

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURIDICA, N° 169-2008/CCD, E-2142, "CLÍNICA
SANTA TERESA S.A. CONTRA HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA"

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Alejandro Rafael Cruz Merino

REVISOR :
Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Moscol Salinas Alejandro Martín**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURIDICA, N° 169-2008/CCD, E-2142, "CLÍNICA SANTA TERESA S.A. CONTRA HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA"

del/de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

Alejandro Rafael, Cruz Merino

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **33%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **28/4/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 20 de junio de 2025**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Moscol Salinas, Alejandro Martín	
DNI: 09855438	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1125-3065	

RESUMEN

Según la Constitución Política de 1993, el Perú opera conforme al régimen de economía social de mercado, modelo económico bajo el cual priman las libertades individuales tales como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, así como el principio de subsidiariedad, garantía que limita la intervención de la Administración Pública en el mercado como competidor. Así, ante la realización de actividad empresarial estatal, el Indecopi es la entidad competente para fiscalizar dicha actividad puesto que, a través de esta, se puede incurrir en actos de competencia desleal si no se ha ejecutado conforme a las exigencias del artículo 60 de la Constitución.

En tal sentido, el presente Informe tiene la finalidad de analizar si, en el contexto del Expediente N° 169-2008/CCD, el servicio de salud bajo tarifario diferenciado provisto por el Hospital Nacional Cayetano Heredia se trata de una actividad empresarial y si se realizó conforme a las disposiciones constitucionales. Dicho procedimiento resulta relevante pues trae a colación el debate sobre el rol subsidiario del Estado en la economía, más aún cuando se trata de una prestación de servicios de salud, actividad habitualmente asistencial.

Para ello, se evalúan los hechos relevantes, las condiciones del servicio brindado por la imputada, la normativa aplicable, la metodología empleada por el Indecopi para la resolución de dichas controversias y como puede resultar insuficiente para el análisis de prestaciones consideradas como asistenciales a primera vista, todo ello a través de un análisis multidisciplinario de diversas ramas jurídicas.

Así, concluimos que la participación estatal en el mercado supone una lesión a las libertades individuales protegidas por la Constitución, por lo que debe ser permitida únicamente bajo supuestos excepcionales. No obstante, la prestación de salud efectuada por el Hospital bajo un tarifario diferenciado incumple con los requisitos constitucionales establecidos por lo que deviene en ilícita.

Palabras clave

Actividad empresarial estatal - Competencia desleal - Principio de subsidiariedad

ABSTRACT

According to the Political Constitution of 1993, Peru operates under the social market economy regime, an economic model under which individual freedoms such as free private initiative and freedom of enterprise prevail, as well as the principle of subsidiarity, a guarantee that limits the intervention of the Public Administration in the market as a competitor. Thus, when carrying out state business activity, Indecopi is the competent entity to supervise such activity since, through it, acts of unfair competition may be incurred if it has not been carried out in accordance with the requirements of Article 60 of the Constitution.

In this regard, the purpose of this Report is to analyze whether, in the context of Case No. 169-2008/CCD, the health service provided by the Cayetano Heredia Hospital under a differentiated tariff is a business activity and whether it was carried out in accordance with constitutional provisions. This procedure is relevant because it brings up the debate on the subsidiary role of the State in the economy, even more so when it comes to the provision of health services, which is usually an assistance activity.

For this purpose, we evaluate the relevant facts, the conditions of the service provided by the defendant, the applicable regulations, the methodology used by Indecopi for the resolution of such disputes and how it may be insufficient for the analysis of benefits considered as assistance at first sight, all this through a multidisciplinary analysis of various legal branches.

Thus, we conclude that state participation in the market is a violation of individual freedoms protected by the Constitution and should therefore be allowed only under exceptional circumstances. However, the provision of health care by the Hospital under a differentiated tariff does not comply with the established constitutional requirements and is therefore unlawful.

Key words:

State business activity - Unfair competition - Principle of subsidiarity

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN:	5
II.	ESTRUCTURA	5
III.	HECHOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO	6
i.	Denuncia de la Clínica Santa Teresa	6
ii.	Actuaciones encargadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi	7
iii.	Resolución de admisión a trámite e imputación de cargos	9
iv.	Descargos del Hospital Cayetano Heredia	9
v.	Escritos adicionales presentados por las partes	11
vi.	Resolución de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal	13
vii.	Argumentos esbozados en el recurso de apelación del Hospital y absolución de la Clínica Santa Teresa	14
viii.	Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1	15
IV.	DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	18
V.	MARCO TEÓRICO APLICABLE	18
i.	Constitución Política de 1993	18
a.	Sobre la economía social de mercado como régimen económico	19
b.	Sobre el derecho a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa	20
c.	Sobre el principio de subsidiariedad	21
ii.	Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal	23
a.	Sobre los actos de competencia desleal y su ámbito de aplicación	23
b.	Sobre la buena fe empresarial y la cláusula general	24
c.	Sobre la infracción por violación de normas	25
d.	Metodología empleada por el Indecopi para determinar la licitud de la actividad empresarial estatal conforme al artículo 14.3	25
VI.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	28
	Cuestión previa: ¿La LRCO es aplicable al servicio de salud bajo tarifario diferenciado?	28
i.	Primer problema jurídico: ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado que brinda el Hospital es una actividad empresarial?	29
a.	¿En qué consiste el servicio de salud bajo tarifario diferenciado?	29
b.	¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado es una actividad realizada en ejercicio del <i>ius imperium</i> ?	30
c.	¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado es una prestación de carácter asistencial o social?	31
d.	¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado es una actividad empresarial?	34
e.	Conclusiones del primer problema jurídico	35
ii.	Segundo problema jurídico: ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado ha sido autorizado por ley expresa?	35
a.	¿Qué implica el término "ley expresa" en la norma?	35

b.	Según el criterio de los órganos resolutivos ¿existe ley expresa que autorice dicha actividad?	39
c.	Conclusiones del segundo problema jurídico.....	39
VII.	CONCLUSIONES.....	40
VIII.	RECOMENDACIONES.....	42
IX.	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	44
i.	Doctrina.....	44
ii.	Jurisprudencia y Resoluciones.....	46
iii.	Normativa.....	47
X.	ANEXOS.....	48



I. INTRODUCCIÓN:

Desde que fue creado, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) es la entidad pública especializada en la resolución de controversias relacionadas al proceso económico, al mercado y a los derechos de los consumidores en distintas materias.

Así, el Indecopi tiene la función de fiscalizar el correcto proceso competitivo en el mercado aplicando las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la LRCD) y demás exigencias de la leal competencia. Se debe considerar que durante la primera década del siglo XXI se han admitido a trámite numerosas denuncias en contra diversos centros de salud estatales por supuestos que representaban actos de competencia desleal al evidenciarse que estos centros realizaban actividad empresarial, inobservando los requisitos exigidos por la máxima norma fundamental, figurando entre estos, el procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 169-2008/CCD.

Al respecto, dicho procedimiento administrativo resulta sumamente relevante pues desarrolla y evalúa la actuación del Estado en la economía y su rol como agente competidor puede suponer una transgresión a las disposiciones constitucionales que regulan el principio de subsidiariedad. En tal sentido, sabiendo que nuestro ordenamiento permite la realización excepcional de actividades empresariales por parte del Administración Pública, el análisis de los requisitos exigidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú y la evaluación de su cumplimiento es fundamental para evitar que el Estado intervenga innecesariamente en el mercado y produzca una distorsión en el proceso de competencia.

Asimismo, en el contexto del Expediente N° 169-2008/CCD, la imputada habría prestado los servicios de salud imputados paralela y diferenciadamente a las habitualmente prestadas a los ciudadanos. En tal sentido, al tratarse de una controversia en torno al servicio de salud prestado por una institución estatal, el referido expediente permite abordar a las actividades prestadas por la Administración Pública en virtud al *ius imperium* o debido a ser de carácter asistencial o social; nociones sumamente importantes en la materia discutida.

Así, a partir del análisis del referido procedimiento, surgen dudas tales como: ¿en qué situaciones el Estado está habilitado a realizar una actividad empresarial? ¿se puede llevar a cabo cualquier actividad empresarial estatal? ¿la Administración Pública compite en igualdad de condiciones que otros competidores a través de su actividad empresarial? ¿qué el Estado participe en el mercado como competidor puede ser considerado como leal?

En tal sentido, conociendo la importancia de la leal competencia y de las limitaciones al Estado para intervenir en el mercado, el presente informe pretende responder las dudas planteadas a través de un análisis de los hechos relevantes del procedimiento administrativo tramitado bajo el Expediente N° 169-2008/CCD, el análisis de la normativa y doctrina correspondientes, la recapitulación de la metodología empleada por el Indecopi para evaluar casos similares y la resolución de los problemas planteados a lo largo del presente trabajo.

II. ESTRUCTURA

Considerando ello, la estructura del presente informe es la siguiente:

- a. **Hechos relevantes del procedimiento:** se brindará un resumen del caso, enfatizando los fundamentos de las partes y las decisiones del órgano administrativo.
- b. **Delimitación de los problemas jurídicos:** se delimitan y formulan problemas de relevancia jurídica.
- c. **Marco teórico:** se analizará el régimen económico peruano, el principio de subsidiariedad, el procedimiento sancionador a cargo de los órganos resolutivos en materia de competencia desleal del Indecopi y para analizar las denuncias por competencia desleal y la violación de normas como tipo infractor.
- d. **Análisis de los problemas jurídicos:** se evaluarán los problemas planteados a partir de la denuncia, la postura de los órganos resolutivos competentes del Indecopi y la posición del autor.
- e. **Conclusiones:** se contrastará la postura de los órganos del Indecopi junto a la posición del autor.
- f. **Recomendaciones:** se plantearán algunas sugerencias acerca de los problemas observados en el respectivo procedimiento sancionador.

Habiendo indicado la estructura del presente informe, se procederá a desarrollar los referidos apartados a fin de desglosar apropiadamente los problemas jurídicos relevantes del presente caso para su correcto estudio.

III. HECHOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO

El Denunciante

La Clínica Santa Teresa (en adelante, Santa Teresa) es una persona jurídica de índole privada que se dedica a prestar servicios de salud, a negocios de compañías de seguro y a entidades prestadoras en el área de la salud, compitiendo en el mercado con otras prestadoras de salud privadas en calidad, precio e igualdad de condiciones.

