

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL  
PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada

AUTOR:

Milagros Pahuacho Camarena

ASESOR:

Laura Isabel Francia Acuña

Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI", del autor / de la autora MILAGROS PAHUACHO CAMARENA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 17/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> FRANCIA ACUÑA, LAURA ISABEL	
DNI: 42093073	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-0248-8498">https://orcid.org/0000-0002-0248-8498</a>	

## **RESUMEN**

La Constitución Política de 1993 plantea un régimen económico que se basa en un estado social de mercado, donde se potencia la inversión privada y se limita la participación del Estado. En efecto, el rol del Estado, a comparación de la Constitución antecedente, se volvió más supervisor y garantista, solo permitiendo su ingreso al mercado subsidiariamente bajo los requisitos señalados el artículo 60 de la Carta Magna. Es en este marco que la excepcional actividad empresarial del Estado plantea la posibilidad de que este puede cometer actos de competencia desleal como cualquier otro agente económico y, por ende, este sujeta a la Ley de Represión de la Competencia Desleal y al análisis que pueda realizar el Indecopi.

La resolución administrativa materia de análisis del presente informe plantea una presunta comisión de actos de competencia desleal por parte del Hospital Nacional Cayetano Heredia, estipulada en el artículo 14.3 de la norma especial, de conformidad con lo indicado en el artículo 60 de la Carta Magna.

Al respecto, lo que se desarrollará a lo largo del presente Informe Jurídico es si el análisis de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Indecopi guarda relación con los requisitos que señala el artículo 60 de la Constitución que permite la actividad empresarial del Estado, lo cual nos permitirá determinar que, efectivamente, el Hospital Nacional Cayetano Heredia si realizaba una actividad empresarial sin una ley expresa que lo permitiera.

### **Palabras clave**

Principio de Subsidiariedad - Actividad Empresarial del Estado - Competencia desleal.

## ***ABSTRACT***

The Political Constitution of 1993 proposes an economic regime based on a social market state, where private investment is strengthened and the participation of the State is limited. In fact, the role of the State, as compared to the previous Constitution, became more supervisory and protective, only allowing it to enter the market subsidiarily under the requirements set forth in Article 60 of the Constitution. It is within this framework that the exceptional business activity of the State raises the possibility that it may commit acts of unfair competition like any other economic agent and, therefore, is subject to the Law for the Repression of Unfair Competition and the analysis that may be carried out by Indecopi.

The administrative resolution that is the subject of analysis of this report raises an alleged commission of acts of unfair competition by the Cayetano Heredia National Hospital, stipulated in article 14.3 of the special regulation, in accordance with the provisions of article 60 of the Magna Carta.

In this regard, what will be developed throughout this Legal Report is whether the analysis of the Chamber for the Defense of Competition No. 1 of Indecopi is related to the requirements set forth in Article 60 of the Magna Carta to allow the entrepreneurial activity of the State, which will allow us to determine that, indeed, the Cayetano Heredia National Hospital did carry out an entrepreneurial activity without an express law allowing it.

### ***Keywords***

Principle of Subsidiarity - State Entrepreneurial Activity - Unfair competition.

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....</b>	<b>1</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
I.1 Justificación de la elección de la resolución.....	2
I.2 Presentación del caso y análisis.....	3
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES .....</b>	<b>4</b>
<b>II.1 Antecedentes .....</b>	<b>4</b>
<b>II.2 Hechos relevantes del caso .....</b>	<b>4</b>
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>7</b>
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A .....</b>	<b>8</b>
IV.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios .....	8
IV.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	8
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>10</b>
V.1 ¿El “SERVICIO DE SALUD BAJO TARIFARIO DIFERENCIADO” realizada por el Hospital Cayetano Heredia corresponde a una actividad empresarial?.....	10
V.2 De ser una actividad empresarial ¿Cumple con los requisitos señalados en el artículo 60 de la Constitución?.....	23
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>33</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>34</b>
<b>VIII. ANEXOS .....</b>	<b>37</b>

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	Expediente Administrativo 169-2008/CCD-INDECOPI / Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho Administrativo, Competencia Desleal, Subsidiariedad del Estado
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	112-2009/CCD-INDECOPI / 2549-2010/SC1-INDECOPI
<b>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</b>	Clínica Santa Teresa S. A
<b>DEMANDADO/DENUNCIADO</b>	Hospital Cayetano Heredia
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Sala de Defensa de la Competencia N°1
<b>TERCEROS</b>	
<b>OTROS</b>	Resolución N° 2473-2010, Resolución N° 2470-2010 Resolución N° 2472-2010 Resolución N° 2471-2010

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1 Justificación de la elección de la resolución

Para el presente Informe Jurídico, decidimos elegir la Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI (en adelante la Resolución N° 2549-2010) en base a dos factores principales.

El primero de ellos se fundamentó en el contenido constitucional económico que reviste la Resolución. El Título III capítulo I de la Constitución (en adelante, la CP), indica que el país se maneja bajo una economía social de mercado, en donde se busca la inversión privada y se permite el ingreso del Estado en el mercado sólo mediante ley expresa, que responda a un carácter subsidiario y obre en razón de un interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Es así que, la actividad empresarial del Estado, bajo los requisitos ya señalados, se convierte en un agente económico más en el mercado por lo que se encontrará expuesto a cometer actos de competencia desleal que serán revisados y, en su defecto, sancionados por la Administración Pública.

El segundo factor tuvo relación con el fondo de la Resolución, es decir, la discusión entre si todo servicio de salud que el Estado preste tendrá carácter asistencial o si, de lo contrario, puede ser actividad empresarial y, por ende, someterse a las leyes de competencia de mercado.

La Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (en adelante, "SC1") del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (en adelante, el "Indecopi"), desarrolla las diferencias entre una actividad *ius imperium*, una actividad asistencial y una actividad empresarial por parte del Estado.

## I.2 Presentación del caso y análisis

El presente informe jurídico se encuentra basado en la Resolución 2549-2010 que refiere a la denuncia que realizó la Clínica Santa Teresa (en adelante Clínica Santa Teresa) contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia (en adelante, Hospital Cayetano Heredia) por la Comisión de Competencia Desleal (en adelante la Comisión) en la modalidad de violación de normas reconocida en el artículo 14.3 de la Ley 1044, Ley de Represión contra la Competencia Desleal (en adelante LRCP) . La Clínica Santa Teresa sostuvo que el Hospital Cayetano Heredia habría venido brindando el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” (en adelante SSBTD), aprobado mediante Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, en lo sucesivo (Resolución 586-2006-MINSA), el cual es una actividad empresarial igual a la que las clínicas privadas también brindan, por lo que se estaría cometiendo una infracción al artículo 60 de la CP y, por ende, un acto de competencia desleal.

El Hospital Cayetano Heredia alega a lo largo de todo el procedimiento que el servicio brindado resulta ser un servicio asistencial y, por lo tanto, encuentra su justificación en la obligación que tiene el Estado de brindar el servicio de salud. Es en este punto donde es importante preguntarse cuáles son las actividades que el Estado puede realizar y en función a ello determinar de qué tipo de actividad es el SSBTD, ¿Acaso por el hecho que el Estado esté obligado a garantizar el servicio de salud, convierte automáticamente cualquier servicio de salud en una prestación asistencial?

Ahora, para poder responder dicha pregunta, resulta importante primero entender cuál es el rol del Estado en la economía según lo que señala la norma suprema, la Constitución Política del Perú. Asimismo, preguntarnos en qué consiste el principio de subsidiariedad por parte del Estado. Respondiendo dichas preguntas se puede llegar naturalmente a diferenciar las actividades que el Estado puede llegar a realizar, y en cual de ellas se encuentra el SSBTD.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **II.1 Antecedentes**

El presente caso se sitúa en el tiempo en donde el Ministerio de Salud aprueba, mediante resoluciones ministeriales, el diseño y desarrollo del SSBTD. Lo que planteaba el Ministerio de Salud era básicamente autorizar a los Hospitales e Institutos Especializados de seguir prestando los mismos servicios asistenciales en virtud de un tarifario diferenciado con el objetivo de mejorar la infraestructura del establecimiento y el equipamiento de los mismo, todo ello con los recursos que se obtendrían con el máximo uso de la capacidad instalada y el valor agregado de los recursos humanos existentes en los establecimientos de salud públicos<sup>1</sup>.

Es en este contexto que la una clínica privada decide denunciar ante el Indecopi a los Hospitales e Institutos Especializados de Salud por presunto acto de competencia desleal, toda vez que lo que los servicios que brindaban eran de carácter empresarial y no se cumplía lo señalado en el artículo 60 de la CP.

### **II.2 Hechos relevantes del caso**

El presente caso tiene como participantes principales a la Clínica Santa Teresa y el Hospital Cayetano Heredia.

Con fecha 10 de octubre de 2008, la Clínica Santa Teresa presenta denuncia contra el Hospital Cayetano Heredia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, específicamente el supuesto reconocido en el artículo 14.3 de la LRCD, el cual establece como

---

<sup>1</sup> Ministerio de Salud (2006). Aprueban directiva para servicios con tarifario diferenciado en hospitales e institutos. Nota prensa.

<https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/41645-aprueban-directiva-para-servicios-con-tarifario-diferenciado-en-hospitales-e-institutos>

ilícita la actividad empresarial del Estado que no cumpla con los requisitos reconocidos en el 60 de la CP.

En la denuncia, la Clínica Santa Teresa señala lo siguiente:

- I. El requisito 60 de la CP reconoce la excepcional actividad empresarial del Estado sólo si cumple con tener una ley expresa que la autorice, tiene un carácter subsidiario y media una razón de alto interés público o manifestación de conveniencia nacional.
- II. El Hospital Cayetano Heredia, conforme al modelo de organización dispuesto por la Resolución Ministerial 071-90-SA-DM y posteriores modificaciones contenidas en la Resolución 586-2006-MINSA y la Resolución 151-2007-MINSA, estaría brindando un servicio distinto al de sus prestaciones de salud regulares, siendo este un servicio similar al que se ofrece por una clínica privada y al que denominan “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”
- III. El SSBTD prestado por el hospital no incurre en mayores gastos toda vez que el servicio es prestado dentro del centro médico con los mismos recursos médicos y el mismo personal asignado por el Estado. por lo tanto, es clara la comisión de competencia desleal al prestar el SSBTD a particulares y compañías aseguradoras y entidades prestadoras de salud, pese a que existen centro de salud en el sector privado que cubren perfectamente la demanda.

El 30 de octubre de 2008, el personal del Área de Fiscalización del Indecopi llevó a cabo, por encargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, una inspección en el Hospital Cayetano Heredia. En dicha inspección se encontró que, si bien el “Servicio de Salud de Tarifario Diferenciado” se encontraba suspendido, si había estado funcionando y cobrando sumas mayores a los pacientes asistenciales regulares y utilizando los mismos consultorios, sala de operaciones y personal médico que utilizan para el servicio asistencial.

El 15 de enero de 2009 presentó sus descargos alegando lo siguiente:

- I. El “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la normativa de competencia desleal al no ser una actividad de tipo empresarial.
- II. El servicio que prestan tiene fines asistenciales y no empresariales y, ello se encuentra amparado en lo dispuesto en el Decreto Supremo 023-2005-SA, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, el cual señala que los hospitales son órganos desconcentrados del Ministerio de Salud y tiene la potestad de brindar servicios de salud pública a la comunidad y la manera en que esta se conducirá y regulará dependerá de la autoridad sectorial pertinente.

El 13 de febrero de 2009, Santa teresa presentó un escrito por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria, a través del Oficio 153-2007-SUNAT/2000000, en donde señala que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” no constituía un servicio inherente a la soberanía estatal y, por tanto, no estaba sujeta a cobro de tasa. En ese sentido al no prestar el Hospital Cayetano Heredia un servicio que no era parte de la función pública, constituía una actividad empresarial la cual sí está sujeta a las normas de competencia desleal.

#### Resolución de primera instancia administrativa (Comisión)

Mediante Resolución 112-2009/CCD-INDECOPI, de fecha 22 de julio de 2009, se declaró FUNDADA la denuncia contra el Hospital Cayetano Heredia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de competencia, por ejercer actividad empresarial y no cumplir con lo señalado en el artículo 60 de la CP. La Comisión consideró el SSBTD si es una actividad empresarial y la Resolución Ministerial que aprueba su diseño y desarrollo no tiene rango de ley.

#### Recurso de apelación

Con fecha 4 de agosto de 2009, el Hospital Cayetano Heredia presentó recurso de apelación con la resolución de primera instancia que declaró FUNDADA la denuncia. En su escrito reafirma que el SSBTD no tiene carácter empresarial,

sino, por el contrario, tiene la finalidad de satisfacer fines sociales en el sector salud. para sustentar su argumento cita la Sentencia N° 7644-2006-pA/TC, sentencia en donde el Tribunal Constitucional (TC) señala que la actividad empresarial tiene como elemento esencial el fin lucrativo ya que por medio de este se logra satisfacer los intereses propios del que realiza la actividad.

#### Resolución de la Segunda Instancia (Sala de Defensa de la Competencia N° 1)

Mediante 2549-2010/SC1-INDECOPI, de fecha 14 de septiembre de 2010, se confirma la resolución de primera instancia, sin embargo, bajo otros fundamentos.

La Sala considera lo siguiente:

- I. El SSBTD no es asistencial, por el contrario, se trata de una actividad empresarial toda vez lo que hace el Hospital es organizar sus medios de producción (infraestructura, personal e instrumental quirúrgico) para brindar a pacientes particulares con solvencia económica el servicio médico a cambio de una contraprestación mayor a la regular. En tal sentido, dicho servicio no tiene una función asistencial o social que es ordenada por el Estado, por lo tanto, corresponde a una actividad empresarial.
- II. La Resolución 586-2006-MINSA regula el funcionamiento del SSBTD, sin embargo, no señala expresamente su autorización, sin perjuicio de ello, dicha resolución no tiene rango de ley, por lo que no cabe considerar dicho dispositivo como una norma habilitante para el desarrollo del servicio. Sumado a ello, la Ley del Ministerio de Salud N° 27657 (en adelante la Ley N° 27657), no contempla autorización para que el hospital realice dicho servicio.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

#### **I.1. Problema principal**

- ¿El “SERVICIO DE SALUD BAJO TARIFARIO DIFERENCIADO” realizada por el Hospital Cayetano Heredia corresponde a una actividad empresarial?
- De ser así una actividad empresarial ¿Cumple con los requisitos señalados en el artículo 60 de la Constitución?

#### **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

##### **IV.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

Sobre el primer problema, el SSBTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia es una actividad empresarial ya que se trata de la prestación de un servicio médico a cambio de una contraprestación. Asimismo, este se encuentra focalizado para la atención de quienes pueden pagar un monto diferenciado superior al regular, por lo tanto, se encuentra alejado de ser asistencial que tenga una función social.

Sobre el segundo problema, el SSBTD no cumple con el primer requisito de contar con una ley expresa que autorice el servicio, toda vez que la Resolución Ministerial 586-2006/MINSA no es una norma con rango legal. Sumado a ello, la Ley del Ministerio de Salud tampoco contempla una autorización para la prestación de tal servicio al Hospital Cayetano Heredia. Como consecuencia de ello, el análisis culmina en dicho requisito al no ser superado.

##### **IV.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución**

A opinión propia, concuerdo con el fallo que emitió la Sala Especializada debido a que, el SSBTD si resulta ser una actividad empresarial y, en tal sentido, se encontrará sometido a las leyes de competencia en el mercado. Si bien el Estado

tiene responsabilidad y se encuentra obligado a prestar servicio de salud, ello no determina que todo servicio de salud que preste tendrá que ser considerado asistencial, pues va a depender de las características que contenga la prestación del servicio para determinar cuál es su naturaleza. No obstante, discrepo con lo que señala la Sala Especializada en su análisis de ley expresa, ya que considero que realizó una interpretación extensiva de los señalado en la Ley del Ministerio de Salud, como sucedió con los Institutos Especializados de Salud.



## V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

### V.1 ¿El “SERVICIO DE SALUD BAJO TARIFARIO DIFERENCIADO” realizada por el Hospital Cayetano Heredia corresponde a una actividad empresarial?

Previo análisis de los problemas jurídicos, corresponde brindar un marco teórico que nos relate rápidamente el cambio del régimen económico de las dos últimas constituciones y la figura del rol subsidiario del Estado que se reconoció a partir de ese cambio.

#### La transición de la Constitución del 79' al 93' en la economía.

Muchos expertos sostienen las similitudes entre la Constitución de 1979 y la de Constitución de 1993 debido a que de una primera lectura es evidente la influencia de esta última sobre la actual, a tal grado que muchos artículos están transcritos exactamente de la Constitución anterior; no obstante, es correcto afirmar que también existen diferencias, sobre todo en el aspecto económico y en la actividad empresarial del Estado. La CP de 1979 recoge en sus artículos del 110 al 117 los principios generales del régimen económico.

Si bien el régimen económico que declaraba dicha Constitución reconocía el pluralismo económico y una economía social de mercado, también reconocía el rol importante que tenía el Estado en la economía, pues se permitía la iniciativa nacional en la prestación de servicios públicos. El Estado, en ese momento, en el ejercicio de la protección del interés social, era un agente económico más en el mercado sin ninguna restricción.

Como consecuencia del mencionado régimen económico, se desata una crisis nacional que termina por exigir al Perú la redefinición del rol del Estado en la economía. Luego del golpe de Estado por el expresidente Alberto Fujimori, se

promulga la CP de 1993. La nueva CP materializó de manera expresa un régimen con parámetros, reglas y principios en materia económica, así como también un listado de derechos económicos, tales como derecho a la propiedad, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratar. La Constitución de 1993 planteó un cambio en el régimen económico que venía manejando en la prestación de los servicios públicos, no solo porque incentivaba la iniciativa privada en su prestación, sino que también establecía un nuevo rol para el Estado y límites en su actividad empresarial.

