)

258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

⁵⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 55.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0081-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0174-2017/CCD-INDECOPI

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI del 22 de agosto de 2018, que declaró fundada en parte la imputación de oficio contra la Municipalidad Distrital de La Molina por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal sin cumplir los requisitos del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI del 22 de agosto de 2018, en el extremo que impuso a la Municipalidad Distrital de La Molina una sanción de amonestación.

TERCERO: confirmar la Resolución 0148-2018/CCD-INDECOPI del 22 de agosto de 2018, en el extremo que ordenó a la Municipalidad Distrital de La Molina, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de los servicios veterinarios calificados como empresariales, en tanto no cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 60 de la Constitución Política.

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

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

g) La publicación de la resolución condenatoria.

55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.
(subrayado agregado)