El Denunciado

El Hospital Nacional Cayetano Heredia (en adelante, el Hospital o Cayetano Heredia) es un órgano de la Administración Pública adscrito al Ministerio de Salud (en adelante MINSA), creado el 5 de agosto de 1971 mediante la Resolución Ministerial N° 000137-71-SA/DS¹, con el objetivo de brindar atención hospitalaria y demás servicios de salud a la población.

i. Denuncia de la Clínica Santa Teresa

Mediante escrito de fecha 10 de octubre del 2008, Santa Teresa interpuso denuncia a Cayetano Heredia ante presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en relación al artículo

¹ Información adquirida mediante la plataforma del Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Salud – RENIPRESS de la Superintendencia Nacional de Salud.

14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal² (LRCD), toda vez que estaba ejerciendo actividad empresarial transgrediendo lo prescrito en el artículo 60 de la Constitución³.

Argumentos de la denuncia de la Clínica Santa Teresa

Según la denunciante, la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, (normativa que tiene como objeto regular el servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud), permitiría que los hospitales adscritos al MINSa presten servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y empresas prestadoras de salud como "Clínicas Privadas de los Hospitales", recurriendo a los recursos, personal e infraestructura correspondiente al Hospital, así como también la misma razón social y Registro Único de Contribuyente. En tal sentido, Cayetano Heredia habría prestado servicios diferenciados a los habitualmente prestados a la ciudadanía conforme al "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" (en adelante SBTD).

Posteriormente, Santa Teresa afirma que la referida Resolución Ministerial habría sido derogada tácitamente por el artículo 60 de la Constitución de 1993 desde su entrada en vigencia; por lo que Cayetano Heredia requeriría de una ley expresa para poder ejercer actividad empresarial mediante una clínica privada en sus instalaciones, requisito que el hospital habría incumplido.

En dicho orden de ideas, la denunciante señaló que Cayetano Heredia habría realizado actividad empresarial violando normas imperativas, lo que constituiría un claro acto que atenta contra la leal competencia en el mercado; solicitando a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (la comisión) que diligencie una inspección a las instalaciones del Hospital con el fin de acreditar la infracción. Asimismo, solicitó que se ordenara el cese de la referida conducta desleal y el pago respectivo de las costas y costos generados por el procedimiento.

ii. Actuaciones encargadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi

El 20 de octubre de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi (en adelante, la Secretaría Técnica) remitió al Área de Fiscalización del Indecopi el Memorandum N° 757-2008/CCD mediante el cual se delegaron las facultades para la realización de una inspección de oficio al hospital ubicado en la Av. Honorio Delgado S/N, urb. Ingeniería en el distrito de San Martín de Porres; para que en calidad de consumidores o, de ser el caso, en calidad de funcionarios, verifiquen lo siguiente:

² **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 14.- Actos de violación de normas

"14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

(...)

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

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 60.-

"El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

- a. Si funciona una clínica en el referido establecimiento de salud.
- b. Si en el establecimiento existe un espacio destinado únicamente para una clínica.
- c. Si existe un empleo indistinto de los servicios, infraestructura, personal y equipos en la clínica y en el establecimiento del Hospital Cayetano Heredia.
- d. Si existe una diferenciación de la tarifa en la clínica y el hospital
- e. La obtención de las declaraciones de dependientes, pacientes y profesionales respecto al funcionamiento de una clínica en el establecimiento del Hospital.

Para ello, se solicitó que se deje constancia de los hallazgos de dicha inspección a través de pruebas audiovisuales y la emisión y firma de la respectiva acta por el funcionario designado; asimismo, se indicó que, cumplan con ejercer las demás atribuciones respectivas según el artículo 2 del DL N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi⁴ (en adelante, el DL N° 807)

El 30 de octubre de 2008, el jefe del Área de Fiscalización del Indecopi, mediante Memorandum N° 1144-2008/GAF-AFI, remitió el Informe N° 249-2008-HLV/AFI a la Secretaría Técnica, el cual concluía lo siguiente:

- a. Los funcionarios del Área de Fiscalización se apersonaron en las instalaciones del Hospital Cayetano Heredia en calidad de consumidores. En tal sentido, tanto el personal de seguridad como algunas enfermeras y pacientes indicaron que no funciona ninguna clínica en dicho local. No obstante, otros miembros del personal del Hospital indicaron que la clínica que funcionaba en dichas instalaciones dejó de atender luego de la última huelga médica.
- b. Posteriormente, los fiscalizadores procedieron a identificarse como funcionarios del Indecopi ante el Dr. Luis Alberto Vergara Fernández, director ejecutivo del área de Administración del Hospital, quien manifestó que la Clínica San Cayetano funcionó en las instalaciones del Hospital hasta junio de 2007 y que, posteriormente, se brindó el servicio de salud mediante tarifario diferenciado hasta el 18 de setiembre de 2008 según la Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, funcionando bajo la misma razón social y el mismo R.U.C. que el Hospital.
- c. Asimismo, el director ejecutivo indicó que la Clínica contaba con un espacio diferenciado en el tercer piso del área de traumatología del Hospital. En tal sentido, luego de la inspección a dicha área, los fiscalizadores constataron que había un aviso que consignaba "Clínica San Cayetano", no había pacientes ni personal y que si tenían tarifas diferenciadas entre la referida clínica y el Hospital.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI FACULTADES DE LAS COMISIONES Y OFICINAS DEL INDECOPI**

Artículo 2.- "Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en vídeo.
- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren.
[...]"

- d. Finalmente, el director ejecutivo indicó que absolverían los demás requerimientos de información dentro del plazo de tres (3) días hábiles ya que la persona encargada del manejo de dicha información no se encontraba presente.
- e. Resulta importante destacar que la Secretaría Técnica no solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi que emita algún informe sobre la actividad realizada por el Hospital en ningún momento del presente procedimiento administrativo.

iii. Resolución de admisión a trámite e imputación de cargos

La Secretaría Técnica, mediante la Resolución de fecha 7 de noviembre de 2008 (en adelante, la Resolución de imputación de cargos), procedió a imputar al Hospital presuntos actos de competencia desleal por violación de normas, debido a que habría ejecutado actividades de empresa sin que se hayan cumplido los requisitos exigidos.

Asimismo, le requirió al hospital que cumpla con presentar la información y los documentos que acrediten la fecha en el que inicio el funcionamiento de una clínica privada en su establecimiento de salud y el valor en nuevos soles, y detallado año por año, desde su funcionamiento hasta la fecha de la resolución de imputación de cargos.

iv. Descargos del Hospital Cayetano Heredia

El 15 de enero de 2009, Cayetano Heredia, representada por la Procuraduría Pública presentó sus descargos conforme a lo siguiente:

- a. Respecto a la presunta violación de normas, la imputada señala que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM contempla el servicio de denominado como "clínica" y que aprobó su Reglamento regulatorio bajo las disposiciones del DL N° 351, Ley Orgánica del Sector Salud, que tenía como objetivo fundamental promover y apoyar las acciones que permitan desarrollar un alto nivel de salud posible de toda la población.

Asimismo, dicha norma fue derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N° 568-2005/MINSA, resolución mediante la cual se aprueba la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-V-01, que estableció un Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud.

- b. En tal sentido, el SBTD debe ser entendido como el conjunto de prestaciones asistenciales aplicadas bajo un tarifario diferenciado, y que ello no implicaba diferencia alguna en la calidad de los servicios.

Así, los usuarios de la red hospitalaria del MINSA, se sujetan a un tarifario bajo el cual se les cobra un determinado monto prefijado como institución a quienes puedan pagarlo para subsidiar a quien no pueden hacerlo; de tal manera que el saldo o diferencia que pudiera resultar de la operatividad se destina para cubrir las atenciones de salud que requiera la población pobre y de extrema pobreza.

- c. El 12 de noviembre de 2008 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA, a través de la cual se autoriza el funcionamiento de SBTD, rediseñando dicho servicio.

Asimismo, se dispone la plena vigencia de los alcances de la Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA que aprueba la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-V-01 hasta el 31 de diciembre de 2008; Directiva que, mediante el numeral III, se establece que su cumplimiento es obligatorio para los establecimientos de salud de categoría II y III de la Red Asistencial del MINSA para el funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado.

- d. De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1031 que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, la actividad empresarial llevada a cabo por el Estado es realizada bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (en adelante, FONAFE); entre las cuales se encuentra empresas del Estado de los sectores de electricidad, financiero (Banco de la Nación, Cofide, Mi Vivienda S.A.), hidrocarburos (Activos Mineros, Petroperú), saneamiento (Sedapal), infraestructura y transporte (Banco de Materiales, Corpac S.A., Enapu S.A., Sima Iquitos S.R.L., Sima Perú S.A.), liquidación (Banco Agrario del Perú, Banco Industrial del Perú, Banco Minero del Perú) y otras actividades (Editora Perú S.A., Enaco S.A., Serpost S.A.).

En tal sentido, puesto que la imputada no se encuentra en la lista de empresas que funcionan bajo el dicho conglomerado empresarial del Estado, esta no realizaría actividad empresarial.

- e. El artículo 60 de la Constitución estipula que el Estado tiene la posibilidad de ejercer actividades de índole empresarial cuando se evidencia un alto interés público o cuando exista conveniencia nacional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la resolución emitida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, en su fundamento N° 10, desarrolla que la actividad de esta índole en el caso del Estado muestra una acción organizada no para satisfacer únicamente un fin lucrativo para el titular, ya que este fin no siempre se presente en la oferta de bienes y servicios.

- f. En tal consideración, si bien las entidades del sector público pueden desarrollar actividad empresarial, si dicha entidad ejerce sus competencias y funciones, entonces no existe supuesto de acto desleal.

Así, si el Estado ejerce potestades administrativas, que tienen como finalidad inmediata cumplir con fines sociales y no generar oferta y demanda en el mercado, no actúan como agentes económicos ya que ejercen sus funciones correspondientes en virtud al *ius imperium* del Estado.

- g. Adicionalmente, el autofinanciamiento de recursos ejecutado por las propias instituciones de salud adscritas al MINSA ha sido regulado por las siguientes normas:

- Resolución Ministerial N° 071-90-SA/D, promulgada con la finalidad de generar un aumento en los ingresos de los centros de salud para costear el tratamiento y atención a personas indigentes.
- Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA que aprobó la Directiva para el Funcionamiento SBTD, publicándose el anexo correspondiente el 27 de junio de 2008.
- Resolución Viceministerial N° 083-2008-SA-DVM mediante la cual se conforma la comisión que revisará las observaciones planteadas respecto a la SBTD.