El nuevo régimen económico colocaba al Estado en un vigilante de la libre competencia en el mercado, un facilitador en el ingreso de iniciativa privada y en un garante contra el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas.

#### La subsidiariedad del Estado

##### *Economía social de Mercado*

El Perú reconoce desde la CP del 1979 que el país reconoce el modelo económico llamada “economía social de mercado”, sin embargo, es la CP del 1993, artículo 58, que redirecciona el rol del Estado, el cual deja de tener un rol intervencionista para pasar a tener un rol garantista, es decir, se dedicará a velar porque el mercado se desarrolle de manera óptima, promoviendo la iniciativa de los ciudadanos en la economía y la libertad de empresa; interviniendo en el mercado solo en la promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Existe jurisprudencia que desarrolla la variación en el rol del Estado en la economía. El TC en la STC Exp. N.º 00008-2003-AI/TC, señala lo siguiente:

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

*la de los derechos esenciales de la persona humana.” (Encíclica Mater et Magistra. Iter N.º 55)”*

Entonces, si sostenemos que el sistema económico constitucional reconoce la libertad de empresa y la libre iniciativa privada en base a una economía social de mercado, es también correcto sostener que, si tenemos que la libertad de empresa es la regla, la actividad empresarial por parte del Estado es la excepción.

La CP dejó de permitir la creación indiscriminada de empresas públicas y estatales en el desarrollo de la economía, sino por el contrario, incentiva la libertad de empresa, proponiendo que cualquier ciudadano pueda elegir en qué sector económico decide empezar su actividad económica.

Es así como el principio de subsidiariedad sólo puede ser entendido en el marco de una economía social de mercado, donde serán los particulares los que satisfagan la oferta y demanda de los servicios, de acuerdo con los lineamientos que el ordenamiento ordene; y el Estado, sólo en situaciones excepcionales, intervendrá en el mercado para suplir dicho servicio en pro del interés general.

En ese marco, la economía social de mercado debe garantizar no solo la iniciativa privada sino, de la mano de ello, un sistema competente de promoción y defensa de la libre competencia. Como consecuencia de ello, el Estado ha creado diferentes organismos autónomos y especializados, uno de ellos, y el más importante, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi).

La intervención de Indecopi como agencia de competencia y la creación de la normativa de competencia desleal

En los noventa el Estado en base al marco jurídico de liberalización creó diferentes organismos para fortalecer el marco institucional del mercado. Es así como Indecopi fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868. El Indecopi es un organismo técnico especializado con autonomía

funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

En efecto, el objetivo del Indecopi es velar por la libre y leal competencia tanto en el acceso al mercado como en el desarrollo de este, asimismo, resolver los conflictos que puedan surgir y tienen que ser resueltos por el Estado manera oportuna, predecible y especializada.

De la mano de ello, en el 2008 se crea el Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. La ley califica y regula el supuesto de violación de normas en su artículo 14.3, en otras palabras, califica como competencia desleal, la actividad empresarial que no atienda los requisitos señalados por el artículo 60 de la CP y, agrega que no es necesario que se acredite una ventaja significativa por el infractor.

Es así que, fue el conjunto del trabajo de Indecopi en la protección de la competencia y la creación la LRCD que se emiten resoluciones donde se evalúa el principio subsidiario del Estado en el mercado. (PCM, 2008)

Sin duda el caso más emblemático y que fue declarado precedente de observancia obligatoria fue el caso de la Pollería que operada en la Universidad Nacional del Altiplano - Puno, emitido por medio de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI (en adelante, precedente de observancia obligatorio). La resolución del mencionado caso fue declarado precedente de observancia obligatoria y brindaría los pasos a seguir para la determinación de un supuesto de infracción de violación de normas, específicamente, sobre actividades realizadas por el Estado donde se discute su carácter subsidiario.

En dicha resolución la Sala señala que la metodología de aplicación de lo indicado en el artículo 14.3 supone primero el análisis de la actividad realizada por el Estado, ya sea por medio de una empresa pública o entidad estatal, de si resulta ser empresarial o no. Solo si la actividad resulta ser empresarial corresponde continuar con el análisis de una posible infracción a la ley y, por ende, a lo señalado por la CP, sin embargo, si resulta ser una actividad de otra

naturaleza, no estará sujeta a los límites de subsidiariedad contemplados en la CP.

En tal sentido, si la actividad desarrollada por el Estado es empresarial, conviene continuar con el análisis, en virtud de lo que señala el artículo 60 de la CP. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

- i. Una ley expresa que la autorice;
- ii. Carácter subsidiario de la actividad, esto es, que existe una demanda que no puede ser satisfechas por el privado y se necesita la intervención del Estado; y,
- iii. La actividad tiene que satisfacer un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

En el siguiente capítulo, a partir de los 3 requisitos antes mencionados, analizaremos si la actividad realizada por el Hospital Cayetano Heredia era empresarial y, de serlo, si cumple con los demás requisitos. En este punto, corresponde describir en qué consiste el SSBTD.

La Resolución 586-MINSA, que aprobó la Directiva para el funcionamiento del referido servicio de salud, define al SSBTD como un *“el conjunto de prestaciones que, si bien se denominan asistenciales, son brindadas por los Hospitales e Institutos Especializados de la red de Ministerio de Salud cobrando un monto diferenciado. Los usuarios, tanto quienes no tienen póliza contratada como los asegurados que tiene a la “clínica diferenciada” del Hospital Cayetano Heredia como centro de salud dentro de la cobertura de su póliza, pueden acceder a él con libertad de elección”* (MINSA, 2006). Sumado a ello, la resolución señala que se la podrán celebrar contratos con las aseguradoras y diferentes de derecho privado.

Como se aprecia, podemos sostener que el servicio consiste en la prestación del servicio de salud brindados por personas e instrumentaría del centro de salud mismo centro médico, dentro de la institución, bajo un cobro diferencia que

ofrece el centro médico, destinado a personas que tengan la solvencia económica y puedan costearlos.

Así, teniendo la descripción del SSBTD y sus características, pasaremos a analizar en qué tipo de actividad del Estado calza.

### Actividades realizadas por el Estado en el marco del artículo 60 de la Constitución.

#### *Actividad en el ejercicio del ius imperium*

La actividad de la autoridad pública responde a las actividades que el Estado realiza en el ejercicio de sus potestades públicas: un ejemplo de ello se presenta cuando un ministerio otorga una concesión para el ejercicio de una actividad esencial a un privado, si bien esta actividad altera la competencia, no son actos de competencia desleal sino actos de *ius imperium*. (Bullard, 2011, p. 202).

Así, el Estado en el marco de sus funciones, como la regulación, actividad de policía, actividad de fomento, entre otras, afecta la competencia y la esfera jurídica de los agentes económicos, sin embargo, ello no significa que dichas actividades puedan convertirse en actos de competencia desleal.

En esa misma línea, el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), como consecuencia del caso Eucontrol<sup>2</sup>, estableció que no serían consideradas como actividades económicas del Estado, las actividades que corresponden a sus propias prerrogativas típicas del ejercicio público. Así, no puede considerarse como actividades empresariales las actividades que devienen del *imperium* de Estado y que se encuentran regularmente recogidas

---

<sup>2</sup> Eurocontrol es una organización internacional que fue creada por un Convenio de fecha 13 de diciembre de 1960, cuya función radica en establecer y percibir las tarifas que pagarán los usuarios de la navegación aérea de los Estados contratantes. Entre sus miembros destacan países como: Alemania, Bélgica, Francia, Portugal, Gran Bretaña, entre otros.

en la norma primaria de cada ordenamiento. (Castañeda, M. L., & Vásquez, V. H. B, 2017. p.195).

A modo de ejemplificar lo que significan las actividades del Estado en el ejercicio del *ius imperium*, compartimos el caso en donde se discutía si la Municipalidad Provincial de Trujillo ejercía actividad empresarial al convocar un concurso pública con la finalidad de celebrar una licitación pública que tenía como objeto entregar en concesión la construcción, operación y mantenimiento de un Terminal Terrestre de Pasajero en la misma ciudad.

Sobre este caso, en segunda instancia administrativa, se examinó que la conducta no era una actividad empresarial toda vez que era un privado el que asumía la gestión y riesgo del negocio, mas no la Municipalidad. Asimismo, la concesión otorgada por la Municipalidad era una clara manifestación de voluntad de la Administración Pública en exteriorizar mediante un acto administrativo la potestad que tiene el Estado para facultar a un privado la construcción y operación de obra pública o prestación de servicios. Es así que, la actividad realizada por la Municipalidad respondía a un ejercicio de poder, *ius imperium*, y no una actividad empresarial<sup>3</sup>.

Ahora, frente a todo lo mencionado toca analizar si el SSBTD resulta ser una actividad que responde al ejercicio del *ius imperium* del Estado. Como se mencionó, el SSBTD resulta ser un servicio que es prestado por el mismo Hospital Cayetano Heredia a favor de particulares, siendo este mismo el que asumiría la gestión y riesgo del propio servicio prestado, por lo que no constituye una actividad regulatoria, de fomento, de policía, entre otras, por parte del Estado.

En consecuencia, el SSBTD no corresponde a una actividad de autoridad pública, encontrándonos de acuerdo con lo señalado por la segunda instancia administrativa.

---

<sup>3</sup> Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI

### *Actividad asistencial del Estado*

Por otro lado, sobre la actividad del Estado, Bullard señala que la determinación de que una actividad del Estado tenga carácter asistencial es dada como consecuencia de la ejecución de un mandato constitucional, es decir, hablamos del deber que tiene el Estado en la protección de ciertos grupos de sus derechos fundamentales (2011, p. 202).

Al respecto, el precedente de observancia obligatoria señalado que las actividades asistenciales del Estado tienen como finalidad garantizar los derechos fundamentales de un sector de la población vulnerable que necesita ver cubiertos estos servicios esenciales. Es así que, el acceso universal a estos servicios resulta una característica indispensable para considerar dicha actividad como asistencial. (SC1, 2010, fj. 42).

En tal sentido, se reafirma la noción de conectar a la actividad asistencial con la prestación de bienes y servicios esenciales a sectores necesitados y garantía del acceso universal.

En este punto resulta importante mencionar lo indicado por el TJCE sobre casos donde se evaluaba si actividades realizadas por el Estado eran empresariales o no tenían otro carácter. Para el TJCE el principio de solidaridad resulta ser un elemento fundamental para determinar la naturaleza empresarial de una actividad del Estado, toda vez que funciona como un límite para el reconocimiento de la actividad y la naturaleza social que este cumple, junto con un conjunto de principios de ayuda y protección a los ciudadanos. (Castañeda, M. L., & Vásquez, V. H. B, 2017, p. 196).

En efecto, las actividades asistenciales del Estado tienen una naturaleza y función social pues tiene como objetivo la provisión obligatoria de los servicios básicos a todos los ciudadanos sin excepción, equilibrando de esta manera las diferencias en sectores que tienen más necesidad.

El artículo 11 de la CP señala que el Estado tiene el deber de garantizar el acceso universal del servicio de salud. Asimismo, el artículo 58 señala expresamente los sectores en donde el Estado tiene la obligación de actuar, como lo son, por ejemplo, la educación y la salud. Ahora, la obligación reconocida en nuestra Constitución no impone una posición restringida de que toda actividad realizada por el Estado que se base en la prestación del servicio de educación o salud tenga carácter asistencial, por el contrario, la definición de si una actividad del Estado sobre salud es asistencial o no, dependerá de las casuísticas que los casos presenten y de los medios probatorios.

En el caso materia de análisis, en base a la CP, el SSBTD podría ser considerado como un servicio amparado en el deber del Estado de garantizar el acceso al servicio de salud. Por ello, resulta indispensable describir nuevamente las características del SSBTD: i) la prestación del SSBTD es brindada con libertad de acceso a toda persona que pueda cubrir un costo superior al regular, ii) el servicio es brindado dentro de los establecimientos del Hospital Cayetano Heredia, iii) se utiliza el mismo personal de trabajadores. Como se puede advertir, la finalidad del servicio prestado por el hospital no tiene una función social a la que el Estado se encuentra obligado, por el contrario, tiene como objetivo atraer particulares que cuenten con una solvencia monetaria para pagar por un servicio médico.

En esa línea, bien hace la Segunda Instancia Administrativa al señalar que las actividades asistenciales tiene como finalidad buscar la compensación de las necesidades de un sector de bajos recursos, en tal sentido, el SSBTD no cumplía con garantizar un acceso universal sino, por el contrario, estaba dirigido a particulares que sí contaban con suficientes recursos que podían pagar un precio superior al regular a cambio de un servicio médico

Resulta pertinente mencionar que el Indecopi no se pronuncia frente a la situación en donde los servicios prestados por el Estado sean servicios económicos

En virtud de lo mencionado, comparto lo señalado por la SC1 de Indecopi al concluir que el SSBTD no se trata de una actividad asistencial.

### *Actividad empresarial del Estado*

La actividad empresarial por parte del Estado es la única actividad que, si bien se encuentra excepcionalmente permitida, necesita de una serie de requisitos para poder ser ejercida. A comparación de la actividad de *ius imperium* que resulta ser intrínseca al propio Estado y la actividad asistencial que responde a una obligación hacia el Estado de garantizar los servicios básicos a todos los ciudadanos; el ejercicio de la actividad empresarial es restringida y solo se encuentra permitida si se cumple con los señalado en el artículo 60 de la CP.

La limitación a la actividad empresarial del Estado responde al cambio del Estado a un rol más regulador y garante y, a un nuevo régimen económico social de mercado donde se busca el ingreso de los privados al mercado.

Sobre la actividad empresarial del Estado, la resolución materia del presente informe no dista de lo señalado por el precedente de observancia obligatoria, el cual señala tres puntos importantes de la actividad empresarial del Estado:

1. La actividad versa sobre la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía y, asimismo, no corresponde a la actividad en virtud del *ius imperium*, ni a una actividad asistencial;
2. El fin lucrativo no es un elemento indispensable para su determinación, toda vez que la actividad empresarial no basa su contenido en la existencia de un beneficio económico para el Estado;
3. No importa la forma jurídica que se adopte para la prestación de los bienes o servicios, es decir, dicha actividad lo podrá ejercer tanto una empresa pública, entidad estatal, institución pública, entre otras figuras. Por lo tanto, sólo bastará corroborar que es el Estado el titular de la gestión de

producción del bien o servicio y este satisface necesidades de los consumidores.

(SC1, 2010, fj. 46-53)

Así, en base al previo análisis que realizamos, sostenemos que el SSBTD no corresponde a una actividad de *ius imperium* ni tampoco una actividad asistencial, podemos sostener de manera temprana que estamos frente a una actividad empresarial del Estado. Sin embargo, resulta importante brindar un análisis más detallado de lo señalado en el precedente.

En primer lugar, para que sea considerado una actividad empresarial, no tiene que ser una actividad de *ius imperium* ni una actividad asistencial. En los apartados precedentes realizamos análisis de porque el SSTB no resulta ser una actividad de *ius imperium*, pues no responde a ninguna actividad regulatorio, de gestión, de fomento, entre otros, por parte del Estado; asimismo, tampoco resulta ser una actividad asistencial, toda vez que no responde a una finalidad social que busque garantizar el acceso universal al servicio de salud.

En segundo lugar, la Sala indica que el fin lucrativo no es un elemento indispensable para determinar si la actividad del Estado es empresarial. Sobre ello, el TC mediante Expediente N° 07644-2006-PA/TC, sobre el caso Gremco publicidad S.A, emite un fallo que fue contrario a lo señalado por Indecopi, ya que sostiene que es el fin lucrativo la esencia de la distinción entre la actividad empresarial y las que solo tienen un fin social o altruista.

Lo señalado por el TC fue usado como argumento por el Hospital Cayetano Heredia para sustentar que el SSBTD no constituye una actividad empresarial ya que no se cumple con el elemento sustancial de fin de lucro y, por ende, no corresponde realizar un análisis de los requisitos establecidos en el artículo 60 de la CP. Sobre dicho argumento la Sala indicó lo siguiente:

1. Lo único que indica el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento es que el Instituto Nacional de Deporte no es una empresa pública al no encontrarse bajo el ámbito de FONAFE.

2. La actividad cuestionada al IND era una actividad en ejercicio del *ius imperium*.

Ahora bien, lo que también menciona la Sala, y de lo cual me encuentro de acuerdo, es que el TC en su fallo no explica si las entidades públicas pueden realizar actividad empresarial, ya que solo se limita a mencionar que el Instituto Nacional de Deporte (en adelante, IDN) no es una empresa pública, dando a entender que solo la actividad empresarial del Estado es ejercida por empresas públicas.

El caso Gremco publicidad S.A. resulta aún más relevante por considerar el fin lucrativo como elemento esencial de la actividad empresarial. Años más tarde, la Sala mediante Resolución N° 415-2014/SC1-INDECOPI, revocó la resolución de primera instancia que desestimó la denuncia de Gremco publicidad S.A contra el IND y ordenó a la Comisión a nuevamente a tramitar la denuncia y analizar la presunta infracción al artículo 14.3 de la LCRD. Sobre esta actuación de Indecopi, el TC mediante Sentencia 206/2021 señaló que lo ordenado por la Sala es equivocado ya que que toda interpretación llevada a cabo por el TC es vinculante en todas las instancias, incluso las administrativas.