- h. Finalmente, con fecha 18 de setiembre de 2008, se publica la Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA la cual establece que, mediante Oficio N° 1958-2008-DM/MINSA, el MINSA solicitó la

intervención de la Contraloría General de la República para las acciones de control preventivo en los establecimientos de salud adscritos al referido ministerio y suspendió los SBTD.

Posteriormente, el 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA mediante la cual se autoriza el funcionamiento de SBTD, modificando el servicio hasta finalizar el año 2008.

v. Escritos adicionales presentados por las partes

El 13 de febrero de 2013, Santa Teresa se pronunció acerca de los argumentos expuestos por Cayetano Heredia en sus descargos⁵, precisando lo siguiente:

- a. Cayetano Heredia pretende desconocer la vigencia de la Constitución de 1993 al señalar que el cumplimiento de lo establecido en el artículo 60° antes del 26 de julio de 2008, fecha de entrada en vigencia de la LRCD, supone la aplicación retroactiva de la referida ley.
- b. Respecto a los servicios brindados por Cayetano Heredia, debe quedar claro que, conforme a la Ley del MINSA y tal como señala la imputada, es un hospital cuya misión es “brindar servicios públicos de salud pública a la comunidad...”. En efecto, dicha afirmación confirma el carácter ilícito de la actuación del Hospital al incurrir en actividades propias del sector privado.
- c. Según la imputada, que el Estado oferte bienes y servicios no implica que este participe como agente económico en un mercado determinado, siendo realizada en el ejercicio de las potestades administrativas fundado en los presuntos fines sociales que pretenderían cumplir.

Cayetano Heredia sustenta su postura en la resolución emitida por el Tribunal Constitucional (TC) en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC; específicamente, señalan que la referida resolución define que el fin de lucro, como elemento teleológico, es un elemento de suma importancia, toda vez que no todo acto que conlleve a la provisión de bienes y servicios la posee, como lo son las actividades que atienden a fines sociales de carácter altruista.

Aclarando la posición de la resolución citada por el Hospital, resulta cuestionable esgrimir su defensa en fundamentos de una resolución sin carácter vinculante. Asimismo, el propio TC, conforme a la sentencia N° 008-2003-AI/TC, ha considerado que la actividad empresarial del Estado, debe ser realizada en concordancia al principio de subsidiariedad; entendiendo así que solo podrá desempeñar este tipo de actividad supletoriamente en casos bien definidos.

Así, de acuerdo con la referida sentencia, el Estado solo podrá intervenir empresarialmente, directa o indirectamente, en ciertos supuestos y bajo ley expresa. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional señala que la facultad de autorización recae en el Congreso a fin de evitar el uso indebido de recursos públicos.

- d. Lo expuesto es lo estipulado en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, que establece los procedimientos a través del cual FONAFE autoriza la ejecución de estas actividades a cargo del Estado; asimismo, el Decreto Supremo N° 088-2001-PCM establece las disposiciones aplicables para el desarrollo de actividades comercialización de bienes y servicios llevadas a cabo por el Estado.

⁵ Escrito que obra de la foja 113 a la 120 del expediente.

De tal forma, las normas señaladas diferencian la participación del Estado en el mercado de dos maneras: cuando el Estado constituye una empresa para comercializar bienes y servicios y cuando son las propias entidades públicas las que desempeñan la actividad empresarial.

Posteriormente, el 20 de marzo de 2009, Cayetano Heredia presentó un escrito mediante el cual remite documentación referida a la fecha de inicio del funcionamiento de la clínica privada dentro de sus instalaciones y el valor de los ingresos brutos percibidos por la prestación de servicios de salud a través de la clínica privada, conforme a lo requerido previamente.

El 9 de julio de 2009, Santa Teresa presentó un escrito⁶ mediante el cual adicionaron los siguientes argumentos:

- a. En sus descargos, el Hospital señala que los servicios prestados por la clínica ubicada en sus instalaciones se encuentran autorizados por ley expresa pues entienden que la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente los autoriza para la prestación de servicios con la denominada tarifa diferenciada; no obstante, a ninguna parte de la referida norma se hace referencia expresa a la prestación de dichos servicios.

Igualmente, Cayetano Heredia respalda la presunta autorización por la Ley de Presupuesto del Sector Público mediante las resoluciones ministeriales señaladas, resoluciones que, evidentemente, no pueden ser consideradas como "ley expresa".

Por lo tanto, resulta innegable que la denunciada carece de la autorización mediante ley expresa para llevar a cabo la prestación del SBTB.

- b. Adicionalmente, el artículo 60 de la Constitución, no solo exige la existencia de ley expresa para la participación estatal en la actividad privada, sino que, además, solo puede realizarse de manera subsidiaria, implicando que el mercado objetivo al que iría destinada la oferta estatal, debe tener una demanda insatisfecha de recursos o servicios; en otras palabras, la demanda de la población debe ser mayor a la oferta privada, supuesto que no ocurre en el presente escenario.

No obstante, la Hospital pretende amparar la ilegal existencia de las tarifas diferenciadas que ofrecen a través de su clínica no como parte del deber de atender la salud pública o suplir la carencia de oferta frente a la excesiva demanda; sino, con el objetivo de procurarse ingresos propios que le permitan ampliar sus servicios, mejorar su infraestructura y equipamiento, compitiendo con precios por debajo el ofertado por otros agentes del mercado del mismo rubro de servicios.

- c. Peor aún, ofertar servicios con precios diferenciados, determinados al libre albedrío de los hospitales públicos, es una práctica discriminatoria que pretende, sin procedimiento establecido, que algunos ciudadanos supuestamente pudientes cubran los costos de ciudadanos sin recursos. Asimismo, trastoca la libre determinación del precio por la oferta y la demanda ante la inentendible oferta de servicios subsidiados para beneficio del ente estatal.
- d. En los descargos del Hospital se ha afirmado que, al no haberse constituido como una empresa estatal, no vienen realizando actividad empresarial; no obstante, ello no es cierto. Como entiende la

⁶ Escrito que obra de la foja 273 a la 277 del expediente.

Comisión, el incumplimiento de una formalidad que por ley debe cumplir Cayetano Heredia, siendo la constitución como una empresa estatal ante el FONAFE, no resulta determinante para desestimar que la denunciada venga realizando actividad empresarial.

Asimismo, la denunciada afirma que no realizan actividad empresarial toda vez que carecen de fines de lucro; sin embargo, resulta evidente que la tarifa diferenciada no es otra cosa que la oferta de servicios con precios determinados discrecionalmente por el Hospital para el cumplimiento de objetivos relacionados al mantenimiento del equipo e infraestructura del establecimiento hospitalario.

vi. Resolución de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

El 22 de julio de 2009, la Comisión emitió la Resolución N° 112-2009/CCD-INDECOPI (en adelante, la Resolución de CCD) declarando fundada la denuncia conforme a los siguiente fundamentos:

- a. El Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia emitida el 11 de noviembre de 2003 en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, se ha pronunciado acerca de la actuación subsidiaria del Estado en la economía; señalando que el principio de subsidiariedad surge como una técnica para lograr el equilibrio entre lo público y lo privado. Así, el Estado funge como garante final del interés general a través de su obligación de intervenir directamente para satisfacer la necesidad real de la sociedad.

En tal sentido, la Constitución estipula de manera concreta en su artículo 60 que solo mediante ley expresa se puede autorizar al Estado para realizar ejercer actividad empresarial, y por razones relativas al interés público o la conveniencia nacional.

Así, la Constitución, conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, alude al principio de subsidiariedad, cuyo contenido se delimita a establecer que excepcionalmente, el Estado esta facultado para intervenir, si el privado no ha cubierto o satisfecho la demanda.

Por ello, la aplicación del artículo 14.3 de la LRCD debe entenderse como el reconocimiento que hace el Estado respecto a la importancia de establecer límites al Estado en el mercado, a fin de garantizar la libertad de empresa y la iniciativa privada.

- b. A partir del análisis de los medios probatorios presentados y recabados a partir de la diligencia de inspección realizada el 30 de octubre de 2008, la Comisión apreció que Cayetano Heredia realizó actividad empresarial mediante el SBTD dentro de sus instalaciones en un ambiente acondicionado específicamente para tal acción.

En tal sentido, en aplicación del artículo 5 de la LRCD⁷, se apreciaba que el hospital estaría ejerciendo actividad empresarial, debido a que el SBTD constituía una oferta independiente a los servicios que brindaba el hospital.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 5.- Primacía de la realidad. -

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, tendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

- c. Pese a lo afirmado por Cayetano Heredia, el SBTD prestado no se encuentra amparado por las Resoluciones Ministeriales N° 568-2005/MINSA y N° 798-2008/MINSA debido a que no pueden ser consideradas como leyes expresas.

En consecuencia, se sancionó a Cayetano Heredia con una amonestación y se le ordenó, como medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicios de salud mediante tarifario diferenciado.

vii. Argumentos esbozados en el recurso de apelación del Hospital y absolución de la Clínica Santa Teresa

El 5 de agosto de 2009, el Hospital apeló la resolución, conforme a los siguientes argumentos:

- a. La Comisión ha considerado, erróneamente, que los servicios médicos brindados regularmente por el Hospital son actividad empresarial y, por lo tanto, la misma se encuentra obligada a observar las disposiciones contenidas constitucionales referidas al principio de subsidiariedad.

Ello constituye un grave error ya que dicha disposición no es aplicable al tratarse del cumplimiento de sus funciones en relación a los fines sociales perseguidos.

- b. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia N° 07644-2006-PA/TC, ha señalado la actividad empresarial tiene una finalidad lucrativa, y este fin pretende una satisfacción personal del titular de la actividad, caso contrario a las actividades realizadas por Cayetano Heredia.
- c. En consecuencia, las presuntas afectaciones a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada sostenidas por Santa Teresa deben declararse infundadas ya que no se aprecia que el Hospital venga desempeñando actividad empresarial alguna a través de los servicios que presta; considerando, entre ellos, el Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado toda vez que no existe un elemento teleológico que permita sostener el presunto fin de lucro afirmado por la denunciante.

El 12 de agosto de 2009, mediante la Resolución N° 3, la Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto por el Hospital Cayetano Heredia.

Posteriormente, el 17 de agosto de 2009, Santa Teresa presentó un escrito mediante el cual señalaron que, el 4 de agosto de 2009, el MINSA emitió la Resolución Ministerial N° 512-2009/MINSA la cual prorrogó por el plazo de seis meses el funcionamiento de los Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado, lo cual supone una contravención a la Constitución conforme a lo resuelto por la Comisión. En tal sentido, solicitaron que la Comisión ordene una medida cautelar consistente en la suspensión del servicio bajo tarifario diferenciado, dado que atenta contra las normas de la leal competencia y, ante la actitud reincidente del denunciado, consideren la modificación de la sanción en su contra a una multa.