Si bien lo último señalado por el TC se da posteriormente a la resolución materia de análisis del presente informe, resulta importante mencionarlo pues demuestra la discusión que se tenía sobre el fin lucrativo como elemento determinante para identificar una actividad empresarial del Estado. Sin duda la posición de Indecopi fue contraria a la posición del TC en su momento, y generó posiciones diferentes.

A opinión propia, la interpretación del TC fue errónea pues tal como señala la Sala en la Resolución 2549-2010 en su considerando 44, si consideramos lo señalado por el TC, entonces la prestación de bienes o servicios por parte de una asociación civil no sería considerada como actividad empresarial toda vez que su objeto social no tiene un fin lucrativo. Sumado a ello, de considerar el fin lucrativo como elemento esencial de la actividad empresarial estaríamos restringiendo el análisis de actividades que entidades estatales realicen donde concurren en el mercado y lo distorsionen. Lo señalado por el TC solo estaría

limitando lo planteado por el artículo 14 de la LCRD y exonerando de una posible investigación, análisis y, de ser el caso, una sanción en el ámbito de la LCRD a entes estatales que sus actividades no cumplan estrictamente con un fin lucrativo.

En tercer lugar, la Sala indica que no importará la forma jurídica que adopte la prestación de bienes o servicios. Este último elemento está ligado al segundo elemento pues plantea que es irrelevante si la actividad empresarial lo realiza un ente estatal, una empresa pública, u otra, ya que lo relevante es la actividad que realiza.

El Hospital Cayetano Heredia no forma parte de las empresas públicas bajo el ámbito del FONAFE, o entidad pública regulada por el Decreto Supremo N° 088-2001-PCM, u organismo público descentralizado sujeto a la Ley N° 27972; sin embargo, de acuerdo a lo indicado por la Sala y de lo cual nos encontramos de acuerdo es que, que el hospital no sea una empresa pública no significa que el SSBTD no pueda realizar una actividad empresarial.

En virtud de lo mencionado, podemos concluir que el SSBTD se trata de una prestación de servicios médicos que se encuentran dirigidos a particulares que estén en las condiciones de costear un precio superior a lo que se cobra por un servicio de acceso universal. Asimismo, el fin lucrativo y el que no sea una empresa pública, entidad del sector público u organismo público descentralizado, no desestima que la actividad que realiza sea empresarial y sea considerada un agente económico concurrente en el mercado el cual debe observarse lo indicado en el artículo 60 de la CP.

**Conclusiones Pregunta Principal 1:** ¿El SSBTD realizada por el Hospital Cayetano Heredia corresponde a una actividad empresarial?

Existen tres posibles actividades que pueden ser realizadas por el Estado: la actividad *ius imperium*, la actividad asistencial y la actividad empresarial. La primera hace referencia a la actividad que el Estado realiza en el ejercicio de sus propias potestades públicas. La segunda actividad tiene como finalidad el acceso

universal para garantizar los derechos fundamentales del sector de la población más vulnerable que necesita ver cubiertos los servicios esenciales. Por último, la tercera actividad será considerada como tal de no ser una actividad *ius imperium* y una actividad asistencia.

El SSBTD tiene como finalidad la prestación de un servicio médico a particulares que tenga la solvencia económica para cubrirla, sumado a ello, el servicio se presta en las instalaciones del hospital con el mismo equipo instrumental y trabajadores del centro. En tal sentido, el SSBTD no es una actividad *ius imperium* toda vez que no responde a una potestad pública del Estado. Asimismo, tampoco es una actividad asistencial pues su finalidad no es garantizar el acceso universal a un sector poblacional vulnerable sino, por el contrario, a particulares que estén dispuestos a pagar más que el precio regular por un servicio médico.

En consecuencia, el SSBTD corresponde a una actividad empresarial debido a que es una contraprestación directa de un servicio médico a personas que están dispuestas a pagar una tarifa mayor a la regular. Asimismo, el fin lucrativo no desvirtúa su naturaleza empresarial, ni mucho menos el hecho de que se trata de un hospital nacional y no forme parte de FONAFE o esté sujeto al Decreto Supremo N° 088-2001-PCM o la Ley N° 27972.

## **V.2 De ser una actividad empresarial ¿Cumple con los requisitos señalados en el artículo 60 de la Constitución?**

Ley expresa: ¿qué significa que sea por ley expresa? comparativa entre el caso de las Institutos de Salud

Como siguiente paso, al haber determinado que el SSBTD se trata de una actividad empresarial, se procede iniciar con la verificación de lo estipulado en el

artículo 60° de la CP; requisitos que de no cumplirse se estaría cometiendo competencia desleal prevista en el artículo 14.3 de la LRCD.

El primer requisito exige una la autorización mediante una ley expresa. A criterio de Indecopi, la necesidad de esta ley expresa significa la existencia de una voluntad indubitable expresada textualmente y claramente para permitir la actividad empresarial del Estado.

De acuerdo al precedente, se plantea dos requisitos para el análisis de la ley expresa; primero, esta debe encontrarse aprobada por el Congreso de la República y, segundo, esta debe establecer de manera “expresa”, entendiéndose por ella que la autorización de la actividad debe ser *clara y patente*. (SC1, 2010, fj, 65 al 73)

Sobre el primer requisito: que debe encontrarse aprobada por el Congreso, la Resolución 2549-2010 indica en sus fundamentos 52 al 61, de manera resumida, lo siguiente:

1. El TC en el marco del Expediente 0034-2005, sostuvo que “*el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta*”. En otras palabras, el dispositivo legal que debe autorizar la actividad empresarial del Estado tiene que ser una ley aprobada por el Congreso.
2. Al ser la actividad empresarial del Estado una actividad que intervendrá excepcionalmente en el mercado y será contraria a derechos y principios constitucional que inspiran al modelo económico, se exige que la interpretación de “ley” se entienda de manera restrictiva; por lo tanto, debe ser una ley emitida por el Congreso.
3. La actividad empresarial puede ser producida tanto por empresa pública o entidad estatal, por lo tanto, al poder ambas realizar la misma actividad, no existe justificación para exigir diferentes dispositivos que autoricen la actividad.
4. Por último, la imposición de que sea una ley emitida por el Congreso restringe la discrecionalidad u oportunidad política de los funcionarios del gobierno de autorizar actividades empresariales.

Sobre este primer requisito, nos encontramos de acuerdo con lo expresado por Indecopi al sostener que la “ley” que autorice la actividad empresarial del Estado tiene que ser una emitida por el Congreso.

El segundo requisito señala que la ley debe ser “expresa”, entendiéndose por ella que debe ser clara y patente. Al respecto, la Resolución 2549-2010, indica tres ideas, resumidas de la siguiente manera:

1. La actividad debe encontrarse autorizada por una ley que indique de manera clara y patente la exacta actividad que realizara la empresa pública, entidad estatal, entre otras.
2. La autorización no significa una lectura literal en donde se exprese “autorizamos la actividad empresarial”.
3. La ley debe fijar textualmente el ámbito en el que se desarrollará la actividad, con la finalidad de no permitir la extensión de la actividad.

Al respecto, nos encontramos en desacuerdo con la segunda idea sostenida por Indecopi, toda vez que, la autorización parece ser solo una simple constatación de una norma con rango legal, perdiéndose el sentido de la exigencia de una ley clara y patente, generando un peligro en el modelo económico. Asimismo, sostener que la interpretación no tiene que ser literal deja libre la discrecionalidad por parte de la Administración para interpretar la autorización de actividad empresarial del Estado de cualquier dispositivo con rango legal. Dicha situación, permitirá que el Indecopi esté libre de realizar interpretaciones extensivas de las disposiciones legales para justificar una autorización por parte de esta.

En este punto, resulta pertinente traer a colación la interpretación de la Ley N° 27657 Ley del Ministerio de Salud (en adelante, la Ley del Ministerio de Salud), que hace la Sala para determinar si los Institutos Especializados adscritos al Ministerio de Salud tienen autorización ley para realizar el SSBTD. A continuación, presentamos un cuadro resumido:

INSTITUTO ESPECIALIZADO	INTERPRETACIÓN
Resolución N° 2473-2010 - INEN	La SC1 determinó que en el artículo 33 de la Ley N° 27657, por medio de los verbos “garantizar” y “priorizar”, se facultaba al INEN a brindar el SSBTD.
Resolución N° 2470-2010 - INO	La SC1 determinó que el artículo 30, por medio de los verbos “aplicar”, se facultaba al INO a brindar el SSBTD.
Resolucion N° 2472-2010 INSN	La SC1 determinó que el artículo 30, de la Ley N° 27657, por medio del verbo “aplicar”, Se facultaba al INSN de brindar el SSBTD
Resolución N° 2471-2010 INMP	La SC1 determinó que el artículo 30, de la Ley N° 27657, por medio del verbo “aplicar”, Se facultaba al INMP de brindar el SSBTD

En efecto, la interpretación de la Sala sobre los artículos de la Ley es incorrecto toda vez que se realiza es una interpretación extensiva en donde el criterio de que la ley tiene que tener carácter expreso se abandona. Resulta evidente que la Ley del Ministerio de Salud no señala de forma expresa la autorización para que los Institutos Especializados de Salud realizar el SSBTD, dejando así un precedente a interpretaciones cuestionables de la Administración.

En virtud de lo mencionado, toca analizar si el SSBTD realizado por el Hospital Cayetano Heredia se encontraba autorizado por ley expresa. Sobre ello, tanto la Comisión como la Sala desestimaron que la Resolución 586-MINSA cumpla con autorizar la actividad empresarial debido a que esta no tiene calidad de ley expresa emitida por el Congreso de la República. Sumado a ello, la Resolución Ministerios solo brinda aspectos de funcionamiento del servicio, mas no autoriza.

Sin perjuicio de ello, la Sala sostiene que la Ley del Ministerio de Salud no contiene una autorización expresa que autorice a los Hospitales a desarrollar el SSBTD a comparación de los Institutos Especializados de Salud. En tal sentido, la Sala termina su interpretación en este punto al determinar que la Resolución Ministerial 586-MINSA, por un lado, es una norma infra legal y, por otro lado, está

ni siquiera presente una autorización expresa para el desarrollo del SSBTD si no, tan sólo directivas para sus directivas para su funcionamiento.

### La subsidiariedad del Estado: comparativa entre el caso de las instituciones de salud

Sobre este extremo la Resolución 2549-2010 no se ha pronunciado ya que el análisis culminó cuando se determinó que la Resolución Ministerial 586-MINSA era una norma infra legal, es decir, al no tener una ley expresa que habilite el SSBTD, no era necesario el análisis de los otros 2 requisitos, sino que dicha actividad debía ser automáticamente retirada del mercado.

Para ser analizada la subsidiariedad, la normativa de competencia desleal no cuenta con una metodología, sin embargo, si se cuenta con dispositivos que establecen pautas para un análisis, siendo estos bajo los que se guía el Indecopi. Las pautas se encuentran en el Decreto Supremo 034-2001-PCM y el Decreto Supremo 030-2002-PCM. La metodología plantea, primero, determinar el mercado relevante de la actividad empresarial ejercida, seguido de ello, se deberá establecer si existe oferta privada que pueda cubrir con la demanda que está cubriendo el Estado, y de no ser así, analizar si es posible el ingreso de agentes privados al mercado para que puedan cubrir con la demanda.

En virtud de lo mencionado, pasaremos a realizar una comparativa entre análisis que se hizo del carácter subsidiario del SSBTD entre el Hospital Cayetano Heredia y los Institutos Especializados de Salud.

Por un lado, el Indecopi no realiza el análisis de subsidiariedad sobre el SSBTD, sin embargo, de la lectura de lo que involucraría la prestación del servicio por parte del Hospital Cayetano Heredia, resulta evidente reconocer que este servicio también es prestado por innumerables Clínicas privadas. Asimismo, las barreras de entrada al mercado de salud no limitan el ingreso de más competidores al mercado. Por lo tanto, el SSTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia no estaría cumpliendo un rol subsidiario toda vez que su

ingreso al mercado no tiene como finalidad de satisfacer la prestación de un servicio que no es cubierto por el privado.

Por otro lado, en el 2019, la SDC, mediante Resoluciones 060-2019/SDC-INDECOPI, 061-2019/SDC-INDECOPI, 062-2019/SDC-INDECOPI y 063-2019/SDC-INDECOPI, realiza el análisis de subsidiariedad sobre el SSBTD prestado por el INEN, INSN, INMP y el INO, toda vez que se supera el primer requisito de Ley expresa. La Sala confirmó lo dicho por la Comisión, al sustentar que el SSTD si cumplía un rol subsidiario ya que el servicio médico que brindan estas Institutos de Salud es especializado y requiere de una significativa inversión en infraestructura, equipamiento y recursos humanos, por lo que el ingreso de competidores al mercado es difícil o, por lo menos, no sería rápida.

Es así que, si bien se trata del mismo SSTD, el análisis en la verificación de subsidiariedad varía en función al mercado relevante y las barreras ingreso de competidores en ese mercado.

**Conclusiones Problema Principal 2:** De ser actividad empresarial, ¿Cumple con lo estipulado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú?

El artículo 60 de la CP señala 3 requisitos que deben cumplirse para permitir el ingreso del Estado al mercado, i) que se autorice por medio de una ley expresa, ii) que se cumpla con un rol subsidiario, iii) que responda a un interés público.

Sobre el primer requisito, la ley expresa que autoriza a la actividad empresarial tiene, primero que ser una ley promulgada por el Congreso de la República y, segundo, ser clara y patente. En efecto, el SSBTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia es reconocido mediante la Resolución 586-MINSA, la cual no tiene rango legal; asimismo, la resolución no autoriza de manera expresa el SSBTD sino que tan solo presenta directivas para el funcionamiento del servicio.

El rol subsidiario del Estado en la actualidad

La resolución materia del presente informe jurídico fue emitida por el Indecopi en el 2010, es decir, solo dos años después que la LRCD había sido promulgada y reconocía dentro de ella la posibilidad de que el Estado pueda cometer actos de competencia desleal en caso este vulnerara el artículo 60 de la CP. En efecto, es claro que las resoluciones con los pronunciamientos del Indecopi sobre las denuncias realizadas por la Clínica Santa Teresa a diferentes Hospitales públicos e Institutos Especializados de Salud marcaron un precedente significativo en el aprendizaje sobre lo que significa la subsidiariedad del Estado. No obstante, durante los 13 años posteriores que nos sitúan en la actualidad, hemos presenciado muchos más pronunciamientos por el Indecopi sobre denuncias a entidades públicas, instituciones públicas, entre otras, por presuntas comisiones de actos de competencia desleal, que han permitido que la figura de la subsidiariedad del Estado sea mejor entendida, en beneficio de los agentes económicos del mercado y de los propios consumidores.

La subsidiariedad del Estado, después de muchos casos en donde se ha analizado dicha figura, es, ahora, correctamente entendida como la posibilidad excepcional del ingreso empresarial del Estado al mercado solo si no existe oferta privada o si esta es insuficiente para cubrir con la demanda.

En efecto, la actividad empresarial del Estado funciona solo subsidiariamente toda vez que la presencia del Estado podría distorsionar la leal competencia en el mercado al encontrarse siempre en una situación de ventaja, ya que sus fondos serán públicos (subsidios) y podrán ofrecer sus productos o servicios a un precio por debajo de los determinados sin enfrentar una “pérdida” como tal, que sí podrían sufrir los privados que actúan en un marco competitivo.

Como consecuencia de ello, y tal como señala el último párrafo del artículo 60 de la CP, la actividad empresarial pública recibirá el mismo tratamiento legal, por lo tanto, dicha actividad se encontrará en el ámbito de aplicación de la LRCD y, por ende, será susceptible de ser analizada por el Indecopi de reconocerse presuntas comisiones de actos de competencia desleal.

Bajo este marco, resulta pertinente señalar dos situaciones que con los años son más claras al momento de analizar, para luego resolver, presuntas comisiones de actos de competencia desleal por parte del Estado.

En primer lugar, tenemos la discusión de si el fin lucrativo sería un elemento esencial que distinguiría si estamos ante a una actividad empresarial del Estado. Como hemos desarrollado a lo largo de este informe jurídico, para realizar un análisis en el marco de lo que señala la LRCD, lo primero a hacer es determinar si la actividad que presta el Estado es una actividad empresarial o no, pues de no serlo no cabría siquiera el análisis de si dicha actividad cumple o no con los requisitos del artículo 60 de la CP. Es así que, sobre este primer paso, existían posiciones diferentes entre el Indecopi y TC, en relación a considerar el fin lucrativo como elemento esencial de esta actividad.

Por un lado, en el 2006, un par de años antes de la promulgación de la LRCD, en el caso de Gremco Publicidad S.A contra el IND, el TC declaró infundada la demanda por vulneración a su derecho fundamental a la libertad de empresa, señalando en dicha sentencia que el fin lucrativo resultaba un elemento esencial en la determinación de una actividad empresarial del Estado, por lo tanto, no se encontraban frente a una actividad de dicha naturaleza. Es interesante notar lo poco desarrollada que se tenía la actividad empresarial del Estado, aun teniendo, para ese tiempo, 13 años con una Constitución que reconocía la subsidiariedad del Estado. El problema, al parecer, no radicaba en entender lo estipulado en el artículo 60 de la CP, sino en el primer paso, en la determinación de cuando nos hallamos frente a una actividad empresarial del Estado. El TC entendía la actividad empresarial de manera muy simple pues conectaba el fin lucrativo con esta sin un análisis más profundo que le permitiera reconocer más figuras de instituciones, entidades, sociedades, entre otras, que sin un fin lucrativo podrían estar compitiendo en el mercado.