Asimismo, el 14 de octubre de 2009, la denunciante presentó un escrito mediante el cual contestaron los argumentos postulados por la imputada en su recurso de apelación, conforme los siguientes puntos:

- a. El Hospital niega que opere como agente económico en el mercado ya que únicamente actuarían en cumplimiento de sus fines sociales; no obstante, el renunciar al reparto de utilidades no excluye que se esté participando en el mercado ni de realizar actividad empresarial al ofertar bienes y servicios ya que esto se determina independientemente de los fines a los que vayan dirigidas las utilidades.

- b. Cayetano Heredia cita indebidamente la Sentencia N° 07644-2006-PA/TC del Tribunal Constitucional toda vez que esta no representa un precedente vinculante ni versa sobre circunstancias similares a las que acontecen en el presente procedimiento ya que la hipótesis de exigibilidad de finalidad de lucro para caracterizar la actividad empresarial señalada por el Tribunal Constitucional va de la mano a la figura contractual del arrendamiento; circunstancia que no ocurre en el presente caso.

Más aun, resulta evidente que la tarifa diferenciada no es otra cosa que ofertar servicios de salud con precios diferenciado y que, además, tienen como fin el generar una rentabilidad, lo cual está al margen de lo establecido en la Constitución al tratarse de una entidad estatal.

viii. Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1

El 14 de setiembre de 2010, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Indecopi (en adelante, la Sala) emitió la Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI (en adelante, la Resolución de la Sala) confirmando la resolución apelada, conforme a los siguientes argumentos:

- a. El principio de subsidiariedad establece el límite necesario para que el Estado participe en el mercado, determinándose su excepcionalidad en ciertos casos. Conforme a ello, y según lo prescrito en el artículo 60 de la Constitución solo podrá realizar actividad empresarial directa o indirecta subsidiariamente autorizada mediante ley expresa, misma que se emite según el alto interés público o el supuesto contemplado sobre la conveniencia nacional.

Esta interpretación concuerda con lo reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el Expediente N° 008-2003-AI/TC en la cual señaló que la intervención de la Administración Pública en la económica no debe afectar el derecho de libre iniciativa del privado, sino que, debe garantizar y exhortar la expansión de dicha libertad y demás derechos inherentes a las personas.

Por lo tanto, la subsidiariedad establecida, como mecanismo de control de recursos públicos y salvaguarda de la libre iniciativa privada, impide que este desempeñe actividad empresarial salvo en el supuesto que se cumplan los requisitos planteados en el artículo 60 de la Constitución.

- b. La Sala ha señalado que, si la actividad realizada por el Estado tiene carácter empresarial, se deberán evaluar los requisitos de licitud: (i) si fue autorizada por ley expresa; (ii) es subsidiario; y, (iii) se realizó con motivo de alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.
- c. En primer lugar, antes de analizar los requisitos de licitud, la Sala consideró que el SBTD llevada a cabo por el Hospital se trata de actividad empresarial estatal.

De acuerdo con la Sala, todo acto que este destinado a la producción, desarrollo, distribución e intercambio de bienes o servicios, califica como actividad empresarial.

Para ello, para determinar si se ejecutan actos empresariales o no, es necesario establecer si se trata de actos derivados del *ius imperium* propias del Estado y, en segundo lugar, descartarse que se trate de prestaciones "asistenciales o sociales"; entendidas como aquellas que tienen una finalidad social o altruista para equilibrar las diferencias que afectan a los ciudadanos más necesitados y asegurar el acceso universal de los derechos de carácter social⁸.

⁸ Kresalja, B., & Ochoa, C. (2009). Derecho constitucional económico (Vol. 8). Fondo Editorial de la PUCP.

De igual manera, a través de diversas resoluciones, la Sala ha indicado que las prestaciones de carácter asistencial son obligaciones constitucionales que se deben brindar a los particulares de más bajos recursos ineludiblemente⁹.

Ello no implica que toda actividad prestacional del Estado, para ser empresarial, deba tener por finalidad la rentabilidad. En este sentido, no era necesario verificar si la actividad tenía como finalidad obtener ganancias, toda vez que la actividad empresarial no se caracteriza esencialmente por la obtención de estos beneficios, tal como es el caso de las asociaciones civiles sin fines de lucro¹⁰. Que solo era necesario verificar que el Estado ofrecía bienes y servicios para satisfacer al consumidor.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuya posición es compartida por la Sala, ha señalado en el Asunto *Höfner* que una empresa es toda entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (1993)¹¹.

Esta idea es recogida por el artículo 14.3 de la LRCD que precisa que son dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica:

- **Las empresas estatales:** entidades bajo el ámbito de la FONAFE que desarrollan su actividad bajo alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1031 - Ley que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado (en adelante, DL 1031)¹².
- **Las entidades de la Administración Pública que desarrollan actividad empresarial:** sujetas a las disposiciones del Decreto Supremo N° 088-2001-PCM¹³, salvo las actividades

⁹ Ver: Resolución N° 0391-2007/TDC-INDECOPI de fecha 21 de marzo de 2007, referida al procedimiento seguido por la señora Gladys Mercedes Simeón Vilca contra la Universidad Nacional Federico Villareal; y, la Resolución N° 1668-2008/TDC-INDECOPI de fecha 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.

¹⁰ Ver: Resolución N° 1382-2007/TDC-INDECOPI de fecha 6 de agosto de 2007, mediante la cual la Sala de Defensa de la Competencia determinó que el hecho que la Asociación Civil Educativa Hogar de Cristo cumpliera un rol humanitario no lucrativo no constituía un obstáculo para que se considere que realiza actividad empresarial.

¹¹ Sentencia del 23 de abril de 1993 (Asunto *Höfner y Elser*) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

¹² **DECRETO LEGISLATIVO N° 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".

¹³ **DECRETO SUPREMO N° 088-2001-PCM**

empresariales realizadas por los gobiernos locales, sus empresas y organismos públicos descentralizados, los cuales se encuentran reguladas por el artículo 35 de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades.

Al respecto, la Sala considera que, el hecho de que el Estado brinde servicios de salud, no determina que ello sea una prestación asistencial.

Que del análisis del SBTB, es evidente que no se permite el acceso igualitario al servicio de salud, sino que se adecua el mismo solo para aquellos que pueden costearlo. En tal sentido, considerando que la Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA indica que el SBTB consiste en el conjunto de prestaciones que, si bien se denominan asistenciales, son brindadas por los hospitales e institutos especializados de la red del MINSA cobrando un monto diferenciado, carece de fundamento no considerarla como una actividad empresarial.

Para llevar a cabo la prestación del SBTB, el Hospital recurre a profesionales y no profesionales de la salud que labora en dicho centro de salud, así como sus instalaciones y demás logística¹⁴. En tal sentido, lo que hace la imputada es organizar los medios de producción a su titularidad para brindar una prestación de salud distinta a la asistencial a favor de pacientes de mayores recursos a cambio de una contraprestación diferenciada.

Asimismo, la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, SUNAT) han manifestado que el SBTB no constituye la expresión de una función cuya prestación pueda estar sujeta al cobro de una tasa, como si lo estaría de brindarse una prestación asistencial a la cual esté obligado el Estado por interés público¹⁵.

Por lo tanto, considerando lo señalado el servicio de SBTB se trata de actividad empresarial, por lo que corresponde continuar con el análisis de los requisitos habilitantes del artículo 60 de la Constitución.

- d. Respecto a los requisitos habilitantes, el primero consiste en que la actividad empresarial esté habilitada por ley expresa.

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”.

¹⁴ De acuerdo con el acta emitida el 30 de octubre de 2008 por el Área de Fiscalización del Indecopi, que obra de las fojas 21 a la 23 del expediente.

¹⁵ Ver: Informe N° 165-2006-EF/66.01, emitido por la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas; y, el Oficio N° 153-2007-SUNAT/2000000, cuya copia obra en las fojas 135 a la 137 del expediente.

De acuerdo con la Sala, no existe duda en que la ley autoritativa señalada en el artículo 60 de la Constitución se trata de una reserva de ley absoluta; es decir, que se requiere de una ley que requiere de aprobación por el legislativo.

Sobre el carácter “expreso” de la ley, la Sala considera que este se refiere a la literalidad por lo que no será necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar “actividad empresarial”; en cambio, implica que la referida ley señale de manera “clara y potente” que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios, incluyendo características como el rubro en el que se puede desarrollar la actividad empresarial.

En tal sentido, contrariamente a lo considerado por la Comisión, la Sala considera que la Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA no debe ser considerada como la autorización del SBTD realizado por los hospitales adscritos al MINSA; pues, luego de la revisión integral de la norma, la Sala consideró que esta solo establece las condiciones generales de organización, funcionamiento e implementación para la prestación del referido servicio, mas no una autorización que habilite el desarrollo de la referida actividad.

Sin perjuicio de ello, el Hospital ha citado diversas disposiciones sectoriales¹⁶ las cuales le habilitarían para desempeñar la actividad cuestionada; sin embargo, de la revisión de estas, la Sala concluyó que estas no son leyes del parlamento y, por ende, carecen de capacidad para habilitar a la imputada a realizar actividad económica de acuerdo a lo exigido por la Constitución.

IV. DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Habiendo desarrollado los hechos relevantes en la sección anterior, es posible destacar los problemas jurídicos relevantes en el procedimiento administrativo sancionador. En atención a ello, se procederá a trabajar las siguientes problemáticas:

- a. Primer problema jurídico: ¿El SBTD que brindó el Hospital Cayetano Heredia es una actividad empresarial?
- b. Segundo problema jurídico: ¿El SBTD ha sido autorizado por ley expresa?

Con el fin de abordar apropiadamente los referidos problemas, se desarrollará el marco teórico enfocado en abordar los aspectos señalados inicialmente.

V. MARCO TEÓRICO APLICABLE

i. Constitución Política de 1993

Como se adelantó, antes de desarrollar los problemas jurídicos correspondientes al presente caso, resulta pertinente comprender las razones por las cuales la realización de actividad empresarial por parte del Estado se encuentra condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos para ser considerada como lícita y, además, no ser considerada como un acto de competencia desleal.

¹⁶ Ver la Resolución Ministerial N° 216-2007/MINSA – Reglamento de Organización y Funciones del Hospital Nacional Cayetano Heredia – y el Decreto Supremo N° 013-2006-SA – Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo.

En tal sentido, se procede con el análisis de los siguientes aspectos relevantes:

a. Sobre la economía social de mercado como régimen económico

La Constitución Política de 1993, en su Título III, hace referencia al modelo económico que rige en nuestro país. Específicamente, el artículo 58 especifica que se trata de una economía social de mercado.

Así, el Estado reconoce constitucionalmente que el modelo económico regente es el de una economía social de mercado, el cual orienta el rol estatal en la económica y las políticas llevadas a cabo junto a los derechos y libertades reconocidas y protegidas constitucionalmente.

Respecto a su origen Resico (2008) señala que esta surgió en la Alemania de postguerra a partir de la búsqueda de un modelo económico estable a largo plazo que involucre y organice a los diversos actores económicos (consumidores, inversores, ahorristas, empresarios, entre otros) bajo un marco de referencia claro y confiable. Asimismo, el referido modelo proclama a la organización de los mercados como el sistema de asignación de recursos óptimo y establece las condiciones éticas, sociales e institucionales para que procurar la eficiencia y equidad (p.134 - 136).

Al respecto, Kresalja & Ochoa (2009) coinciden en que el referido modelo se basa en los principios del liberalismo económico: el individualismo del hombre reflejado en su derecho de libre disposición de su propiedad; y, la competencia como instrumento rector. En tal sentido, resulta diferente a los modelos capitalista y socialista puesto que el mercado se organizado mediante un sistema de instituciones y reglas sin desconocer las libertades mencionadas para regir las decisiones económicas. (p. 352 - 353).

Asimismo, Paz indica que la economía social de mercado es un sistema económico que mezcla la necesaria libertad económica con la justicia social; procurando satisfacer todas las necesidades de una sociedad (2019).

De esta manera, resulta evidente que la economía social de mercado funge como un modelo rector de las políticas, reglas y libertades bajo los principios rectores de las libertades individuales y la competencia basada en la eficiencia.

Por su parte, Díez Canseco (1997) señala que una economía social de mercado se basa en la libertad de industria y de comercio siendo una combinación de los principios de libre mercado con la equidad social (p. 42-45). No obstante, no se encuentra exento de irregularidades por parte de los agentes económicos por lo que se permite la intervención estatal a fin de corregir falencias, procurando la adaptación a las condiciones sociales cambiantes.

Al respecto, Bastidas & Richer (2001) concuerdan en que la intervención del Estado se fundamenta en la necesidad de regular las condiciones bajo las cuales interactúan y/o compiten los actores del mercado conforme a los principios del liberalismo económico; no obstante, el Estado no solo puede intervenir en el mercado como ente rector sino también como actor a través de inversiones públicas, financieras, monetarias, entre otras, de manera supletoria (p. 3-9).

Resulta importante precisar que, tal como señala Hernández-Mendible (2014), en este tipo de economía, el Estado reconoce que la dignidad de las personas es el punto central de la sociedad sin reducir la importancia de la exigencia de sus derechos de carácter económico, permitiendo adicionalmente la

intervención estatal siempre que sea limitada, con la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado (p. 332).

De esta manera, los diversos autores concuerdan en que una economía social de mercado supone el reconocimiento constitucional de libertades económicas en función a la dignidad humana como eje central. Asimismo, implica que el mercado se rija a partir de la eficiencia de los actores económicos con la posibilidad de la intervención estatal de manera reducida en función al interés social y el equilibrio de la economía.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia expedida bajo el Expediente N° 008-2003-AI/TC, señaló que el Estado peruano moderno tiene tres elementos claves en relación al reconocimiento de la economía social de mercado como modelo rector a partir de la Constitución de 1993:

- a) **El bienestar social:** Manifestado como la obligación del Estado de proveer trabajos dignos y productivos.
- b) **El mercado libre:** esto implica garantizar la libre oferta y demanda, mediante el aseguramiento de la iniciativa privada y la libre competencia.
- c) **Estado subsidiario y solidario:** El Estado solo actúa de manera auxiliar, complementaria y temporal.

Por su parte, autores como Ochoa (1995) y Rubio (1999) señalan que la Constitución vigente recoge cuatro principios rectores de la economía, dentro de los cuales destaca la libre iniciativa privada. De igual manera, los referidos autores postulan que principios como la subsidiariedad y la libertad de empresa están contenidos de manera implícita dentro de los cuatro principios señalados previamente.

Así, como señalamos, este modelo de economía implica el respeto de las libertades económicas tales como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa en concordancia al principio de subsidiariedad, conceptos que desarrollaremos a continuación.

b. Sobre el derecho a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa

La libre iniciativa privada y la libertad de empresa no son mencionadas explícitamente en la Constitución; no obstante, su reconocimiento implícito resulta innegable. Así, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia recaída en Expediente N° 0001-2005-PI/TC, precisó que la libre iniciativa privada supone la posibilidad de todo agente para participar en la vida económica del país, de tal forma que puede desarrollar cualquier actividad económica que sea de su interés. Este derecho puede ejercerse libremente siempre que no colisione con otro derecho o los intereses de la comunidad.

Al respecto, Rodríguez (2016) concuerda en que la libre iniciativa privada resulta indispensable para satisfacer las demás libertades al permitir emprender a las personas en actividades económicas que proporcionen los medios materiales necesarios para alcanzar los diferentes objetivos planteados, siempre que no colisione con los intereses generales (p. 122-125).

En tal sentido, tal como Ballvé (2012) señala el reconocimiento de los derechos de libertad de empresa supone la validación de la importancia a la persecución del fin de lucro por parte de las personas a través de los medios que consideren más favorables (2012); lo cual concuerda con la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la libertad de elección para el desarrollo de unidades participes del mercado como ofertantes y como generadores de riqueza y progreso (Rodríguez: 2016, p. 122-125)

De lo expuesto, Velarde (2021) señala que el artículo 59 de la Constitución complementa la mención de la libre iniciativa privada con la obligación estatal de estimular la creación de riqueza, lo cual motiva a las personas a emprender en una actividad económica; la libertad para crear empresa, para organizar el capital y el trabajo; la libertad de comercio e industria, lo cual permite que los ofertantes accedan al mercado; la libertad para ejercer empresa conforme a ley; la libertad para competir; y, la libertad para cesar empresa (p. 155-158).

Por lo cual, podemos entender que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa son principios rectores del modelo económico peruano mediante el cual los privados pueden formar parte libremente de la oferta en el mercado a través de la realización de actividad económica. En tal sentido, el reconocimiento de la importancia de tales libertades económicas nos permite comprender el motivo detrás de la preponderancia del rol subsidiario del Estado, tal como analizaremos a continuación.

c. Sobre el principio de subsidiariedad

Este principio, como regla básica del funcionamiento del régimen económico, no ha sido reconocido expresamente hasta la promulgación de la Constitución de 1993 con el paso del rol estatal de prestador a garante. Así, actualmente, el artículo 60 contempla la posibilidad del Estado para realizar actividad de empresa de manera subsidiaria, siempre que exista una ley expresa que lo autorice y cuando existan razones de interés público o conveniencia nacional.

Conforme a dicho artículo, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia del 14 de marzo de 2011 recaída en el Expediente N° 00008-2003-PI/TC, señaló que el reconocimiento constitucional de dicho principio implica la obligación del Estado de actuar de manera supletoria frente a desequilibrios, omisiones y otras imperfecciones en el mercado, todo ello en virtud del bien común.

Asimismo, la referida Sentencia indicó que el principio de subsidiariedad posee tres aplicaciones en el ámbito constitucional:

- a) **La subsidiariedad en sentido horizontal**, establece la relación entre el Estado y la sociedad respecto al poder impositivo del primero y a la libertad de iniciativa privada de los segundos.
- b) **La subsidiariedad en sentido vertical**, referente a la relación de descentralización administrativa y organización jerárquica del ordenamiento.
- c) **Respecto a las fuentes del derecho**, sobre la potestad de los entes competentes para normar exclusiva y autónomamente.

No obstante, según autores como Cairampoma & Fetta (2021, p. 30-32), Frosini (2002, p. 8-19) y De Areilza (1995, p. 53-58), la subsidiariedad se aborda principalmente desde el sentido vertical, relacionado a la descentralización y a la jerarquización del ordenamiento; y, el sentido horizontal, referido a las formas y niveles de intervención del Estado en la economía. En tal sentido, considerando las características del presente caso, desarrollaremos principalmente a la subsidiariedad en sentido horizontal.

Así, mediante la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional estipula que en el sentido horizontal, debe primar el respeto por la libre determinación de las personas y su autonomía, reduciendo la intervención estatal a lo esencial.

De igual forma, Huapaya & Terrazos (2008) señalan que este principio debe ser entendido en dos vertientes, una positiva y otra negativa. Respecto a la primera acepción, el referido principio supone la posibilidad de que cualquier privado lleve a cabo actividad empresarial; mientras que su segunda vertiente supone que el Estado solo puede realizar actividad empresarial cuando los privados no puedan llevarlas a cabo o cuando se trate de actividades de carácter asistencial (p. 278-283).

En tal sentido, tal como señalan Cairampoma & Fetta (2021), el principio aludido se traduce como límite a la actividad empresarial del Estado conforme a las libertades de iniciativa privada y al interés general de la sociedad (p. 30-32); mientras que, según Quiñones (2012), la rigidez de las condiciones bajo las cuales se permite la intervención del Estado en la economía es consecuencia del intervencionismo estatal excesivo que primó durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas entre 1968 y 1980 (p. 68-70).

Adicionalmente, Cairampoma & Fetta (2021, p. 30-35) señalan que el principio de subsidiariedad debe ser interpretado en conjunto al principio de solidaridad; el cual, resulta aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, dicho principio es entendido como el deber estatal de asegurar la prestación de servicios públicos y orientar ciertos fines sociales conforme al modelo de nuestra economía. De esta manera, la lectura en conjunto de ambos principios implica el equilibrio entre el respeto a la libre iniciativa privada sin omitir el deber estatal de procurar el bienestar de la sociedad mediante la garantía de determinados servicios de carácter esencial.

No obstante, el principio de subsidiariedad no debe entenderse como un mercado sin regulación. Por el contrario, como refiere Landa (2016), la subsidiariedad implica que el Estado debe respetar la libre iniciativa privada sin que esto implique el quedar retraído a un rol de mero observador puesto que, ante la necesidad justificada, el Estado podrá intervenir procurando la menor lesión a las libertades rectoras del modelo de economía social de mercado (p. 147-151).