Posteriormente, en el 2008 la LRCD fue promulgada, señalando en su artículo 3 su ámbito de aplicación, señalando que la Ley se aplicará a toda persona natural o jurídica, entidades de derecho público y privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que demanden u oferten bienes y servicios. El mencionado

artículo determinó de manera expresa que el fin de lucro no es elemento sustancial para el reconocimiento de una actividad empresarial; situación que permitió que los próximos análisis por parte de la autoridad competente, Indecopi, sean más exhaustivos y precisos. En efecto, separar el fin de lucro como elemento sustancial de la actividad económica, permite ampliar el panorama de análisis de entidades, instituciones, asociaciones, públicas o privadas, entre otras, que puedan ser parte del mercado y puedan estar cometiendo actos de competencia desleal.

En segundo lugar, otro supuesto que parece encontrarse superado, pues se cuenta con numerosos pronunciamientos por parte del Indecopi que lo desarrollan, es el análisis del segundo requisito que señala el artículo 60 de la CP: el carácter subsidiario de la actividad empresarial. Indecopi desde sus primeros pronunciamientos de denuncias contra el Estado por presuntas comisiones de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, ha desarrollado el análisis de todos los requisitos reconocidos en el artículo 60 de la CP, incluyendo el análisis de la subsidiariedad de la actividad empresarial de superarse el primer requisito de contar con una ley expresa.

Ahora bien, es sobre el análisis de este requisito que existían dos posiciones. Por un lado, hay quienes sostenían que si ya se superó el requisito de la ley expresa es porque ya se evaluó la subsidiariedad de la actividad y, por lo tanto, no le corresponde a Indecopi hacer más análisis ya que ello significaría que realice un análisis de lo ya revisado por el Congreso, situación que no sería su competencia.

Por otro lado, otros sostenían que el concepto de “subsidiariedad” es económico y no legal, el cual cambia día a día, pudiendo una actividad ser subsidiaria en un momento, pero tiempo después dejar de serlo. En base a esta última premisa es que se justificaría el análisis de Indecopi sobre la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

Al respecto, si bien el Congreso, al momento de promulgar una Ley que habilita la actividad empresarial del Estado, se encuentra obligado a analizar el carácter

subsidiario y el alto interés y conveniencia nacional de la actividad; lo cierto es que ello no se da con frecuencia. Es claro que el ingreso al mercado por parte del Estado es una situación excepcional en base al sistema económico en el que el país se maneja, por lo tanto, la Ley que permite su ingreso debe encontrarse debidamente sustentada y justificada. Sin embargo, el análisis de subsidiariedad debidamente sustentado en la Ley en un principio, puede cambiar tiempo después como consecuencia del propio mercado cambiante.

Por ejemplo, una ley expresa que permite la creación de una veterinaria en una provincia lejana, debido a la falta de agentes privados que se encuentren interesados en abrir veterinarias en un pueblo tan alejado, encuentra su justificación de subsidiariedad en la falta de inversión privada para la prestación de dicho servicio; sin embargo, qué sucedería si muchos años después, debido a la popularidad del pueblo en sus platos típicos, el turismo aumenta y agentes privados comienzan a abrir diferentes locales, incluyendo veterinarias, lo suficiente como para cubrir la atención de salud necesaria para los animales del pueblo, ¿Se encuentra aún justificada la presencia de la veterinaria perteneciente al Estado?, ¿El Estado aún se encontraba cubriendo un servicio por falta de presencia privada? La respuesta es inmediata: ya no se encontraría justificado la presencia de la veterinaria en el pueblo, a pesar de que, si lo estuvo en su momento, el mercado cambió y, por ende, el carácter de subsidiariedad tendría que volver a ser revisado.

Es así que, el doble análisis de subsidiariedad resulta sumamente necesario, por una parte, el análisis previo que realiza el Congreso de la República antes de emitir la Ley, y luego, el posterior análisis realizado por Indecopi para determinar si la actividad empresarial cumple con la subsidiariedad al momento que fue emitida por la ley expresa o si sigue teniendo este carácter subsidiario con el pasar de los años. El análisis de subsidiariedad que viene realizando el Indecopi se encuentra justificado en el mercado cambiante y en la responsabilidad que tiene como institución en la protección de la competencia en el mercado.

## VI. CONCLUSIONES

**Sobre el primer problema jurídico:** ¿El SSBTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia corresponde a una actividad empresarial?

El SSBTD es una actividad empresarial, que será explicado en los siguientes tres puntos:

- 1) El SSBTD tiene como finalidad la prestación de un servicio médico a particulares que tenga la solvencia económica para cubrirla, sumado a ello, el servicio se presta en las instalaciones del hospital con el mismo equipo instrumental y trabajadores del centro.
- 2) El fin de lucro no resulta ser un elemento sustancial para la determinación de una actividad empresarial, por lo tanto, ello no desestima que SSBTD tenga la naturaleza de actividad empresarial.
- 3) La figura jurídica bajo la cual se presta una actividad empresarial el Estado puede ser varias, pues lo relevante se encuentra en la naturaleza de la actividad y no la entidad que la presta. En consecuencia, un hospital nacional puede ser considerado como un agente económico de demostrarse que presta una actividad empresarial, como se ha demostrado en el presente caso.

**Sobre el segundo problema jurídico:** De ser actividad empresarial, ¿Cumple con los requisitos señalados en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú?

El análisis del primer requisito es contar con la autorización de una ley expresa, donde se tiene que considerar que, primero, esta Ley tiene que estar aprobada por el Congreso de la República y, segundo, que tiene que ser expresa, es decir, clara y patente.

En función a ello, se determinó, en primer lugar, que la Resolución 586-MINSA no era una ley con rango de ley, asimismo, esta resolución solo detalla directivas para el funcionamiento del servicio, mas no contenía una autorización expresa y; en segundo lugar, sin perjuicio de la Resolución Ministerial mencionada, la Ley

del Ministerio de la Salud no contemplaba alguna autorización al hospital para la prestación de dicho servicio, a diferencia de lo que sí pasó con los Institutos Especializados de Salud.

Sobre lo último, a opinión propia, la posición de Indecopi de no considerar en la Ley la literalidad en la autorización para las actividades empresariales del Estado es incorrecta. Un ejemplo de ello es la interpretación que realiza del artículo de la Ley del Ministerio de Salud que, para ellos, habilita la prestación del SSBTD a los Institutos Especializados. Sin embargo, a opinión propia, se trata de una interpretación extensiva que intenta forzar la autorización del servicio a los institutos por medio de verbos vagos como “aplicar”, “priorizar”, “garantizar”.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

Arroyo, C. L. (2016). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. Forseti. Revista de derecho, (6), 146-158.

Bullard, A. (2011). El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. Revista del Círculo de Derecho Administrativo, 10(2), p. 199-209.

Calle, M. A. C. (2013). El Derecho Constitucional Económico en el Perú. Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences.

Castañeda, M. L., & Vásquez, V. H. B. (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. Derecho & Sociedad, (49), 185-202.

Gonzalez, A. B. (2011). El otro pollo la competencia desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 199-209.

Kresalja, B., & Ochoa, C. (2017). *Derecho constitucional económico* (Vol. 8). Fondo Editorial de la PUCP.

Marín Abarca, E. J. 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.

Muñoz, F, Sanchez, P. y Zavala V. (2000). Las privatizaciones y concesiones en la Reforma Incompleta. Tomo I, Universidad de Pacifico e Instituto Peruano de experiencias relevantes.

Napuri, C. G. (2011). Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N 1044. *Revista de Derecho administrativo*, (10), 245-257.

Napurí, C. G. (2021). El principio de subsidiariedad empresarial del Estado. *Revista Derecho Público Económico*.

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.

Ruiz Caro, A. (2000), El proceso de privatizaciones en el Perú durante el periodo de 1991.2002. ILPES.

Taboada Gutiérrez, B. J. Análisis de los servicios veterinarios prestados por la veterinaria municipal de la Molina: Deber del Estado, actividad asistencial o actividad empresarial.

Tassano Velaochaga, H. (2014). El rol del INDECOPI en la economía social de mercado.

### **Jurisprudencia y Resoluciones**

Expediente N° 0008-2003-AI/TC (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Expediente N° 00034-2004-PI/TC (15 de febrero de 2005). Tribunal Constitucional.

[https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/00034-2004-AI\\_compressed.pdf](https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/00034-2004-AI_compressed.pdf)

Resolución N° 112-2009/CCD-INDECOPI (2009, 22 de julio). Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI (2010, 14 de septiembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI (2010, 29 de noviembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

## **Normativa**

Ministerio de Salud del Perú (2006, 26 de junio). Resolución N° 586-2006-MINSA.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2008, 25 de junio). Decreto Legislativo N° 1044. Por el cual se expide la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Presidente de la República del Perú. (1992, 18 de noviembre). Decreto Ley N° 25868.

## **VIII. ANEXOS**





PERÚ

Procuraduría  
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE  
LA COMPETENCIA DESLEAL  
**DENUNCIANTE** : CLÍNICA SANTA TERESA S.A.  
**DENUNCIADO** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**MATERIA** : COMPETENCIA DESLEAL  
VIOLACIÓN DE NORMAS  
SUBSIDIARIEDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO  
**ACTIVIDAD** : PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

**SUMILLA:** se CONFIRMA, bajo otros fundamentos, la Resolución 112-2009/CCD-INDECOPI del 22 de julio de 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal. La razón es que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” desarrollado por el hospital denunciado no se encuentra autorizado por una ley del Congreso de la República, incumpliendo el requisito de “habilitación por ley expresa” previsto en el texto constitucional.

Lima, 14 de septiembre de 2010

## I ANTECEDENTES

1. El 10 de octubre de 2008, Clínica Santa Teresa S.A. (en adelante, Santa Teresa) denunció al Hospital Nacional Cayetano Heredia<sup>1</sup> (en lo sucesivo, Hospital Cayetano Heredia) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece como ilícita la actividad empresarial estatal desarrollada en infracción de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
2. En su denuncia, Santa Teresa señaló lo siguiente:
  - (i) de acuerdo con el artículo 60 de la Carta Fundamental, la actividad empresarial del Estado –ya sea a través de empresas públicas o sus entidades estatales– solo puede ser realizada en tanto exista una

<sup>1</sup> R.U.C.: 20154528971.

M-SC1-02/1A



PERÚ

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

autorización por ley expresa, la actividad sea subsidiaria y medie una razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional;

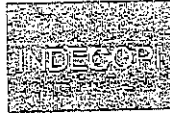
- (ii) el Hospital Cayetano Heredia es un hospital adscrito al Ministerio de Salud que –conforme al modelo de organización dispuesto por la Resolución Ministerial 071-90-SA-DM y posteriores modificatorias contenidas en la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA y la Resolución Ministerial 151-2007-MINSA– brinda dentro de sus instalaciones un servicio distinto al de sus prestaciones de salud regulares. El referido servicio es similar al ofrecido por una clínica privada y se denomina “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”; y,
- (iii) el Hospital Cayetano Heredia compite deslealmente al ofrecer dicho servicio, pues lo presta a pacientes particulares, compañías aseguradoras y entidades prestadoras de salud, pese a que existen centros de salud del sector privado que ofrecen sus servicios a dicho segmento. Asimismo, precisó que el Hospital Cayetano Heredia, a diferencia de las entidades privadas, no incurre en mayores costos para brindar el servicio al utilizar la infraestructura, los recursos médicos y el mismo personal asignados por el Estado.

3. El 30 de octubre de 2008, personal del Área de Fiscalización del Indecopi llevó a cabo, por encargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión), una diligencia de inspección en el establecimiento del Hospital Cayetano Heredia. En dicha oportunidad, se constató que, si bien el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” se encontraba temporalmente suspendido, hasta esa fecha había sido brindado cobrando sumas mayores que las cobradas a los pacientes asistenciales regulares, y utilizando los mismos consultorios, sala de operaciones y personal médico que se usan para la prestación de los servicios propios de la red asistencial.

4. El 15 de enero de 2009, el Hospital Cayetano Heredia presentó sus descargos alegando que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la normativa de competencia desleal al no ser una actividad de tipo empresarial. Sobre el particular, manifestó que las prestaciones de este servicio no responden a una lógica de mercado sino que satisfacen fines asistenciales, materializando la función pública de prestar salud que tiene atribuida el Estado. Asimismo, agregó que la potestad administrativa que ejercen se encuentra amparada en lo dispuesto por el Decreto Supremo 023-2005-SA –Reglamento De Organización y Funciones del Ministerio de Salud–, el cual señala que los hospitales son órganos desconcentrados del Ministerio de Salud que, como tales, tienen la potestad de brindar todo tipo de servicios de salud pública a la comunidad, bajo la conducción y regulación que estime pertinente la autoridad sectorial.



PERÚ



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

5. El 13 de febrero de 2009, Santa Teresa presentó un escrito precisando que la Superintendencia de Administración Tributaria había emitido, a través del Oficio 153-2007-SUNAT/200000, una opinión calificando al "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" como una actividad que no constituía un servicio inherente a la soberanía estatal y que, por tanto, no significaba una prestación estatal sujeta al cobro de una tasa. En ese sentido, Santa Teresa indicó que de la referida opinión se desprende que el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" prestado por el Hospital Cayetano Heredia no es parte de la función pública que ejerce, siendo que constituye una actividad empresarial sujeta a las normas de competencia desleal.
6. Mediante Resolución 112-2009/CCD-INDECOPI del 22 de julio de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Santa Teresa contra el Hospital Cayetano Heredia por la comisión de actos de violación de normas al desarrollar actividad empresarial en infracción del artículo 60 de Constitución, sancionándolo con una amonestación. La Comisión sustentó su pronunciamiento en las siguientes consideraciones:
- (i) el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" es actividad empresarial por el solo hecho que se estructura como una oferta independiente de los servicios médicos que regularmente se brindan en el Hospital Cayetano Heredia, y por la cual *"cobraba tarifas semejantes a las del sector privado, pero sin incurrir en los costos propios de infraestructura, personal, instrumental quirúrgico, entre otros, por cuanto empleaba los recursos públicos asignados"*; y,
  - (ii) las resoluciones ministeriales que aprueban el diseño y desarrollo del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no ostentan rango legal, por lo que la actividad empresarial del Hospital Cayetano Heredia no cumple con el requisito de autorización por "ley expresa" exigido por el artículo 60 de la Constitución.
7. El 4 de agosto de 2009, el Hospital Cayetano Heredia apeló la Resolución 112-2009/CCD-INDECOPI, reiterando que las prestaciones que se brindan en virtud al "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no siguen una lógica económica, pues corresponden a funciones desarrolladas con la finalidad de satisfacer fines sociales en el sector salud. En este contexto, el Hospital Cayetano Heredia hizo referencia a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, en su criterio, sustentaba que los servicios de salud diferenciados no califican como actividad empresarial.

### III CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. Luego de analizar el expediente y los argumentos expuestos por las partes, la



Sala considera que se debe determinar lo siguiente:

- (i) el contenido de cada uno de los requisitos que se deben evaluar en los procedimientos de competencia desleal iniciados por la presunta comisión de actos de violación de normas por el desarrollo de actividad empresarial estatal contraria al artículo 60 de la Constitución; y,
- (ii) si, de ser el caso, el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" constituye una actividad empresarial realizada en contravención al referido mandato constitucional.

### III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### III.1 Marco teórico aplicable

##### III.1.1 Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

9. El principio de subsidiariedad estatal establece cuál ha de ser el grado de intervención del Estado en la vida económica del país y cuál debe ser el campo de acción en el que los ciudadanos pueden ejercer su libertad de 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**".
11. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el propio modelo de Economía Social de Mercado acogido por la Constitución, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (v.g. 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.
12. La libre iniciativa privada, en tanto expresión de la libertad del individuo en el ámbito económico, es el fundamento del principio de subsidiariedad. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad económica, señaló lo siguiente:

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



13. La exigencia de rol subsidiario en materia empresarial del Estado también constituye un mecanismo de control para que los recursos públicos se enfoquen en la satisfacción de necesidades de la colectividad que no pueden ser atendidas en el mercado. Así se evita que el Estado se sobredimensione y destine el gasto público a la producción de bienes y servicios que bien pueden ser provistos, bajo las mismas condiciones y cumpliendo los mismos objetivos, por la actividad privada.
14. Por ejemplo, imaginemos que alguna dependencia estatal decide incursionar en el negocio de provisión de seguros vehiculares. En dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda bajo condiciones similares o inclusive más ventajosas, en cuanto a precio y coberturas. Como es evidente, si la necesidad de la población puede ser atendida de manera apropiada por los particulares, la administración pública no debería invertir en la provisión de seguros vehiculares, debiendo atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente. Así, el Estado podría centrar su actividad en la provisión de los servicios básicos a los ciudadanos, tales como brindar seguridad ciudadana o llevar salud asistencial a aquellos lugares en que los pobladores no pueden asumir el precio del servicio ofrecido por los privados.
15. Otra razón que justifica la importancia del 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 es, en la generalidad de los casos, eficiente.
16. La administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como una empresa privada. Las empresas e instituciones públicas también persiguen finalidades políticas y suelen tener incentivos que, más bien, van en contra de la rentabilidad<sup>2</sup>. De hecho, suele ocurrir que la actividad pública no tiene que preocuparse por sus pérdidas, ya que no quiebra y sus pérdidas se sufragan con los recursos del Estado, esto es, con los tributos de cada uno de los contribuyentes.

<sup>2</sup>

Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos. Cfr. VICKERS, John y George YARROW. "Un análisis económico de la privatización". México: Fondo de Cultura Económica, 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". En: Themis N° 52, 2006, p.78.