En tal sentido, Kresalja & Ochoa (2009) señalan que el principio de subsidiariedad es un reconocimiento de la primacía de la libertad empresarial y del carácter excepcional de la intervención empresarial del Estado; viéndose permitida únicamente ante la evidente insuficiencia de la oferta privada para satisfacer la demanda y que ello resulte de interés general (352-353).

Adicionalmente, Bullard (2011) propone que el referido principio funge como salvaguarda para evitar la sobredimensión del Estado al invertir recursos públicos que estarían destinados a producir bienes y servicios, cuando ello podría realizarse fácilmente por el sector privado. De lo contrario, la actividad empresarial del Estado genera dos consecuencias nocivas: (i) deja de financiar bienes y servicios que deberían ser provistos por este (tales como infraestructura, servicios de salud, educación, entre otros); y, (ii) compite deslealmente con los demás agentes económicos al no incurrir en costos (como impuestos) que habitualmente son asumidos por la actividad empresarial privada (p. 199-206).

Por lo acotado, se concluye que la subsidiariedad funge como una de las reglas rectoras del modelo económico peruano, el cual parte de la destacada importancia reconocida a la libre iniciativa privada. En tal sentido, por regla general, el Estado solo puede intervenir a través de la actividad empresarial en aquellas circunstancias descritas por la máxima norma.

Habiendo analizado el alcance del principio de subsidiariedad, corresponde evaluar la regulación recogida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al tratarse de la norma encargada de reprimir toda actividad empresarial que infrinja normas imperativas.

ii. Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

Desde el 26 de julio de 2008 entró en vigencia este decreto en nuestro país con la finalidad de reprimir todo acto o conducta contrario a la leal competencia, ya sea que genere efectos reales o potenciales¹⁷. En tal sentido, conforme la Exposición de Motivos el “proceso competitivo” es el bien jurídico protegido, y su tutela es necesaria para el equilibrio en el mercado (2008).

Al respecto, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del año 2022 (en adelante, los Lineamientos) señalan que la LRCD procura la eficaz y eficiente asignación de recursos en el mercado, mediante la fiscalización de aquellos actos que puedan atentar contra la buena fe empresarial (Pazos, Capurro, Mac Kee y Escalante: 2022). Se debe tener presente que la norma precisa una serie de actos que son considerados como desleales, y que terminan por afectar la buena fe empresarial.

Resulta pertinente señalar que los actos enumerados en el Capítulo II de la LRCD no son las únicas conductas susceptibles de ser considerados desleales. En tal sentido, la LRCD regula residualmente todas las demás conductas que no han sido mencionadas explícitamente a través de su cláusula general, conforme desarrollamos a continuación.

a. Sobre los actos de competencia desleal y su ámbito de aplicación

Conforme se contempla en el artículo 1 de la LRCD, la finalidad de dicha norma es reprimir los actos de competencia desleal; sin embargo, ¿Cómo se identifica un acto de competencia desleal y como se aplica la LRCD?

Para responder dicha interrogante, la LRCD señala que los actos de competencia desleal se encuentran determinados en función a la acción realizada, al sujeto que lo realiza y el espacio en el cual surte o podrían surtir efectos. Así, dichos elementos son nombrados como los ámbitos de aplicación objetivo, subjetivo y territorial, contenidos en los artículos 2, 3 y 4 de la LRCD respectivamente.

Al respecto, los comisionados de la CCD, a través de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del año 2022, desarrollan dichos conceptos para complementar el contenido de la LRCD. Así, sobre al **ámbito de aplicación objetivo**, o cuales son los actos fiscalizables por la norma, señalan que los hechos materia de análisis deben tratarse de actos concurrenciales; es decir, acciones que tienen como efecto o finalidad producir una ventaja en el mercado o en algún segmento de este, ya sea real o potencial. De esta forma, tenemos como ejemplo común, todos los actos realizados para modificar el comportamiento de los consumidores y así influenciar en su decisión de compra de estos (Pazos, Capurro, Mac Kee y Escalante: 2022).

Respecto al **ámbito de aplicación subjetivo**, los Lineamientos señalan que la LRCD se aplica a todas las personas, ya sean naturales o jurídicas, que desempeñen alguna actividad económica. Cabe precisar que, en el caso de las personas jurídicas, también podrían resultar responsables de actos de competencia desleal realizados por sus trabajadores siempre que hayan sido realizados en el desempeño de sus funciones y/o por encargo de esta (Pazos, Capurro, Mac Kee y Escalante: 2022).

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 1.- Finalidad de la Ley. -

“La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”.

Finalmente, sobre el **ámbito de aplicación territorial**, este elemento implica que toda actividad económica podrá ser pasible de ser considerada como desleal siempre que deje o pueda dejar efectos en cualquier parte de nuestro territorio nacional. Al respecto, resulta importante resaltar que el factor determinante para cumplirse este elemento es el lugar en donde se manifiesten (o podrían manifestar) sus efectos, por lo que dichos actos podrían ser realizados en el extranjero y aun así ser susceptibles de fiscalización conforme a nuestra normativa.

De esta forma, la LRCD contempla que, para que pueda existir un acto de competencia desleal, deben existir acciones que tengan por finalidad generar un beneficio en un determinado mercado de bienes o servicios (ámbito de aplicación objetivo); las cuales pueden ser realizadas por personas naturales o jurídicas (ámbito de aplicación subjetivo); y cuyo efecto real o potencial se manifieste en nuestro territorio nacional (ámbito de aplicación territorial), pues todo ello, en conjunto, podría suponer una afectación al proceso competitivo por lo que la LRCD resultará aplicable.

Ahora bien, considerando lo previamente desarrollado, consideramos fundamental precisar que la conjunción de estos tres elementos no supone necesariamente la existencia de un acto de competencia desleal, sino que se tratan de las características que permitirán la aplicación de la norma anteriormente señalada.

En este sentido, para que estos actos sean considerados como desleales deben ser evaluados de manera rigurosa conforme al bien jurídico protegido por la LRCD, el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Para ello, procederemos a desarrollar la manera conforme a la cual la norma determina si se trata o no de un acto de competencia desleal.

b. Sobre la buena fe empresarial y la cláusula general

Tal como señalamos previamente, el artículo 6 de la LRCD brinda una definición general de lo que se considera como un acto de competencia desleal, precisando que es todo acto que atenta contra la buena fe empresarial.

Al respecto, Massaguer (2002, p. 33-41) y Sánchez-Calero (2010) concuerdan en que la cláusula general puede ser definida como una formulación con carácter genérico de lo que es considerado como ilícito, permitiendo la fácil adaptación de la normativa represora funcionando como una válvula de autorregulación del sistema permitiendo la interpretación de la definición conforme a las circunstancias cambiantes que pueden acontecer sin incurrir en los costos que supone la modificación normativa constante.

Por su parte, Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa & Stucchi (2013) indican que la definición provista por la cláusula general adopta la visión alemana contemporánea en lo que refiere al principio de competencia eficiente o *Leistungswettbewerb*, según el cual la transgresión a la buena fe resulta manifiesta cuando un competidor obtiene una ventaja que se obtiene a través de la obstaculización de los demás competidores y no mediante la eficiencia al participar del mercado (p. 25-31). En tal sentido, los referidos autores señalan que la buena fe exigida por la LRCD es de carácter objetivo, lo cual implica que sea un estándar del proceso competitivo en el que predomine la competencia por eficiencia de la oferta de bienes o servicios concurrentes en el mercado.

En tal sentido, la LRCD propone un modelo de fiscalización y sanción de este tipo de actos, a través de los mecanismos implementados para tal fin, como lo son los procedimientos administrativos seguidos ante Indecopi.

Ahora bien, conforme al presente caso, es necesario analizar los alcances de los actos de violación de normas como un supuesto que altera o atenta contra el procesos competitivo.

c. Sobre la infracción por violación de normas

Como perfectamente se ha manifestado, dentro de la gama de infracciones que suponen actos de competencia desleal se encuentran los actos de violación de normas, supuesto contemplado en el artículo 14 de la LRCD¹⁸.

Al respecto, Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa & Stucchi (2013) señalan que dicho supuesto implica obtener una ventaja en el proceso de competencia mediante la inobservancia del ordenamiento jurídico (p. 45-46). Específicamente, el segundo supuesto contemplado en el artículo 14 hace referencia a la actividad empresarial por parte del Estado; lo cual, en concordancia con el artículo 60 de la Constitución, implica el análisis respecto a los requisitos ya señalados.

En tal sentido, la Comisión y la Sala, en su rol de órganos resolutivos encargados de determinar la licitud de la actividad empresarial estatal, evalúan dicho supuesto conforme a la metodología que detallaremos a continuación.

d. Metodología empleada por el Indecopi para determinar la licitud de la actividad empresarial estatal conforme al artículo 14.3

Los órganos resolutivos del Indecopi deberán evaluar los requisitos estipulados en el artículo 60 de la Constitución: la autorización de la actividad mediante ley expresa; que dicha actividad sea subsidiaria y que se realice con motivo de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Así, si se ha incumplido alguno de estos tres requisitos, la actividad será considerada ilícita, lo cual conllevará a declarar como fundada la imputación, la aplicación de la sanción correspondiente y dictar una medida correctiva con tal de restablecer la leal competencia¹⁹.

En tal sentido, la Sala emitió la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI ²⁰con carácter de precedente de observancia obligatoria (en adelante, el precedente de observancia obligatoria) mediante el cual determinó la metodología para la aplicación del artículo 14.3 de la LRCD ante controversias por la realización de

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 14.- Actos de violación de normas. -

14.1.- “Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,

b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

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

¹⁹ Resolución No. 112-2019/SDC-INDECOPI

²⁰ Tramitado bajo el Expediente N° 201-2008/CCD, procedimiento administrativo sancionador entre la Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano.

actividad empresarial estatal, parámetros previamente contemplados por la Sala en la Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI.

Al respecto, la Sala estableció el siguiente “test de subsidiariedad” para el análisis de la licitud de la actividad empresarial efectuada por el Estado, conforme resumen Diez Canseco & Buleje (2011, p. 232-234):

- I. Los criterios del test son aplicables a toda actividad empresarial llevada a cabo por el Estado siempre que esta no se haya desempeñado bajo el ejercicio del *ius imperium* y/o se brinde algún servicio de carácter asistencial.
- II. La referida actividad empresarial estatal debe haber sido autorizada mediante la promulgación de una ley, entendiéndose que esta fue aprobada por el Congreso de la República.
- III. Debe determinarse el “mercado relevante” bajo el cual se realizó la referida actividad empresarial.
- IV. Analizar la subsidiariedad de la actividad tomando en cuenta lo siguiente:
 - a. La concurrencia entre la empresa o entidad del Estado con dos o más empresas privadas vinculadas en el mercado relevante.
 - b. Cuando solo concurre la empresa o entidad del Estado con una empresa privada en el mercado relevante.
 - c. Cuando solo participa la empresa o entidad del Estado en el referido mercado.
- V. Evaluar si existen barreras burocráticas relacionadas a dicha actividad empresarial que obstaculicen o impidan el ejercicio de la libre iniciativa privada.
- VI. Debe cumplir con la exigencia de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Asimismo, tal como señala Guzmán (2021), el mercado relevante debe ser determinado en función a dos conceptos señalados en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 030-2019-PCM: (i) el mercado de producto relevante; y, (ii) el mercado geográfico relevante (p. 75-78).