PERÚ

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

17. Como señala el profesor Ariño, "(h)a sido una tentación constante de los políticos la utilización de las empresas públicas como instrumento fácil de la política: unas veces de su política antinflacionista (mediante el simple procedimiento de vender por debajo del precio de costo), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilizaciones de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional."<sup>3</sup>
18. Esta gestión ineficiente y motivada por la oportunidad política puede provocar en el Estado un importante déficit 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"<sup>4</sup>.
19. Pese a que en la mayoría de casos la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria permite que esta ineficiencia se encuentre excepcionalmente justificada.<sup>5</sup> Las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues pueden generar un beneficio en términos sociales, satisfaciendo la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.
20. Como lo señala la doctrina, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Cuando la administración pública concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en situación de artificial ventaja sobre sus competidores: acceden a privilegios de financiación con las amplias espaldas financieras de

<sup>3</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)." Granada: Editorial Comares, 2004, p. 461. Por su parte, Hauriou también refiere que la empresa estatal favorece el uso del denominado *spoils system* o "sistema de los despojos", nombre con el cual se denomina aquel escenario en que el partido ganador de las elecciones, al asumir el gobierno, ocupa gran parte de los cargos directivos de las entidades estatales o empresariales del Estado. HARIOU, André. "Derecho Constitucional e instituciones políticas". Barcelona: Ariel, 1980, p. 539.

<sup>4</sup> Traducción libre del siguiente texto: "The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement." FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. "Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomics aspects". Washington: International Monetary Fund, 1986, p. 144.

<sup>5</sup> 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". Barcelona: Editorial Bosch, 2002.



PERÚ



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

los fondos públicos (subsidios), ofrecen precios por debajo de determinado nivel de costos, perciben en algunos casos ampliaciones de capital para soportar los déficits que su mala gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, perciben incluso privilegios jurídicos respecto de los particulares.<sup>6</sup>

### III.1.2 El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044: metodología de aplicación

21. Con el objeto de evitar las distorsiones que genera la intervención estatal empresarial no subsidiaria, el Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal– ha introducido una importante innovación respecto de la regulación que derogó pues, vía el artículo 14.3., contempla por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una norma de rango legal que establece la prohibición de desarrollar actividad empresarial en violación de la previsión constitucional de subsidiariedad económica.

22. El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 señala lo siguiente:

*“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. Como se aprecia, se configurará un supuesto de violación de normas cuando la actividad empresarial estatal viole el artículo 60 de la Constitución, el cual, en su segundo párrafo, señala que *“Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.”*

24. A criterio de esta Sala, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la norma de 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, importa el ejercicio de una actividad de índole empresarial. Si es que la conducta que despliega el Estado no corresponde a la realización de una prestación económica empresarial sino a actividades de otra índole, entonces en ese caso la

<sup>6</sup> Cfr.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Economía y Estado”. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1993, p. 78; y, SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. “Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities”. En: “Competing with the Government. Anticompetitive behavior and Public Enterprises”. California: Hoover Institution Press, 2004, pp. 2 y ss. (Texto completo accesible en: [http://media.hoover.org/documents/081793992X\\_1.pdf](http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf), página web visitada el 1 de junio de 2010)



PERU

Ministerio  
del Comercio Exterior  
e Industrias

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

conducta no se encuentra sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.

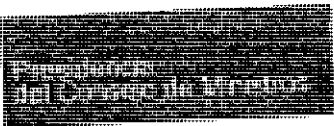
25. Solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecue a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

- (i) El primero de ellos es de tipo formal, y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre **autorizada por ley expresa**;
- (ii) El segundo requisito es de fondo, e importa **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 y potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
- (iii) El tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**.

26. Hay que resaltar que se estará ante actividad empresarial lícita solo en caso que la intervención empresarial del Estado supere cada uno de los tres requisitos sucesivos mencionados. A continuación se definen los alcances y contenido de cada uno de los "elementos típicos" que esta norma prevé.

#### III.1.2.1 La actividad estatal debe ser empresarial

27. El Estado puede intervenir en los mercados cumpliendo diversos roles. Así, puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso a las actividades, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir.
28. Sin embargo, el Estado también puede intervenir en los mercados participando en calidad de agente económico, como comprador u ofertante de bienes y servicios.
29. Este segundo caso es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, provee a la población de algún producto o servicio determinado.



30. Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de *imperium* ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio.<sup>7</sup>
31. Como puede apreciarse, la definición de actividad empresarial del Estado requiere la confluencia de varios elementos que serán analizados a continuación.
32. En primer término, la actividad empresarial 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<sup>8</sup>. Esta actividad, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos<sup>9</sup>.
33. En esos casos, el Estado desempeña las funciones regulatorias immanentes al concepto clásico de soberanía.
34. Por tanto, al efectuar el análisis de si se está o no ante una actuación empresarial se debe delimitar primero si la actividad estatal desarrollada supone o no el ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de *ius imperium*, propias de la existencia del Estado.

<sup>7</sup> Resulta relevante anotar que La Ley 27809 –Ley General del Sistema Concursal, también asume una definición de actividad empresarial amplia, que no exige que el agente que preste bienes o servicios procure una finalidad de lucro ni que tenga una estructura societaria "de tipo empresarial" determinada:

**"Artículo 1.- Glosario**  
Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:  
(...)  
f) **Actividad Empresarial.-** Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios.

<sup>8</sup> Según García Trevijano, se entiende por función o prerrogativa de autoridad pública "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". TREVIJANO GARCÍA, J. A. "Tratado de derecho administrativo". Madrid: Editorial RDP, 1971, pp. 20 y ss.

<sup>9</sup> 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.



35. En segundo lugar, 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".
36. La 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<sup>10 11</sup>.
37. En diversas resoluciones, la Sala de Defensa de la Competencia 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<sup>12</sup>. 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.<sup>13</sup>
38. Entre estas prestaciones obligatorias 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 social<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cfr.: GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo". Volumen II. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 347-376.

<sup>11</sup> Por su parte, Kresalja y Ochoa reconocen que las prestaciones asistenciales constituyen la materialización de la cláusula de Estado Social de Derecho contemplada en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Para estos autores, "(...) 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." Ver: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CÁRDICH. "Derecho Constitucional Económico". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 239.

<sup>12</sup> Ver: Resolución 0391-2007/TDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2007, correspondiente al procedimiento seguido por la señora Gladys Mercedes Simeón Vilca contra la Universidad Nacional Federico Villarreal; y, Resolución 1668-2008/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por tipo Huk Vida Asociación Civil contra la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.

<sup>13</sup> Ver Sentencia del 17 de febrero de 1993, correspondiente al Asunto Poucet y Pistre.

<sup>14</sup> 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."



PERU



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

39. El hecho 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. 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 rehuendo del cumplimiento de una obligación prevista por disposición constitucional.
40. Conforme a lo expuesto, la actividad prestacional de bienes o servicios que brinda el Estado, que incluye la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía, será empresarial en la medida que no corresponda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales.
41. Ahora bien, ello no quiere decir que toda actividad prestacional del Estado, para ser empresarial, deba tener por objetivo el obtener rentabilidad. En efecto, es preciso señalar que resulta irrelevante que se verifique si la actividad ha sido diseñada para obtener ganancias, pues el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal, siendo indistinto si éste está o no presente.
42. 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.
43. 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 tales objetivos, incluso las asociaciones se organizan y se financian para proveer bienes o servicios al mercado<sup>15</sup>. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también tiene

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)

<sup>15</sup> En la Resolución 1382-2007/TDC-INDECOPI del 6 de agosto de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que el hecho que la Asociación Católica Educativa Hogar de Cristo cumpliera un rol humanitario no lucrativo



PERÚ



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

esta posición y ha sido específico en el caso de las actividades estatales, manifestando en reiteradas oportunidades que para delimitar si éstas son empresariales no resulta relevante determinar si tienen fin lucrativo.<sup>16</sup>

44. De aceptarse la hipótesis en virtud de la cual la finalidad de lucro constituye el rasgo que define a la actividad empresarial, se concluiría que, por ejemplo, la prestación de bienes y servicios por una asociación civil no califica como tal por el solo hecho que el objeto social de la persona jurídica no tiene fin de lucro.
45. Finalmente, es preciso señalar que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. Basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores.
46. Así, sobre la definición de empresa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuya posición comparte esta Sala, ha señalado en el Asunto *Höfner* que aquella refiere a *"Cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación"*<sup>17</sup>. En el mismo sentido, el profesor Whish, haciendo mención al mismo procedimiento, sostiene que la acepción de la actividad empresarial es comprensiva de las *"Empresas estatales (...) al igual que otros sujetos a los que se les ha encomendado tareas particulares y entidades cuasi-gubernamentales que desarrollan actividades económicas"*<sup>18 19</sup>.

no constituía un obstáculo para que se considere que realiza actividad empresarial y, por consiguiente, se encuentra sujeta al sistema concursal. En dicho pronunciamiento se indicó lo siguiente:

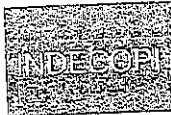
*"Si bien el Hogar de Cristo es una persona jurídica que no tiene fines lucrativos sino de índole humanitaria y asistencial, en cumplimiento de tales objetivos dicha institución realiza actividades empresariales en el mercado y, por tanto, es susceptible de ser sujeto de crédito y endeudamiento. En tal sentido, el Hogar de Cristo es sujeto pasible de ser sometido a concurso en los términos establecidos por la Ley General del Sistema Concursal y le son de aplicación las normas establecidas en dicho cuerpo legal."*

<sup>16</sup> Cfr. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. "Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una visión evolutiva". Madrid: Instituto de Estudios Europeos, N° 1, junio de 2005. (Texto completo accesible en: <http://www.idee.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/Jero%20competencia%201-05II.pdf>, página web visitada el 11 de febrero de 2010).

<sup>17</sup> Sentencia del 23 de abril de 1993 (Asunto *Höfner* y *Elser*). Ver también Sentencia emitida por el mismo colegio el 30 de abril de 1985 en el Asunto *BNIC* y *Clair*, en la cual se determinó que el estatuto de creación público de un colegio profesional no obstaba para que algunas de sus actividades califiquen como empresariales y, por tanto, se encuentren sujetas a la aplicación del Derecho de la Competencia.

<sup>18</sup> WHISH, Richard. "Competition Law". Londres: LexisNexis, 5ta. Edición, 2003, p. 82.

<sup>19</sup> No solo los tribunales comunitarios han adoptado este criterio amplio de actividad empresarial. Por ejemplo, en 1996, la Sala de lo Civil de Düsseldorf (Alemania) consideró que la actuación que desempeñaba una escuela municipal impartiendo enseñanza era una actuación eminentemente empresarial, de manera que la Administración Pública también podía ser un agente económico cuya conducta se encuentra sometida a las reglas de leal competencia del mercado. Para un mayor detalle del caso véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. "La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos". En: *Revista de Derecho Mercantil*, N° 239, 2001, pp. 265-266.



47. Esta idea es recogida por el propio artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que en su texto precisa que son **dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica: de un lado, las empresas estatales; y, de otro lado, las entidades de la Administración Pública que desarrollan actividad empresarial.**

48. 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 Estado.<sup>20</sup>

49. Por su parte, la actividad empresarial o comercial desarrollada por las entidades públicas se encuentra bajo el ámbito de aplicación del Decreto Supremo 088-2001-PCM<sup>21</sup>, con excepción de las actividades empresariales realizadas por los gobiernos locales, sus empresas y sus organismos públicos descentralizados, las cuales se encuentran reguladas bajo el artículo 35 de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades<sup>22</sup>.

20

**DECRETO LEGISLATIVO 1031, Artículo 2.-** Ámbito de aplicación.- Las disposiciones del presente Decreto Legislativo y su Reglamento son aplicables a las Empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE.  
El presente Decreto Legislativo y su Reglamento se aplican prioritariamente sobre otras disposiciones legales de igual o menor rango que resulten aplicables al caso concreto.

**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.

21

**DECRETO SUPREMO 088-2001-PCM, Artículo 1.-** Para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes a los ciudadanos, las Entidades del Sector Público requieren contar con autorización de Ley expresa. El Titular de la Entidad correspondiente cautela que dichas actividades se sujeten a las limitaciones y condiciones impuestas por la Constitución y la Ley que autoriza su desarrollo.

**Artículo 9.-** No se encuentran comprendidas en lo dispuesto por el presente Decreto Supremo, los Gobiernos Locales, sus empresas y sus organismos públicos descentralizados, ni las empresas o entidades que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE.

**Artículo 10.-** Para efectos de lo establecido en el presente dispositivo, se entiende por "Actividades Comerciales", la venta o alquiler de bienes o servicios que no son suministrados en exclusividad por las Entidades del Sector Público, independientemente de que sean o no producidos por la misma Entidad, y que generalmente se brinda en condiciones de competencia con el sector privado.

22

**LEY 27972, 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



50. Vista la definición de actividad empresarial estatal y sus dos posibles manifestaciones, se analizará a continuación cada uno de los requisitos habilitantes exigidos por el artículo 60 de la Constitución.

III.1.2.2 La actividad empresarial del Estado debe estar habilitada por ley expresa

51. El primer requisito de licitud previsto en el artículo 60 de la Constitución es de tipo formal y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por "ley expresa". Para una cabal comprensión de este requisito se debe determinar, en primer lugar, a qué instrumento normativo se refiere la carta fundamental, esto es, si la mención a "ley" puede entenderse en sentido amplio o restringido. En segundo lugar, y una vez delimitado qué refiere la Constitución por "ley", es preciso establecer qué se entiende por la característica de "expresa".
52. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada a través de empresas públicas, no existe duda que la ley autoritativa que exige el texto constitucional se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República. En efecto, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031 exige la reserva de ley absoluta, pues establece que la actuación subsidiaria de las unidades económicas bajo el ámbito de FONAFE se desarrolla "autorizada por Ley del Congreso de la República"<sup>23</sup>.
53. Por consiguiente, una empresa pública incumplirá el requisito formal impuesto por el artículo 60 de la Constitución si desempeña sus actividades económicas bajo la habilitación de una disposición de rango reglamentario o incluso bajo la habilitación de una norma que, siendo de rango legal, constituye un instrumento distinto al expedido por el Parlamento (v.g. Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Ordenanza Regional, etcétera).

---

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.

<sup>23</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1031, Artículo 3.- Ámbito de la Actividad Empresarial del Estado.- La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil. (subrayado agregado)



54. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada por cualquier entidad estatal fuera del ámbito de FONAFE –entidades del sector público sujetas al Decreto Supremo 088-2001-PCM, así como gobiernos locales, sus empresas y organismos públicos descentralizados bajo el ámbito de la Ley 27972– no existe regulación que precise qué debe entenderse por “ley”.
55. No obstante, existen varias razones que justifican que la interpretación más adecuada del referido requisito sea que la autorización de la actividad empresarial de las entidades estatales se encuentre sometida a la expedición de una ley aprobada por el parlamento.
56. Una primera razón que respalda esta interpretación es que el propio Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005, correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC, manifestó que “el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta”. Es decir, para el supremo intérprete de la Constitución, su artículo 60 no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.
57. En segundo lugar, porque cualquier tipo de actividad empresarial desarrollada por el Estado –sea a través de empresas públicas o entidades estatales– importa, por definición, una intervención excepcional en el mercado que es contraria a derechos y principios constitucionales que inspiran el modelo económico, en especial, a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.
58. Al significar la imposición de una restricción a principios y derechos fundamentales, las reglas de interpretación constitucional reconocidas por el Tribunal Constitucional exigen que el concepto “ley” se entienda de manera restrictiva<sup>24</sup>. En ese sentido, la autorización por “ley” se refiere a que solo puede ser emitida por el parlamento, en su condición de órgano representativo de los titulares de los derechos que serán limitados. La doctrina extranjera y nacional es mayoritaria en ese sentido<sup>25</sup>, pues sostiene que una autoridad pública distinta al poder constituido no puede restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos.

<sup>24</sup> Este método de interpretación constitucional se denomina “pro homine” o “favor libertatis”, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 29 de enero de 2003 recaída en el Exp. 0795-2002-AA/TC, “[es aquel principio] según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”. Según Marcial Rubio, el “principio pro homine” conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles mayor protección. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 369.

<sup>25</sup> Ver, entre otros: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. “Derecho Administrativo Económico”. Madrid: La Ley, pp. 157 y ss.; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “La Constitución comentada”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 842; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Introducción al Derecho Público Económico”. Lima: Editorial Caballero Bustamante, 2009.



PERÚ

Ministerio del Poder Judicial

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

59. El propio Tribunal Constitucional ha seguido este criterio para el caso de la imposición de limitaciones sobre otros derechos fundamentales de corte económico. Así, en el caso del derecho de propiedad, el tribunal ha sostenido que la declaración por ley que el texto constitucional exige para el ejercicio de la potestad expropiatoria, pese a no referir si se trata de ley en sentido formal o material, debe ser entendida en el sentido de ley aprobada por el Congreso de la República<sup>26</sup>.
60. Una tercera razón que justifica que la lectura de "ley" sea restrictiva radica en que, así sea el titular del medio de producción una empresa pública propiamente dicha o una entidad estatal, igual se presenta un mismo supuesto de hecho: el desarrollo de una actividad empresarial por parte del Estado. Por ello, ante la constatación de una similar situación jurídica no existe justificación alguna para un tratamiento diferenciado que relaje el requisito que sí es exigido expresamente a las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE. La entidad pública, al igual que una empresa estatal, debe de obtener una autorización para su actividad a través de una ley del Congreso de la República.
61. Otra razón que respalda que sea una ley del parlamento la que autorice la actividad empresarial de las entidades del sector público radica en reducir los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno. En efecto, si se va a adoptar una decisión tan excepcional –como lo es la participación del Estado como empresario–, el mejor mecanismo para asegurar que esta intervención sobre los derechos y principios constitucionales no sea arbitraria, es que sea el ente político que representa las distintas posiciones de la sociedad (poder constituido con representatividad nacional), el que adopte dicha decisión, evitándose así una intervención discrecional librada a la voluntad de autoridades no representativas.
62. Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, conforme al cual se exige que la autorización otorgada al Estado para desarrollar una actividad económica responda a un objetivo de "alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional". Tanto el elevado interés público como la conveniencia para los fines de la nación son aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad pública (v.g. una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo), siendo el mecanismo más agravado de aprobación de leyes, cuál es el parlamentario, el más idóneo para asegurar que esta medida excepcional y de *ultima ratio* represente realmente la voluntad nacional.

<sup>26</sup> Para una revisión de cómo ha evolucionado la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en este respecto ver: PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Omar ALVARADO ESCOBAR. "Nadie sabe para quién trabaja. La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: "Constitución, economía y empresa en el Perú". DONAYRE MONTESINOS, Christian (Comp.). Lima: UPC, 2010.



PERÚ



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

63. Por consiguiente, dado que conceptos como interés público o conveniencia para los fines del Estado deben ser discutidos y definidos por el Congreso, en calidad de órgano legitimado para representar los intereses de la nación, es que la exigencia de "ley" recogida en el artículo 60 de la Constitución se entiende como aquella ley producto del debate político realizado en el parlamento.
64. En conclusión, la exigencia de **autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso de la República**, siendo esta regla aplicable tanto para las empresas públicas dentro del ámbito de FONAFE, como para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos<sup>27</sup>.
65. Delimitado el alcance del término "ley" al que se refiere la Constitución, es preciso establecer qué se entiende por la característica de "expresa".
66. En el lenguaje común, expreso significa "claro y patente"<sup>28</sup>. Esta Sala considera que, tal como lo ha señalado en el numeral 30, si por "actividad empresarial" se entiende toda actuación dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes o servicios de cualquier índole, entonces la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada ya sea para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. Hay que resaltar, sin embargo, que expreso no quiere decir literal. Por ello, no es necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar "actividad empresarial".
67. Esta Sala también interpreta que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma.
68. Asimismo, cuando se establece que pueden realizarse actividades complementarias o conexas a las expresamente señaladas o, más aún,

<sup>27</sup> Con esta conclusión se descarta aquella posición de cierto sector de la doctrina que considera que los gobiernos regionales y locales tienen la potestad de crear empresas a través de sus ordenanzas. En efecto, la Sala considera que de una adecuada lectura de los artículos 15 literal j) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades únicamente se concluye que las unidades de gobierno tienen la potestad de proponer la creación de empresas, no así crearlas vía sus propios instrumentos normativos.

<sup>28</sup> expreso, sa.  
(Del lat. *expressus*, part. de *exprimere*).  
adj. Claro, patente, especificado.  
(...)  
Consultado en [http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=expreso](http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=expreso) (página web visitada el 19 de agosto de 2010)



PERU



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOP

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

cuando la autorización indica la facultad de realizar todas aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los fines para los cuales se autorizó el desarrollo de la actividad empresarial, se considerará con especial cuidado las principales funciones u objetivos que debe cumplir la empresa estatal de acuerdo a la ley respectiva, definiendo su ámbito de operaciones según las razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que la sustentan.

69. Desarrollados los alcances del primer requisito establecido en el artículo 60 de la Constitución, se analizará a continuación el contenido de la siguiente exigencia prevista en la norma constitucional, que consiste en determinar que la actividad empresarial sea de carácter subsidiario.

III.1.2.3 La actividad empresarial del Estado debe ser subsidiaria

III.1.2.3.1 Marco legal y técnico de análisis

70. Por subsidiariedad debe entenderse aquella circunstancia en la cual la intervención empresarial del Estado es excepcionalmente tolerada debido a que no existe oferta privada o esta es insuficiente para satisfacer las necesidades de un determinado sector de consumidores. Por tanto, no habrá rol subsidiario si es que se comprueba la existencia de oferta real o potencial provista por los privados, en tanto sea capaz de cubrir la demanda de un determinado mercado relevante.
71. En la normativa especial de competencia desleal no se ha previsto una metodología para la evaluación de la subsidiariedad económica de la participación del Estado como proveedor de bienes y servicios en los mercados. No obstante, existen otros dispositivos que sí establecen determinadas pautas para el análisis de esta condición y que sirven como importantes referentes para esta Sala.
72. Así, el artículo 4 del Decreto Supremo 034-2001-PCM que establece los procedimientos mediante los cuales FONAFE debe delimitar y autorizar el desarrollo de las empresas públicas bajo su ámbito<sup>29</sup>, así como la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo 030-2002-PCM por el cual se aprobó

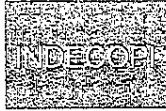
<sup>29</sup> DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, Artículo 4.- En la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter subsidiario desarrolla el Estado, FONAFE deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- a) las condiciones de competencia en el mercado;
- b) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate;
- c) la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Estas condiciones sólo se verifican con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública.

FONAFE podrá solicitar un informe al INDECOP y al titular del sector al que se encuentra adscrita la empresa de que se trate.

Dichas entidades, dentro del ámbito de sus funciones, deberán emitir un informe en un plazo no mayor de sesenta (60) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud. (subrayado agregado)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM)



el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado – aplicable a las instituciones y entidades de la Administración Pública Central<sup>30</sup>–, establecen una idéntica metodología a partir de la cual se debe llevar a cabo el análisis de subsidiariedad de las entidades bajo su ámbito. Dichas normas señalan que se deberán tomar en cuenta “*las condiciones de competencia en el mercado*”, así como “*la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate*”.

73. La Sala considera que, ante la falta de una metodología específica enunciada en el Decreto Legislativo 1044, los criterios económicos enunciados coincidentemente en el Decreto Supremo 034-2001-PCM y el Decreto Supremo 030-2002-PCM, constituyen las pautas técnicas a partir de las cuales se debe realizar la evaluación de la subsidiariedad de cualquier tipo de actividad económica desarrollada por el Estado.
74. Asimismo, cabe agregar que el INDECOPI, a través de su Gerencia de Estudios Económicos, ha expedido en años anteriores diversos informes en los cuales desarrolló un amplio marco teórico económico para el análisis del requisito de subsidiariedad<sup>31</sup>, en el cual precisamente utilizó como pautas de evaluación de la condición de subsidiariedad económica los criterios expresamente consignados en las normas reglamentarias señaladas en los tres párrafos que anteceden, profundizando en su contenido. Tales informes de la GEE constituyen importantes referentes técnicos que han sido tomados en consideración para elaborar la metodología de investigación que se desarrolla a continuación.

<sup>30</sup> DECRETO SUPREMO 030-2002-PCM. Segunda Disposición Final.- Rol subsidiario de instituciones y entidades de la Administración Pública Central.- La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros podrá solicitar informes al INDECOPI, sobre el rol subsidiario de las instituciones y entidades de la Administración Pública Central, que brinden servicios contra una contraprestación específica, a cargo de los ciudadanos usuarios de los mismos.

Para realizar dichos informes, INDECOPI deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- Las condiciones de competencia en el mercado.
- La situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate.
- La subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Esta última condición solamente se verificará con la existencia de una ley específica; que expresamente autorice dichas actividades.

INDECOPI deberá remitir el informe requerido, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la solicitud enviada por Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.  
(subrayado agregado)

<sup>31</sup> Entre otros informes en los que se evaluaron las condiciones para el desarrollo de actividades empresariales del Estado, la Gerencia de Estudios Económicos elaboró los siguientes: Informe 037-2001/GEE (Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST); Informe 038-2001/GEE (Transportes Aéreos Nacionales de la Selva – TANS); Informe 039-2001/GEE (Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.); Informe 040-2001/GEE (Servicios Industriales de la Marina S.A. – SIMA PERÚ S.A.); Informe 023-2002/GEE (Perupetro); e, Informe 024-2002/GEE (COFIDE); Informe 106-2002/GEE (Banco de Materiales).



PERÚ



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

### III.1.2.3.2 Metodología de investigación

75. Delimitar el mercado relevante es el primer paso que el investigador debe efectuar para determinar si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada.

76. Luego, el investigador procederá a analizar cuál es la oferta privada disponible y si ella puede atender la demanda que hoy atiende la empresa estatal. En caso que actualmente la oferta privada no pueda atender la demanda que cubre la empresa estatal, se debe analizar si dadas las barreras a la entrada del mercado en investigación, es posible que ingresen nuevos competidores que cumplan ese rol.

#### (i) Determinación del mercado relevante

77. La delimitación del mercado relevante es trascendental porque permitirá al investigador identificar cuáles son los competidores directos de la empresa estatal, de ser el caso que existan empresas privadas en el mercado.

78. Las normas de libre competencia contemplan una previsión legal que puede ser utilizada para nuestro análisis, pues define el concepto de mercado relevante. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas– se refiere al mercado relevante de la forma siguiente:

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

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.” (Subrayado agregado)

#### (ii) Evaluación del carácter subsidiario de la empresa estatal

79. Una vez delimitado el mercado relevante, el investigador analizará el carácter subsidiario de la empresa estatal dependiendo del escenario que se presente, el cual estará definido por el número de participantes privados en el mercado.

80. Se puede distinguir tres escenarios:



PERÚ

Ministerio del Comercio Exterior y Turismo

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

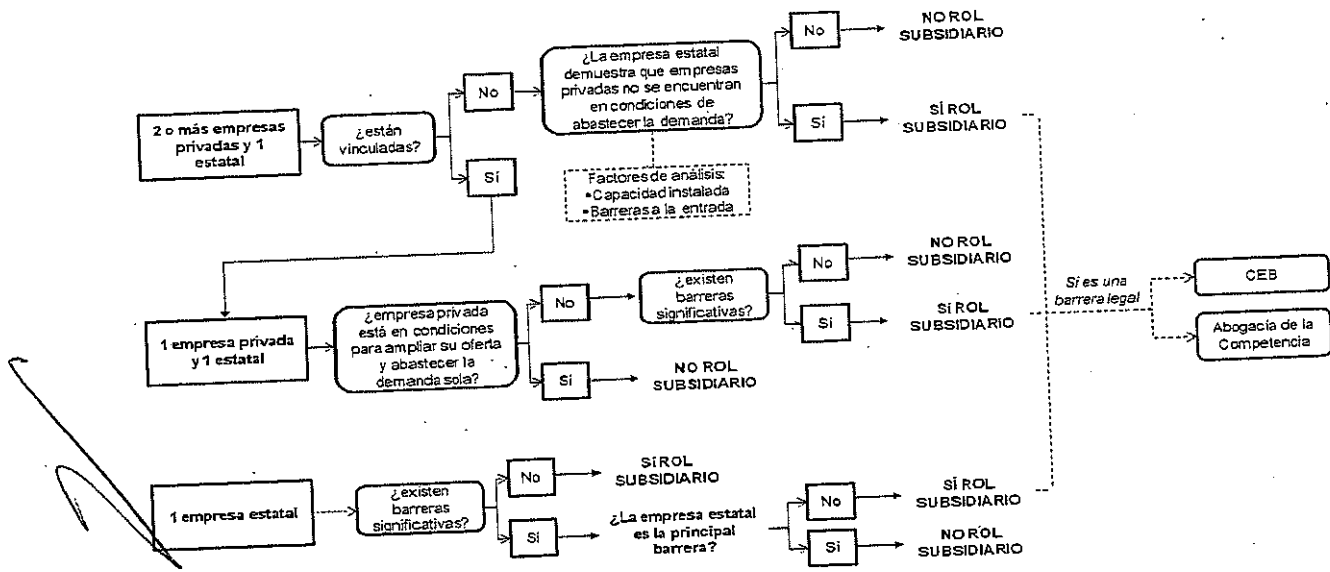
RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

- Escenario 1: existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal.
- Escenario 2: existe una empresa privada y una empresa estatal.
- Escenario 3: solo existe una empresa estatal.

81. En el siguiente gráfico se aprecia el marco general de análisis que debe seguirse en cada uno de los escenarios antes mencionados.

Gráfico N° 1  
Marco general de análisis de los escenarios 1,2 y 3



82. A continuación se describen los factores de evaluación y las consideraciones básicas que deben ser tomadas en cuenta en cada escenario.

Escenario 1: existen dos o más empresas privadas y una empresa estatal

83. Tal como se ha explicado en el punto 73, ante la falta de una metodología específica enunciada en el Decreto Legislativo 1044, los aspectos técnicos enunciados —entre otros cuerpos normativos— en el Decreto Supremo 034-2001-PCM, constituyen importantes criterios a tomar en cuenta para el análisis de subsidiariedad de la actividad empresarial desarrollada tanto por las empresas bajo el ámbito de FONAFE como por otras entidades estatales.

84. En ese sentido, siguiendo el criterio establecido en el artículo 3 del referido decreto supremo<sup>32</sup>, cuando existan dos o más empresas privadas no

<sup>32</sup> DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, Artículo 3.- Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas



vinculadas<sup>33</sup> establecidas en un mercado, se puede asumir, en calidad de presunción legal relativa, que las condiciones de competencia son las

privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

La prohibición dispuesta por el párrafo precedente comprende también a aquellas empresas que pertenezcan mayoritaria o totalmente a los Sectores Defensa e Interior.

La prohibición contenida en el presente artículo no es aplicable a las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de COPRI.

La prohibición contenida en este artículo no será aplicable a las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente. En estos casos, el Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad. (subrayado agregado)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM)

33

La Resolución SBS 445-2000 que aprobó las normas especiales sobre vinculación y grupo económico establece que la vinculación puede entenderse como la situación en la que las decisiones económicas de una empresa pueden repercutir en otra u otras empresas, de forma tal que cuando una empresa enfrente problemas económicos las otras también pueden verse afectadas. Asimismo, puede presumirse que existe vinculación entre personas naturales o jurídicas que tienen relaciones de propiedad y/o de gestión.

#### RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 3.- Definición

Se entiende por vinculación por riesgo único a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera, que cuando una de éstas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones.

Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y, entre éstas y las personas naturales que ejercen el control de dicho grupo económico, según lo dispuesto en los Artículos 8 y 9 de la presente norma; así como en los demás casos en los que se cumpla con lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 4 y 5 de la presente norma, salvo prueba en contrario.

#### Artículo 4.- Relaciones de propiedad

Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

- Quando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.
- Quando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas de acuerdo con lo señalado en el Anexo A de la presente norma.

#### Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el Artículo 8 de la presente norma.
- Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.
- Quando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.
- Quando una persona es representada por otra persona.
- Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.
- Quando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.
- Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- Quando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.
- Quando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.
- Quando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.
- Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.



adecuadas y la oferta privada podrá ampliarse lo suficiente como para satisfacer la demanda del bien o servicio, por lo que queda prohibida la participación del aparato estatal. Así, de acuerdo con este dispositivo "salvo demostración en contrario, tal condición [oferta privada suficiente] se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí."

85. La presunción legal es relativa pues la existencia de dos empresas privadas no vinculadas no necesariamente asegura que haya oferta privada suficiente para satisfacer la demanda existente. Es por ello que la empresa o entidad estatal que procure destruir la presunción asume la carga de la prueba<sup>34</sup> de proporcionar a la autoridad de competencia evidencia suficiente que demuestre que las empresas privadas que participan en el mercado no cuentan con las condiciones necesarias para absorber la demanda que liberaría la empresa estatal en caso se retire del mercado. Es decir, la empresa estatal deberá determinar la capacidad de absorción de las empresas privadas, entendida como la diferencia entre la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada).

$$CA = \sum_{i=1}^n (CI_i - CU_i)$$

Donde:

- CA = Capacidad de absorción de las empresas privadas existentes  
CI<sub>i</sub> = Capacidad instalada de producción de la empresa i  
CU<sub>i</sub> = Capacidad utilizada de producción de la empresa i

86. Una vez hallada la capacidad de absorción de las empresas privadas establecidas en el mercado, ésta se debe comparar con la demanda que liberaría la empresa estatal si se retira del mercado. A partir de dicha comparación se desprende que si la capacidad de absorción de las empresas privadas es menor que la demanda antes satisfecha por el Estado, se deberá seguir analizando el caso.

- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.  
m) Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.  
n) La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.

<sup>34</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 279.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.



PERU



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

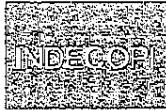
RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

**Cuadro N° 1**  
**Posibles conclusiones a partir del análisis de la capacidad de absorción de las empresas privadas**

Capacidad de absorción $\geq$ Demanda liberada	➔	No rol subsidiario
Capacidad de absorción $<$ Demanda liberada	➔	Continuar con el análisis

87. Es decir, si por ejemplo la actividad empresarial estatal satisfacía una demanda a la cual asignaremos arbitrariamente el valor de 10 y ésta se retira, se deberá verificar si la capacidad instalada no utilizada por las empresas privadas le permite satisfacer una demanda de 10.
88. Esta metodología puede resultar complicada de implementar, dado que se necesita contar con información estadística sobre la capacidad instalada o potencial de las empresas privadas, la cual, dependiendo del tipo de mercado en análisis, es difícil de determinar. Atendiendo a esta circunstancia, se pueden utilizar indicadores indirectos relacionados a la capacidad instalada de las empresas, como: la situación de los activos fijos que posee la empresa, la capacidad de procesamiento de materias primas, la capacidad de la red de distribución del bien o servicio, la participación en el mercado analizado, entre otros.
89. Si las empresas privadas no pueden cubrir la posible demanda liberada por la estatal en caso se retire del mercado, la empresa o entidad estatal tiene la carga de probar que existen barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores que cubran la demanda que hoy ella cubre. Esto es así pues si las barreras son bajas, existen proveedores potenciales que podrían ingresar al mercado y satisfacer la demanda liberada. Solo si las barreras a la entrada son sustantivas la actividad estatal sería subsidiaria.
90. Se pueden identificar hasta tres tipos de barreras: (i) legales y/o administrativas; (ii) estructurales; y, (iii) de conducta o estratégicas.
91. Las primeras se refieren a las barreras derivadas de las medidas de política pública y del marco legal de la industria que pueden afectar de manera directa o indirecta a las empresas.
92. El siguiente grupo de barreras engloba a aquellas de carácter económico, las cuales nacen de las características fundamentales de la propia industria (tecnología y costos). Por ejemplo, el caso de los costos hundidos y el caso de las economías de escala y de alcance.
93. Finalmente, las barreras de conducta o estratégicas son las generadas por el comportamiento de las propias empresas que compiten actualmente en el mercado investigado, o de las empresas que no están establecidas en el mercado pero desde fuera pueden influir en sus condiciones de competencia.