Al respecto, la referida norma señala que la determinación del mercado de producto relevante implica el estudio de los bienes y servicios materia de la conducta investigada y sus respectivos sustitutos. Con tal fin, se deben considerar factores tales como las preferencias del público consumidor, las características de los productos o servicios sustitutos y las posibilidades tecnológicas para la sustitución.

Por su parte, el mercado geográfico relevante se compone por las zonas geográficas en las que se pueden acceder a los productos o servicios alternativos al producto materia de estudio, para lo cual deberá considerarse los costos incurridos para el transporte y las barreras impuestas en el referido mercado.

En tal sentido, conforme al referido test, la Sala ha elaborado el siguiente gráfico que resume apropiadamente la metodología a emplear para el análisis de la subsidiariedad:

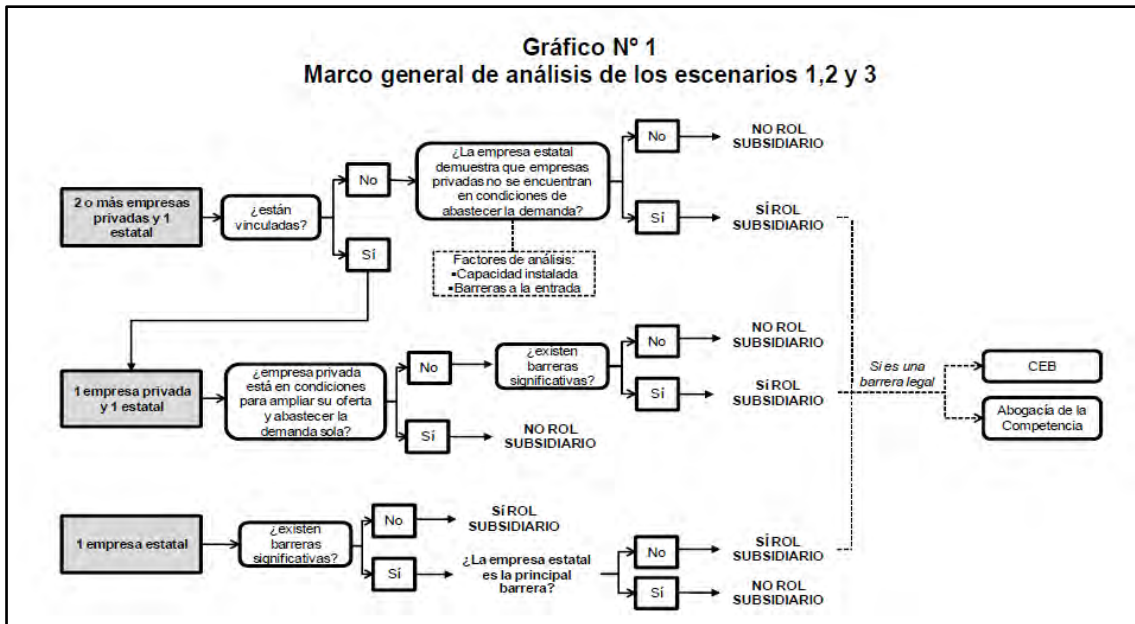


Gráfico elaborado por la Sala de Defensa de la Competencia y consignado en la Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI

Considerando dicha metodología, resulta evidente que si el Estado he incumplido con el primer requisito; es decir, no ha sido autorizado mediante ley expresa para efectuar una actividad empresarial, conllevará a su ilicitud al requerir el cumplimiento de cada uno de los requisitos exigidos; no obstante, resulta menos claro cuando se cumple el primer requisito, pero se transgrede cualquiera de los dos siguientes. Ante dicho escenario, ¿la Comisión o la Sala podría inaplicar la ley expresa que habilita al Estado a realizar actividad empresarial?

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC, deja en evidencia que las entidades de la Administración Pública, incluyendo el Indecopi, carecen de la autorización para inaplicar disposiciones de rango infra constitucional; no obstante, a opinión del suscrito, el precedente establecido por la resolución de la Sala no ha esclarecido las dudas ante dicha situación, suponiendo un inconveniente en la función represora de la Comisión y de la Sala.

Al respecto, Sumar, Sosa & Méndez (2020) consideran que el análisis del requisito de ley expresa debe ser una problemática evaluada por el Tribunal Constitucional, mientras que el Indecopi debe enfocarse en el determinar si la concurrencia en el mercado por parte del Estado es subsidiaria o no. En tal sentido, proponen que los pronunciamientos de los órganos resolutivos deben concentrar sus esfuerzos en emplear la metodología establecida mediante el precedente de observancia obligatoria para pronunciarse sobre la concurrencia en un mercado específico dejando de lado la evaluación del requisito de ley expresa (siendo el incumplimiento de este requisito lo que fomenta que no se pronuncien en controversias de esta materia) (p. 132-139).

No obstante, considerando que en el presenta caso no se ha cumplido con el requisito de habilitación mediante ley expresa, por lo que la discusión en torno a la inaplicación de las leyes que habiliten actividades empresariales del Estado sin cumplir con los demás requisitos deberá ser desarrollada en posteriores disertaciones.

Finalmente, sobre el requisito de interés público o manifiesta conveniencia nacional, el precedente de observancia obligatorio permite entender que se reduce a la constatación de si la ley que habilita la actividad

empresarial estatal señala la justificación sobre dicho requisito; de tal forma que, si obra dicha justificación, se cumple con el tercer requisito del artículo 60 de la Constitución.

En tal sentido, habiendo resumido la metodología empleada por la Comisión y la Sala corresponde proseguir con el análisis de los problemas jurídicos enunciadas previamente.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Habiendo detallado los hechos relevantes del presente procedimiento, el marco teórico aplicable y la metodología, contamos con los medios para poder analizar los problemas jurídicos que detallamos previamente; por lo tanto, procederemos a ello.

Cuestión previa: ¿La LRCD es aplicable al servicio de salud bajo tarifario diferenciado?

Conforme desarrollamos en el marco teórico, la LRCD y, por ende, la actividad fiscalizadora del Indecopi solo puede ser aplicable respecto a acciones que cumplan con determinadas características pues, de lo contrario, no resultan susceptible de ser analizada bajo los criterios de determinación de los Órganos Resolutivos en materia de competencia desleal.

En tal sentido, antes de proceder a analizar los problemas jurídicos planteados, debemos examinar si, conforme a los criterios de ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial señalados en la norma rectora en materia de competencia desleal, el SBTD es fiscalizable conforme a lo contenido en la LRCD.

a. Ámbito de aplicación objetivo

Como sabemos, el ámbito de aplicación objetivo supone que, para ser considerado como un potencial acto de desleal para el proceso competitivo, los hechos materia de análisis deben tratarse de actos concurrenciales; es decir, deben tener como efecto o finalidad producir una ventaja en el mercado o en algún segmento de este, ya sea real o potencial.

Considerando ello, ¿el SBTD se trata de un acto concurrencial? Preliminarmente, y considerando los hechos descritos, el SBTD fue prestado por el Hospital Cayetano Heredia mediante la clínica implementada en sus instalaciones; dicho servicio fue prestado concurriendo en el mercado como competencia directa de otras ofertas en servicios hospitalarios, como la Clínica Santa Teresa, al ofrecer un tarifario distinto. En tal sentido, la prestación de servicios de salud a través de la Clínica buscaba producirle una ventaja en el mercado, cumpliendo con el primer ámbito de aplicación de la LRCD.

Sin perjuicio de lo analizado, este tema será desarrollado con mayor extensión a lo largo del análisis de los problemas jurídicos planteados.

b. Ámbito de aplicación subjetivo

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo, como señalamos previamente, los actos de competencia desleal pueden ser llevado a cabo tanto por personas naturales como jurídicas. Ahora bien, de la revisión de los hechos, podemos notar que el SBTD fue prestado por el Hospital Cayetano Heredia, siendo un órgano de la Administración Pública adscrito al MINSA, tratándose de una institución pública y, por lo tanto, una persona jurídica de derecho público. Así se cumple el segundo ámbito de aplicación de la LRCD.

c. **Ámbito de aplicación territorial**

Finalmente, el ámbito de aplicación territorial implica que el acto debe haber surtido efectos (reales o potenciales). Considerando que el STBD fue prestado en las instalaciones del Hospital Cayetano Heredia, ubicado en Av. Honorio Delgado 262, distrito de San Martín de Porres, provincia de Lima, resulta evidente que esta surtió efectos en el Perú.

Habiendo analizado los diferentes ámbitos de aplicación al caso en concreto, hemos podido concluir que el STBD fue una actividad respecto a la cual se aplica la LRCD, finalizando el análisis preliminar y correspondiendo examinar el tipo infractor correspondiente.

En tal sentido, y en atención a la imputación formulada por la Comisión y analizada por la Sala, procederemos a analizar los problemas jurídicos planteados en función a los criterios del Indecopi para la determinación de una actividad empresarial del Estado que deviene en un acto de violación de normas. Examinemos.

i. **Primer problema jurídico: ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado que brinda el Hospital es una actividad empresarial?**

Tal como relatamos previamente, el primer problema jurídico por analizar gira en torno a la naturaleza del SBTB; específicamente, determinar si dicho servicio debe ser considerado como una actividad empresarial o no. En tal sentido, antes de realizar el examen correspondiente, resulta importante determinar en qué consiste el servicio de salud bajo tarifario diferenciado, analizar si se trata de una actividad de *ius imperium* o tiene carácter asistencial y, finalmente, determinar si se trata de una actividad empresarial, todo ello conforme a la metodología empleada por la Sala.

a. **¿En qué consiste el servicio de salud bajo tarifario diferenciado?**

De acuerdo con los descargos del Hospital Cayetano Heredia²¹, el servicio de salud bajo tarifario diferenciado prestado por la Clínica de la imputada se define como el grupo de prestaciones asistenciales brindadas por centros de salud e Institutos Especializados de la Red Asistencial del MINSA y autorizados en el marco de los servicios habitualmente ofertados y a los cuales se pueden acceder con libertad de elección. Asimismo, el saldo que pudiera resultar de su operatividad se destinará para cubrir las atenciones de salud que requiera la población pobre y de extrema pobreza.