Una barrera de este tipo podría ser, por ejemplo, la existencia de acuerdos verticales de exclusividad.

94. Debe señalarse que no todas las barreras logran evitar definitivamente el ingreso de nuevos actores al mercado. Por el contrario, muchas de éstas representan tan solo la dificultad común que cualquier empresa debe enfrentar para entrar al mercado y que, en la mayoría de casos, pueden ser superadas. Sin embargo, existen otras que efectivamente disuaden la entrada de nuevos competidores, como es el caso de ciertas barreras legales, que llegan a ser tan significativas que en efecto logran evitar que una nueva empresa entre a operar en el mercado. Por ejemplo, marcos regulatorios y sistemas de otorgamiento de licencias y permisos muy estrictos.
95. Si bien ni la Comisión ni la Sala cuentan con la potestad de remover las trabas legales que impiden el acceso de potenciales competidores en el marco de un procedimiento por presuntas infracciones a las normas de competencia desleal, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas sí cuenta con la posibilidad de eliminar cierto grupo de exigencias legales que limitan el acceso de los privados al mercado relevante en que opera la entidad estatal<sup>35</sup>, de conformidad con los artículos 23 del Decreto Legislativo 1033 –Ley de Organización y Funciones del Indecopi– y el vigente artículo 26 BIS del derogado Decreto Ley 25868<sup>36</sup>.
96. Por consiguiente, una vez que se expida un pronunciamiento definitivo que resuelva la denuncia por el presunto desarrollo de la actividad empresarial estatal no subsidiaria, si la autoridad en materia de competencia desleal ha identificado una o más barreras burocráticas contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra en la potestad de analizar y remover, deberá remitir los actuados a dicho órgano funcional, a efectos de que se analice la

<sup>35</sup> LEY 28996, Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas.- Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

<sup>36</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1033, Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.- Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

DECRETO LEY 25868, Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.



pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste al particular de formular una denuncia e iniciar un procedimiento de parte ante dicha Comisión.

97. Y si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición legal que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar (v.g. leyes del parlamento, decretos legislativos, decretos de urgencia), la función que debe asumir la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte o recomiende a las autoridades legislativas o administrativas que adopten las medidas para remover las barreras legales y promover así la leal competencia. Esta atribución se denomina "abogacía de la competencia" o "promoción de la competencia", y se encuentra recogida en el artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044<sup>37</sup>.

98. Cabe precisar que si la barrera legal no puede ser eliminada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, el particular tiene expedito su derecho para removerla con efectos generales vía un proceso de inconstitucionalidad<sup>38</sup> o, inclusive, conseguir su inaplicación a su caso concreto vía un amparo contra normas autoaplicativas<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 25.- La Comisión.-

(...)

25.2.- Son atribuciones de la Comisión:

(...)

g) En sus procedimientos, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia; y,

(...)

<sup>38</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 200.- Son garantías constitucionales.-

(...)

3. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

(...)

Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

<sup>39</sup> CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas.-

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.



PERU



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

99. Cabe resaltar que si las empresas privadas que participan en el mercado con la empresa o entidad estatal son vinculadas, en realidad el mercado se encuentra conformado por solo dos actores: un agente privado y uno público. En esos casos, el investigador deberá realizar un análisis como el que se describe a continuación.

Escenario 2: existe una empresa privada y una empresa estatal

100. En este caso no opera la presunción de oferta privada suficiente, dado que, a diferencia del escenario 1, no existe una disposición legal que así lo prevea. En ese sentido, la empresa o entidad estatal no asume la carga de la prueba, siendo el denunciante y el órgano instructor quienes deberán proporcionar las evidencias que permitan concluir que la actuación estatal no es subsidiaria.
101. Como primer paso se deberá analizar la situación de la oferta privada en la provisión de bienes o prestación de servicios en el mercado relevante antes identificado. Esto es, determinar si la oferta privada disponible puede cubrir la demanda de dicho bien o servicio en su totalidad.
102. En esta línea, el órgano investigador deberá evaluar si la empresa privada se encuentra en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda que eventualmente libere la empresa estatal. La metodología para demostrar que la empresa privada cuenta con las condiciones necesarias para ampliar su capacidad instalada y cubrir la demanda liberada por la estatal deberá seguir los lineamientos ya explicados en el Escenario 1.
103. Si luego de aplicar esta metodología el órgano instructor concluye que la oferta privada actualmente no puede cubrir la demanda liberada por la empresa estatal, el investigador procederá a analizar las barreras de acceso al mercado relevante para definir la posibilidad de competencia privada potencial. En este sentido, como en el escenario anterior, se deberán evaluar las barreras a la entrada de la industria, puesto que son pieza clave para medir el grado de competencia a futuro.
104. De no existir barreras significativas, se concluirá que la empresa estatal no cumple un rol subsidiario en tanto existan empresas que podrían ingresar al mercado en el corto plazo. De observar que existen barreras significativas en el mercado, el investigador concluirá que la presencia estatal en el mercado investigado es subsidiaria.
105. En caso que las barreras identificadas sean de fuente legal se cuenta con dos opciones, conforme se explicó en el apartado anterior (*Escenario 1*). Si la

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.

27/40

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prasa 138, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 1800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

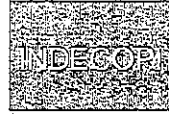
RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

barrera legal está contenida en un instrumento que puede ser analizado y removido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se deberá derivar el caso a dicho órgano funcional a fin de que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. En cambio, si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición legal que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal debe ejercer la atribución denominada de "abogacía de la competencia"; sin perjuicio de que el particular pueda activar otros mecanismos legales a través de los cuales se puede lograr la remoción de la barrera.

Escenario 3: solo existe una empresa estatal en el mercado

106. En este escenario es claro que no existe oferta privada disponible en la actualidad que abastezca la demanda del mercado, por lo que realizar un análisis de las barreras a la entrada es absolutamente relevante debido a que el objetivo en este escenario es evaluar si existe la posibilidad de que el sector privado pueda proveer el bien o servicio bajo las mismas condiciones en que lo hace la empresa estatal actualmente.
107. De esta manera, si una vez analizado el mercado relevante se determina que no existen barreras a la entrada significativas que expliquen la ausencia actual de agentes privados, el motivo más plausible es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado pese a poder hacerlo, por lo que se concluirá que la empresa estatal cumple un rol subsidiario.
108. Es preciso anotar que este escenario es diferente a los planteados en los dos apartados anteriores. En los escenarios 1 y 2 la sola participación de algún agente privado que concurre con la empresa pública evidencia que la actividad es rentable para los privados y, por tanto, las bajas barreras a la entrada permitirían el ingreso de nuevas empresas que puedan absorber en su conjunto la totalidad de la demanda, determinando así que la actuación empresarial estatal sea no subsidiaria.
109. En cambio, en el escenario 3, la ausencia de participación de agentes privados pese a no existir barreras a la entrada significativas, evidencia que al menos en el corto plazo el mercado no resulta atractivo ni rentable para los particulares, con lo cual la empresa o entidad pública cumplen un rol importante, al satisfacer una demanda que de otra manera se vería desatendida.
110. Por otro lado, si se determina que existen barreras significativas, el investigador procederá a definir si la propia existencia de la empresa o



entidad estatal en el mercado es la que desincentiva la entrada de competidores privados. Esto es, si la sola presencia del Estado es disuasiva debido a su alta capacidad de respuesta inmediata frente al ingreso de un nuevo competidor. Por ejemplo, frente a una amenaza de entrada de una empresa privada en el mercado, la entidad estatal puede llevar a cabo una estrategia de reducción de precios –a través de un mecanismo de subsidios– que atentaría contra la rentabilidad de la posible firma privada entrante, con lo cual su ingreso al mercado se ve finalmente disuadido.

111. En tanto se determine que la presencia de la empresa estatal es la barrera que disuade a una empresa privada ingresar al mercado a competir, se concluye que la actividad estatal en dicho mercado no es subsidiaria. En esos casos, se deberá remover la empresa pública, pues su sola existencia impide que los potenciales ofertantes privados accedan a dicho segmento.

112. Caso contrario, el investigador concluirá que actualmente y mientras la barrera no sea removida, la empresa o entidad estatal cumple con desarrollar un rol empresarial subsidiario. Así pues, tal como se explicó en el escenario 1, si existen altas barreras legales y éstas se encuentran contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas puede analizar, esta última se encuentra en la potestad de remover dichas barreras. Sin embargo, si la barrera que impide el acceso al mercado no se encuentra contemplada en una disposición legal que el órgano antes mencionado se encuentra facultado a eliminar, la función que debe asumir la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte a las autoridades pertinentes que adopten las medidas para remover dichas barreras y promover así la leal competencia.

113. En conclusión, si es que no existe la posibilidad de que el bien o servicio sea provisto por un privado, la actividad empresarial desarrollada por el Estado cumple un rol subsidiario que habilita su participación en el mercado, siempre y cuando cumpla con el requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que se analizará a continuación.

#### III.1.2.4 La actividad empresarial debe responder a un alto interés público o a una manifiesta conveniencia nacional

114. El tercer requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución es el objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional que debe sustentar la autorización para que el Estado desarrolle actividad empresarial.

115. Tanto el “interés público” como la “conveniencia nacional” son conceptos jurídicos indeterminados que no han sido definidos por la Constitución<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> En la Sentencia del 5 de julio de 2004, correspondiente al Expediente 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional



PERÚ

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

Como bien señala el profesor Rubio, ambas categorías no tienen significado específico en el Derecho Constitucional, pero por su formulación altisonante claramente evidencian la intención de que sólo en casos muy excepcionales, en los cuales probadamente se proporcione un bien público que tenga beneficiarios indeterminados, se deberá autorizar la existencia de actividad empresarial del Estado<sup>41</sup>.

116. La necesidad de que la actividad satisfaga un interés relevante para la comunidad busca evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias. La finalidad es que el Estado concentre su actividad en la ejecución de las funciones que le son inherentes, como por ejemplo las relacionadas a los sectores de defensa nacional y justicia, o en aquellas de corte económico cuyo cumplimiento resulta trascendente por satisfacer una necesidad asistencial.
117. El Congreso de la República es el único ente legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el órgano que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede —a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas del parlamento para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad— lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad.
118. Además, la autoridad de competencia es un órgano con potestades para evaluar el leal desenvolvimiento de los agentes en el mercado, esto es, la corrección con que las unidades económicas concurren. La delimitación de interés público y conveniencia nacional importa una evaluación que va mucho más allá de dicho análisis: determinar el interés público y conveniencia nacional no se corresponde con una evaluación del impacto sobre la eficiencia y funcionamiento de los mercados, propio de la autoridad de la competencia; sino que incorpora otros factores, de índole geopolítico, de diseño de políticas públicas, etcétera.
119. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial.

---

reconoció que el concepto de interés público es "aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad", refiriendo a continuación que "es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo."

<sup>41</sup> Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 236.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

120. Por ello, cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito. No obstante, **cuando del texto de la ley que autoriza el desempeño de la actividad empresarial no se advierta la referencia a la justificación de interés público o conveniencia nacional, se verificará el incumplimiento** del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución.

### III.2 Aplicación al caso concreto

#### III.2.1 El "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" es actividad empresarial

121. La apelación del Hospital Cayetano Heredia ha girado en torno a un único argumento: el servicio de salud que brinda bajo tarifario diferenciado no califica como actividad empresarial, por lo que no se encuentra obligado a observar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución. Según el Hospital Cayetano Heredia, dichas prestaciones se realizan con la finalidad de dar cumplimiento a los fines sociales de mejora de la salud que tiene encomendados y no con el objeto de ofertar el servicio bajo un ánimo de lucro, que es, a criterio de la entidad denunciada, el elemento que define que una actuación sea empresarial.

122. Según se ha desarrollado ampliamente en el apartado correspondiente del marco teórico, esta Sala considera que si el servicio prestado es de naturaleza asistencial, no debe ser evaluado como actividad empresarial sujeta al cumplimiento del mandato de subsidiariedad.

123. La protección de la salud es una condición indispensable del desarrollo y bienestar humano. Es por ello que, de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución, el Estado tiene el deber de prestar atención médica que garantice a la población el acceso a niveles mínimos de salud; lo cual no es otra cosa que la consagración en el rubro de salud de la cláusula asistencial, conforme a la cual se debe procurar a los ciudadanos más necesitados servicios básicos bajo el rasgo de continuidad y universalidad.

124. Pero el hecho que el Estado brinde el servicio de salud, no convierte automáticamente a la prestación en asistencial. En efecto, si al analizarse las características del servicio brindado se aprecia que a través de él el Estado no garantiza el acceso universal a la población de más bajos recursos sino que atiende un segmento diferente que sí cuenta con recursos, cobrándole un precio más alto que le permita obtener una ganancia, entonces la actividad de salud desarrollada será empresarial.

125. Ahora bien, para determinar si el denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" brindado por el Hospital Cayetano Heredia constituye



una actividad de tipo empresarial o califica como una prestación de salud asistencial, resulta indispensable describir previamente en qué consiste este servicio.

126. De acuerdo con la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, norma que aprobó la directiva para el funcionamiento de "Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", esta actividad consiste en el conjunto de prestaciones que, si bien se denominan asistenciales, son brindadas por los hospitales e institutos especializados de la red del Ministerio de Salud cobrando un monto diferenciado. Los usuarios, tanto quienes no tienen póliza contratada como los asegurados que tienen a la "clínica diferenciada" del Hospital Cayetano Heredia como centro de salud dentro de la cobertura de su póliza, pueden acceder a él con libertad de elección.<sup>42</sup>
127. En cuanto a su organización, los "Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" recurren para la prestación del servicio al personal de profesionales y no profesionales de la salud que labora, en calidad de nombrado o contratado, en los hospitales o institutos especializados. La atención es brindada con el instrumental médico y en las mismas instalaciones de los centros de salud durante las veinticuatro (24) horas del día, salvo que se requiera la atención de consulta externa o se programe un servicio médico – quirúrgico, los cuales solo pueden ser brindados después de las 14:00 horas.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 586-2006-MINSA. ANEXO (DIRECTIVA 092-MINSA/DGSP-V.01)  
V.- DISPOSICIONES GENERALES. DEFINICIONES.-

(...)

**Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado.-** El conjunto de prestaciones asistenciales brindadas en virtud de un tarifario diferenciado, por los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, autorizados para tal efecto, en el marco de las prestaciones que regularmente ofertan y a las cuales los usuarios acceden con libertad de elección.

(...)

VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-

6.6. GESTIÓN

(...)

**6.6.5. Contratos con Aseguradoras: EsSalud, SOAT, EPS, Privadas, otras.-** Se deberán firmar contratos específicos que detallen el tipo de póliza a ser atendida, las tarifas, obligaciones de las partes, procedimiento de auditoría de expedientes, plazos para la solución de observaciones y procedimiento para la solución de controversias.

<sup>43</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 586-2006-MINSA. ANEXO (DIRECTIVA 092-MINSA/DGSP-V.01)  
VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-

6.4. DEL PERSONAL DE "EL SERVICIO"

**Profesionales de la Salud.-** Deberán cumplir con los siguientes requisitos:

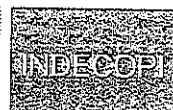
- Ser nombrados o tener relación contractual con el establecimiento de salud.

(...)

**Personal No Profesional de la Salud.-** Deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser nombrados o tener relación contractual con el establecimiento de salud

**6.5. HORARIO DE ATENCIÓN.-** "El Servicio" será brindado durante las veinticuatro (24) horas del día, salvo la atención de consulta externa y servicios médico-quirúrgicos programados, los cuales deberán ser ofertados a partir de las 14:00 horas. En cualquier caso, el personal que realiza la atención, deberá prestarla en un horario distinto al de su labor asistencial.



128. Asimismo, los ingresos que se cobren en aplicación del tarifario diferenciado constituirán recursos directamente recaudados para el hospital o instituto especializado, el cual administrará estos montos de acuerdo a la Ley del Presupuesto del Sector Público, con la única restricción de que el 30% del monto que corresponde al pago de honorarios de los profesionales y no profesionales de la salud debe ser destinado a la ampliación o cobertura de servicios de salud de la población más desprotegida, así como al mejoramiento de la infraestructura, mantenimiento y re-equipamiento de los establecimientos.<sup>44</sup>
129. En otras palabras, el valor cobrado por brindar el servicio se encuentra destinado no solo a cubrir el costo que irroga el desarrollo de la actividad, sino que es un monto mayor que permite obtener beneficios económicos. De lo contrario, los ingresos no podrían ser destinados –como sucede al menos en un rango del 30%– a cubrir aspectos adicionales a la prestación misma de la actividad, tales como mejorar la infraestructura de los centros médicos y subsidiar las verdaderas prestaciones sociales que requieren los pacientes de menores recursos para con quienes el Estado tiene una obligación legal de prestar salud asistencial.
130. No solo la descripción normativa del régimen general del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” permite comprender la operatividad de este servicio como uno de naturaleza empresarial y no asistencial. En efecto, el acta levantada el 30 de octubre de 2008 por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI recoge las declaraciones del señor José Zapata Mena, Director Ejecutivo de la Oficina de Administración del nosocomio.<sup>45</sup> Entre otros aspectos, el referido representante del hospital mencionó que las atenciones médicas eran brindadas tanto en un ambiente diferenciado<sup>46</sup> como

<sup>44</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 586-2006-MINSA. ANEXO (DIRECTIVA 092-MINSA/DGSP-V.01)  
VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-

6.6. GESTIÓN

(...)

6.6.8. De los ingresos.- El establecimiento de salud elaborará un presupuesto que comprende tanto los servicios tarifados del establecimiento como el 30% por ciento [sic] del monto total de los honorarios que correspondieren tanto a los profesionales de la salud como al personal no profesional de la salud.

Los usuarios, previa aprobación del presupuesto, cancelarán el monto total del mismo, en forma directa o por tercero, a través de la Oficina de Administración (Caja Única) o la que haga sus veces.

Los ingresos del establecimiento de salud conforme a los párrafos precedentes, constituyen Recursos Directamente Recaudados.

6.8. DESTINO DE LOS INGRESOS.- El destino y uso de los ingresos deberá efectuarse de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias, asegurando el cumplimiento de los objetivos de “El Servicio”.

El 30% del monto total de los honorarios a que se refiere el numeral 6.6.8 será destinado a la ampliación o cobertura de servicios de salud de la población más desprotegida, financiando parte del costo que demande su atención; así como al mejoramiento de la infraestructura, mantenimiento y re-equipamiento de dichos establecimientos.

(Texto según modificación aprobada por Resolución Ministerial 151-2007-MINSA del 16 de febrero de 2007)

<sup>45</sup> Ver a fojas 21 a 23 del expediente.

<sup>46</sup> Según las declaraciones del representante de la entidad denunciada, el servicio de clínicas se brindaba en un área especialmente acondicionada ubicada en el tercer piso, cerca del área de traumatología del hospital.



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

en ambientes comunes dentro de la misma infraestructura (sala de operaciones, consultorios, sala de procedimientos y servicios intermedios). Todo ello, utilizando el mismo personal médico y equipo instrumental que se usa para atender a los pacientes asistenciales regulares, pero cobrando un monto diferenciado mayor<sup>47</sup>.

131. Lo señalado en la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, así como lo constatado por el personal del Área de Fiscalización, confirman que el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" es una prestación de atención médica que el Hospital Cayetano Heredia brinda a quienes pagan un monto diferenciado superior al cobrado a los pacientes regulares, y que permite obtener algún tipo de rentabilidad.
132. Asimismo, y a diferencia de lo sostenido en su apelación, la actividad desarrollada por el Hospital Cayetano Heredia a través del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no es de carácter asistencial. Esto es así pues el Hospital Cayetano Heredia lo que hace a través del referido servicio es organizar los medios de producción bajo su titularidad (infraestructura, personal e instrumental quirúrgico) para brindar a favor de pacientes de mayores recursos una prestación de salud distinta a la asistencial a cambio de una contraprestación diferenciada, lo cual no guarda relación con el desempeño de una función social o asistencial a la cual se encuentre obligado el Estado.
133. Esta interpretación encuentra respaldo en lo señalado por la SUNAT con ocasión de la elaboración de una opinión técnica vinculada al "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", contenida en el Oficio 153-2007-SUNAT/200000<sup>48</sup>. En dicha oportunidad, la autoridad tributaria consideró que dicho servicio prestado por los hospitales e institutos especializados de la red del Ministerio de Salud "no tiene tampoco naturaleza tributaria, puesto que no cumple con los requisitos establecidos para ser considerado como tal", de manera que los pagos que por este servicio se realicen no se efectúan a título de tasa.
134. Esta conclusión es muy relevante, puesto que al determinarse que la contraprestación pagada por el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no es una tasa, y siendo que las tasas son los tributos que se exigen por la prestación de servicios estatales, ergo, la actividad desarrollada no responde al ejercicio de una función asistencial a la cual el Estado se encuentre obligado; siendo que la tarifa diferenciada cobrada a la ciudadanía por acceder al servicio constituye un precio público, concepto que conforme a

<sup>47</sup> El sentido de las declaraciones fue luego reafirmado en el Oficio 2871-2008-DG-OEA447/HCH remitido a la Secretaría Técnica de la Comisión por el Director General del hospital (fojas 24 y 25 del expediente).

<sup>48</sup> Cuya copia obra a fojas 120 a 122 del expediente.



los considerandos del Decreto Supremo 088-2001-PCM, es todo aquel valor cobrado que tiene por origen *“las actividades comerciales realizadas directamente por las Entidades del Sector Público”*<sup>49</sup>.

135. La Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas ha ratificado la opinión de la SUNAT, pues con ocasión del Informe 165-2006-EF/66.01<sup>50</sup>, ha manifestado que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” no constituye la expresión de una función cuya prestación pueda estar sujeta al cobro de una tasa, como sí lo sería de brindarse una prestación asistencial a la cual esté obligado el Estado por interés público.

136. En efecto, el mencionado documento, refiriéndose a la supuesta naturaleza asistencial del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”, agrega expresamente que *“(…) en el caso de las clínicas, los servicios que se prestan estarían orientados a pacientes que, dada su mejor situación económica, desean una atención particular ofrecida por profesionales que trabajan al servicio del Ministerio de Salud; por lo cual, no constituyen una actividad relacionada con el interés público puesto que solo está dirigida a un segmento de la población”*.

137. En otras palabras, la mencionada dirección del Ministerio de Economía y Finanzas se ha pronunciado en sentido completamente opuesto al alegado por la entidad estatal denunciada, calificando al “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” como una actividad que no cumple con la calificación de asistencial, al no estar diseñada para satisfacer el acceso a una prestación de salud mínima bajo el rasgo de universalidad<sup>51</sup>.

138. Por consiguiente, es relevante precisar que el propio modelo de operación del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” del Hospital Cayetano

<sup>49</sup> DECRETO SUPREMO 088-2001-PCM. CONSIDERANDO

(…)

Que, con ocasión de la prestación de servicios a la ciudadanía, el Estado cobra tasas o precios:

(…)

Que, los “precios” que cobra el Estado a la ciudadanía tienen su origen en la prestación de servicios realizada por las Empresas de propiedad del Estado organizadas bajo alguna de las formas recogidas en la Ley General de Sociedades, o en las actividades comerciales realizadas directamente por las Entidades del Sector Público;

(…)

<sup>50</sup> Al cual se hace expresa referencia en los fundamentos del Oficio 153-2007-SUNAT/200000.

<sup>51</sup> El rasgo universal que debe tener una prestación de salud asistencial se encuentra sustentado en la naturaleza de derecho fundamental de acceso equitativo con el cual se refieren a la salud los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú:

*“Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. (subrayado agregado)”*

*Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. (subrayado agregado)”*



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

Heredia demuestra que esta actividad no cubre una necesidad asistencial universal, al no ser una prestación destinada a dar un mínimo de salud a toda la colectividad, siendo tan solo una actividad diferenciada dirigida a un grupo de usuarios de mayor poder adquisitivo que los pacientes regulares, y por la cual el Hospital Cayetano Heredia cobra un precio que es mayor al costo.

139. Asimismo, cabe señalar que la ausencia de fin de lucro que alega el Hospital Cayetano Heredia no es un elemento que determine que la actividad tenga o no matiz empresarial. Como se ha desarrollado ampliamente en el apartado III.1.2.1 del marco teórico, no es necesario que la gestión esté diseñada para obtener algún tipo de rentabilidad en términos económicos, pues, por regla general, la actividad económica desarrollada por una entidad estatal conserva un objetivo que no se agota en un fin de mera rentabilidad, sino que expresa también fines político – sociales.
140. El fin de lucro no puede ser el dato relevante. Una asociación civil efectúa actividad empresarial cuando vende alimentos, edita publicaciones, organiza seminarios, en suma, cuando ofrece bienes y servicios en el mercado. Concluir que la actividad de la asociación no es empresarial por el solo hecho que su objeto social no expresa un fin de lucro ni se reparten dividendos entre los asociados sería una visión estrecha, que prácticamente excluiría casi toda la actividad estatal empresarial, bajo la justificación que a través de ella no se busca productividad económica sino objetivos de otra índole.
141. El hecho que parte de la recaudación derivada de las prestaciones de salud diferenciadas que brinda el Hospital Cayetano Heredia se destine a fines de ampliación de la cobertura de los servicios de salud para la población de menores recursos (pacientes regulares), no significa que dicha actividad deje de ser empresarial. Si el Estado decide constituir una cadena de restaurantes o de tiendas por departamento, evidentemente realiza actividad empresarial, por más que destine el íntegro de los recursos obtenidos al presupuesto de educación o seguridad social.
142. Por ello, los objetivos no lucrativos que procure el Hospital Cayetano Heredia a través de la prestación del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” no excluyen a dicho hospital de su papel como agente proveedor que participa en el mercado prestando atención en diversas especialidades de salud.
143. Finalmente, en su apelación el Hospital Cayetano Heredia ha señalado que de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente 07644-2006-PA/TC se desprendería que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” no supone el ejercicio de una actividad empresarial.



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

144. El mencionado pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el cual se declaró que la cesión de la infraestructura deportiva (espacios publicitarios) del Estadio Nacional al Instituto Peruano del Deporte constituía únicamente el ejercicio de función pública, acusa evidentes diferencias con el caso de la actividad de prestación de servicios desarrollada por el Hospital Cayetano Heredia.
145. En efecto, en el caso del Instituto Peruano del Deporte, el Tribunal Constitucional únicamente hizo un deslinde señalando que dicho instituto no era una empresa pública. Esto se muestra claramente cuando el tribunal refiere que el Instituto Peruano del Deporte "*constituye un organismo público descentralizado con rango ministerial (...), de modo que no constituye una empresa pública*".
146. Así, el Tribunal, a diferencia de lo sostenido por el Hospital Cayetano Heredia en su errada interpretación, no efectuó un desarrollo en su fallo en el que explique si es que las entidades estatales también pueden llevar a cabo actividad empresarial y en qué consistiría ésta. Únicamente se limitó a decir que el Instituto Peruano del Deporte no era una empresa pública de las que se encuentran bajo el ámbito de FONAFE, por lo que no se puede extraer conclusión general alguna que sea aplicable al análisis de la actividad desarrollada por la denunciada.
147. De otro lado, el Tribunal Constitucional señaló en su fallo que la actividad cuestionada del Instituto Peruano del Deporte en realidad era la concreción de una función de *ius imperium* contenida en el derogado artículo 8.18 de la Ley 28036 –Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, consistente en "*autorizar y regular la cesión en uso de los bienes y la concesión de la infraestructura deportiva*"<sup>52</sup>.
148. Como se ha explicado ampliamente, la potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir, expresión de una potestad pública que solo puede ser ejercida por el Estado, en calidad de titular del bien de dominio estatal. Esto claramente dista mucho de la prestación de un servicio no asistencial en diversas especialidades de salud de alta complejidad con características de clínica privada, que puede ser brindado también por cualquier particular que se lo proponga, en tanto se adecue al marco jurídico.
149. De tal manera, se aprecia que el Hospital Cayetano Heredia ha interpretado erradamente la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, pues del análisis de dicho pronunciamiento no se extrae alguna razón que permita

52

De acuerdo con la vigente modificatoria aprobada por la Ley 29544 –Ley que modifica artículos de la Ley 28036, esta misma potestad se encuentra contemplada ahora en el artículo 8.22, el cual señala que una de las funciones del IPD es: "*Autorizar, regular y fiscalizar la cesión en uso de los bienes y la concesión de su infraestructura deportiva en el ámbito nacional*"

37/40

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 138, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 1800 / Fax: 224 0348

E-mail: [postmaster@indecopi.gob.pe](mailto:postmaster@indecopi.gob.pe) / Web: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

caracterizar al "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" como una prestación de corte no empresarial.

150. En atención a lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos expuestos por el Hospital Cayetano Heredia.

III.2.2 El "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" y el cumplimiento del requisito de autorización por "ley expresa"

151. La Comisión señaló que el cumplimiento del requisito de "ley expresa" contenido en el artículo 60 de la Constitución se limitaba a verificar la existencia de una norma de rango legal que autorice la prestación del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado". En ese sentido, la primera instancia consideró que la referida actividad se encontraba autorizada por la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, dispositivo que al no tener rango de ley, conllevaba el incumplimiento del mandato constitucional.

152. En primer lugar, esta Sala considera que el requisito de ley expresa no se cumple con la emisión de una autorización contenida en un dispositivo de rango legal. Por el contrario, como se ha explicado en el apartado III.1.2.2, el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 60 de la carta fundamental supone, de un lado, la emisión de una ley del Congreso de la República y, de otro lado, que se verifique una estricta coincidencia entre la actividad habilitada y la actividad desarrollada, la cual no puede extenderse a segmentos o actividades complementarias no necesarias para el desarrollo de la prestación autorizada.

153. Hecha esta salvedad, corresponde analizar si la actividad desarrollada por el Hospital Cayetano Heredia cumple con este requisito formal.

154. La Comisión consideró que la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA era la autorización del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" realizado por los hospitales adscritos a la red del Ministerio de Salud. Sin embargo, tras una revisión de la referida norma, esta Sala aprecia que ésta únicamente establece las condiciones generales de organización, funcionamiento e implementación que deben seguir los servicios, mas no contiene una autorización por la cual se habilite al desarrollo de la actividad<sup>53</sup>.

<sup>53</sup>

La Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, en su apartado 6.2., ha fijado el procedimiento de autorización y renovación que se debe seguir para desarrollar el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", señalando para el caso de los institutos especializados que dicha autorización debe ser aprobada por Resolución Directoral de la Dirección General de Salud de las Personas.

Cabe señalar que dicho procedimiento de autorización que culmina en la expedición de una Resolución Directoral no se identifica con la habilitación legal que permite desarrollar la actividad. En efecto, el valor de la Resolución Directoral únicamente muestra la conformidad para que se brinde el servicio legalmente permitido en cada establecimiento de salud que lo solicite. En buena cuenta, la Resolución Directoral puede ser comparada con una licencia de funcionamiento, pues, al igual que dicho título habilitante administrativo, solo muestra conformidad para el desarrollo de una actividad económica permitida por el ordenamiento.



155. En efecto, la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA hace las veces de una directiva que regula los distintos aspectos del funcionamiento del servicio, tales como horario de atención, manejo contable, proceso de facturación, proceso de aprobación del tarifario, destino de los ingresos, entre otros. El texto de la mencionada norma no señala en artículo alguno que a partir de su dación queda autorizada la prestación del servicio de salud diferenciado, por lo que no cabe considerar –como sostuvo la Comisión– que dicho dispositivo de rango no legal es la norma habilitante del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”.
156. Sin perjuicio de lo señalado cabe precisar que, a diferencia de los Institutos Especializados adscritos al Ministerio de Salud, la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud<sup>54</sup>– no ha previsto una referencia expresa a la posibilidad de que los hospitales nacionales puedan desarrollar el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”. Tal es así que, para respaldar el desarrollo de dicha actividad, el Hospital Cayetano Heredia ha indicado a lo largo del procedimiento que los servicios médicos que brinda bajo tarifario diferenciado a pacientes de mayores recursos se encuentran habilitados por el Decreto Supremo 023-2005-SA –Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud– y demás disposiciones sectoriales relacionadas.
157. Según se ha desarrollado ampliamente en el apartado correspondiente, para que se cumpla con el requisito de “ley expresa”, debe existir una ley del Congreso que, de manera clara y patente, habilite a la entidad estatal a producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. La norma que invoca el Hospital Cayetano Heredia así como otras disposiciones sectoriales de rango reglamentario asociadas<sup>55</sup> no son leyes del parlamento y, por consiguiente, no pueden habilitar al hospital denunciado a realizar actividad empresarial conforme lo exige la Constitución.
158. En consecuencia, esta Sala aprecia que el denominado “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” prestado por el Hospital Cayetano Heredia no cumple con el requisito de “ley expresa” previsto en el artículo 60 de la Constitución. En tal sentido, corresponde confirmar, bajo otros fundamentos, el pronunciamiento de la Comisión que declaró fundada la denuncia interpuesta contra el Hospital Cayetano Heredia por el desarrollo de actividad empresarial no subsidiaria.

<sup>54</sup> LEY 27657, Artículo 30.- De los Institutos Especializados.- Los Institutos Especializados.-  
(...)

d) Desarrollan servicios especializados de salud, específicamente para investigar, aplicar, publicitar, capacitar y difundir los conocimientos de su área científica y tecnológica.

<sup>55</sup> Nos referimos a la Resolución Ministerial 216-2007/MINSA –Reglamento de Organización y Funciones del Hospital Nacional Cayetano Heredia– y al Decreto Supremo 013-2006-SA –Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo.



PERÚ

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

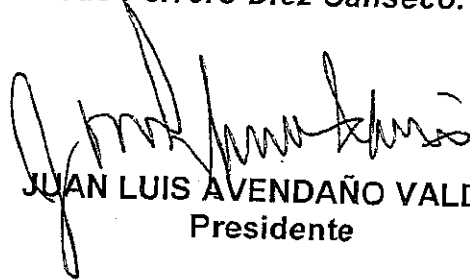
RESOLUCIÓN 2549-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2008/CCD

#### IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

Confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 112-2009/CCD-INDECOPI del 22 de julio de 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal.

*Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Díez Canseco.*



JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ  
Presidente