Asimismo, el Hospital precisa que para acceder al referido servicio se cobra un determinado monto preestablecido mediante un tarifario institucional a quienes se encuentren en condiciones de pagarlo con el fin de subsidiar a aquellos que no pudieran hacerlo, no habiendo ninguna diferencia en la calidad entre los servicios prestados por el Hospital y la Clínica.

Al respecto, cabe precisar que el SBTB era provisto dentro de las instalaciones del Hospital Cayetano Heredia de manera diferenciada a los servicios de salud habitualmente prestados. En otras palabras, el SBTB era ofrecido por la Clínica de manera segmentada compitiendo contra otras ofertas dentro del mercado y ofreciéndolo a otro público pese a prestar el referido servicio con el personal, recursos e infraestructura estatal.

²¹ Tal como obra en la foja 66 del expediente materia de análisis.

Así, considerando que la definición provista por la imputada indica que el SBTD tendría carácter asistencial, resulta pertinente evaluar si este es una actividad realizada en ejercicio del *ius imperium*, si tiene carácter asistencial o si debe ser considerada como actividad empresarial en concordancia a la metodología empleada por la Comisión y la Sala para la resolución de controversias similares contemplado en el precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI.

b. ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado es una actividad realizada en ejercicio del *ius imperium*?

En el análisis efectuado por el Indecopi, tanto la Comisión como la Sala coincidieron en que el servicio de salud bajo tarifario diferenciado brindado por el Hospital Cayetano Heredia no debe ser considerado como una actividad realizada conforme al *ius imperium*; no obstante, antes de evaluar el referido pronunciamiento debemos comprender que conlleva ello.

Conforme a lo resuelto por la Sala, se considera como ejercicio del *ius imperium* a la realización de actividades estatales de autoridad pública o de atribuciones soberanas; es decir, actividades que son de titularidad exclusiva del Estado por su esencia. Entre estas actividades, comúnmente se encuentran la función legislativa (emisión de normas con rango de ley o reglamentario), la defensa nacional, impartir justicia, otorgar títulos habilitantes, etc.

Al respecto, García Trevijano (1971) explica que la función de autoridad pública debe ser entendida como aquella que se realiza en concordancia con los fines que justifican la existencia del Estado moderno a partir del siglo XIX; asimismo, Gordillo (2014) y Lazarte (2006, p. 69), coinciden en que la soberanía inherente al concepto de Estado le faculta a regular las relaciones entre privados y a efectuar ciertas funciones que únicamente pueden ser realizadas por la Administración Pública en lo referente a la actividad judicial, legislativa, de policía, fiscal, de defensa interna y externa, entre otras.

Así, conforme a lo señalado por Chamorro (2022), el ejercicio estatal del *ius imperium* encuentra una relación con la división tripartita de las funciones del Estado moderno; es decir, las funciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas; siendo que dicha relación, refiere a las manifestaciones de la función administrativa, entendida como la persecución de una finalidad pública (p. 63-65). En tal sentido, encuentra se relaciona a lo postulado por Parada respecto a que, rentre dichas manifestaciones, también se pueden encontrar las actividades de prestación o de servicio público, mediante las cuales se suministran prestaciones a los particulares también conocidas como "servicios públicos" (2010).

Ahora, si bien a las actividades de prestación se les considera como manifestación de la actividad administrativa, Ariño considera pertinente realizar una distinción acerca de la naturaleza de esta actividad. En tal sentido, el referido autor propone que la prestación de un servicio público por parte del Estado debe diferenciarse de la "función pública" o de la actividad soberana del Estado (o *ius imperium*) debido a que la prestación de un servicio público es, principalmente, de titularidad privada, salvo determinados supuestos en los que la puede prestar el Estado; el servicio público puede ser prestado directa o indirectamente; y, el servicio público no tiene carácter coercitivo por lo que no puede ser impuesto a los particulares sino, a través de la oferta y puesta a disposición (2004).

En tal sentido, conforme a lo expuesto, tenemos que las actividades realizadas bajo el *ius imperium* del Estado son todas aquellas atribuciones exclusivas correspondientes a la Administración Pública exclusivamente en virtud a su soberanía. Entre las referidas facultades se encuentran la función legislativa, impartir justicia, la función administrativa, la defensa interna y externa, entre otros. No obstante, entre las

manifestaciones del ejercicio de potestades estatales podemos señalar a las actividades prestacionales de servicios públicos llevadas a cabo por el Estado, las cuales, debido a ciertas características mencionadas previamente, no es considerada como aquellas llevadas a cabo en virtud del *ius imperium* estatal, pero siguen siendo una manifestación de potestades estatales.

Por lo tanto, conforme hemos desarrollado previamente, si bien el Estado puede llevar a cabo actividades prestacionales de servicios públicos, a través de las actividades empresariales estatales, en virtud de las potestades conferidas a su favor, estas no son consideradas como una manifestación de *ius imperium* o de las atribuciones soberanas del Estado, pues la prestación de estos servicios públicos es principalmente orientada a ser satisfecha por privados salvo ciertas circunstancias, carece de carácter impositivo y puede ser prestado de manera directa o indirecta.

Aplicando lo señalado al caso en concreto, resulta evidente que el servicio prestado bajo una tarifa diferenciada no se encuentra comprendido entre las actividades cuya realización corresponden soberanamente a la Administración Pública tales como la función legislativa, jurisdiccional, de policía, entre otras. Por el contrario, el SBTD se constituye como un servicio de salud orientado en satisfacer una demanda segmentada de manera no coercitiva (no pudiendo imponerse a los privados), compitiendo en el mercado contra las ofertas de servicios de salud existentes, empleando para ello los recursos del Hospital Cayetano Heredia.

Por lo tanto, coincidimos con el Indecopi al determinar que el servicio bajo estas características no puede ser considerada como el ejercicio del *ius imperium* o de las atribuciones soberanas del Estado. En tal sentido, corresponde proceder a analizar si el SBTD puede ser considerada como una prestación de carácter asistencial.

c. ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado es una prestación de carácter asistencial o social?

Respecto al carácter asistencial o social en las prestaciones brindadas por el Estado, la Sala señaló que esta característica es atribuida a toda prestación de que sean requeridos por los sectores más vulnerables de la sociedad en virtud a un desequilibrio en el acceso universal a determinados derechos fundamentales de carácter social. Asimismo, la Sala comparte la postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al considerar que las prestaciones con carácter asistencial responden a la necesidad de cumplimiento ineludible de compromisos sociales establecidos en virtud al Estado Social de Derecho y, por ende, no deben ser consideradas como actividad empresarial²².

Así, conforme señala Bullard (2011), la característica esencial para determinar si una actividad efectuada por el Estado resulta de carácter asistencial es la existencia de un mandato constitucional que obligue a la Administración Pública a proteger y asegurar la satisfacción de derechos fundamentales tales como la salud, la educación, entre otros, para lo cual se ejecuta la referida actividad (p. 199-206).

En la misma línea, Kresalja & Ochoa (2009) señalan que las prestaciones asistenciales brindadas por el Estado son la manifestación del mandato establecido en el artículo 43 de la Constitución referido al Estado Social de Derecho puesto que, bajo dicho régimen estatal, la Administración Pública debe brindar a los

²² Ver Resolución 0391-2007/TDC-INDECOPI, Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI y Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

ciudadanos los servicios públicos y prestaciones apropiadas para satisfacer sus necesidades vitales (p. 352-353).

En tal sentido, un ejemplo de las prestaciones asistenciales obligatorias para el Estado lo podemos encontrar en el Título I, Capítulo II de la Constitución, el cual esta referido al ejercicio de derechos como la salud, educación y pensiones.

Específicamente, conforme podemos apreciar en los artículos 7 y 9 de la Constitución, el Estado se encuentra obligado de asegurar la protección de la salud y de determinar la política nacional de salud que permita el acceso equitativo a la misma.

En tal sentido, la Sala²³ considera que, puesto que la protección de la salud es indispensable para el bienestar humano, el Estado tiene la obligación de prestar atención médica a la población que les garantice un nivel mínimo de salud en virtud a la obligatoriedad del mandato constitucional. Así estas prestaciones tienen el carácter de asistenciales, y no son consideradas como actividad empresarial del Estado, por lo que deben ser brindadas a los ciudadanos bajo los rasgos de continuidad y universalidad.

Asimismo, es importante remitirnos a los “Lineamientos de la Política Tarifaria del Sector Salud”, aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 899-2019/MINSA, para comprender los principios que rigen la prestación de servicios de salud llevados a cabo por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) de la red asistencial del MINSA. Así, destacan los principios rectores de equidad, que implica que el Estado debe garantizar que todo ciudadano, especialmente aquellos de sectores más vulnerables y pobres, tenga la oportunidad de acceder a los servicios esenciales de salud; y, de universalidad, el cual supone que el servicio de salud debe ser prestado por la Administración Pública sin ninguna discriminación.

Así, podemos entender a las actividades asistenciales realizada por el Estado como aquellas prestaciones de servicios realizadas por la Administración Pública de manera obligatoria, debido a su función social y los mandatos constitucionales referidos a derechos fundamentales, a todos los ciudadanos sin excepción con el fin de atenuar las diferencias socioeconómicas en la población con mayor necesidad.

No obstante, conforme precisa la Sala, no todos los servicios de salud prestados por el Estado pueden ser considerados automáticamente como una prestación asistencial. Para determinar el carácter social de dicha prestación deben considerarse las características del servicio de salud prestado; de esta forma se puede apreciar si mediante el referido servicio de salud se está garantizando el acceso universal a la población de bajos recursos o, si por el contrario, se dirige a atender la demanda de un segmento diferente que no carece de los medios necesarios para acceder al servicio de salud, cobrándoles un precio más alto que permita, o no generar ganancia; supuesto que sería considerado como actividad empresarial pese a ser una prestación de servicios de salud llevada a cabo por el Estado.

Al respecto, Quiñones (2012) coincide con la postura de la Sala y señala que los servicios médicos prestados por la Administración Pública, conforme a su carácter esencial, deben ser provistos a los ciudadanos de manera universal y equitativa. Así, si bien un servicio público con carácter asistencial no necesariamente es gratuito, debe ser brindado en condiciones de equidad a la población y estar disponible para quienes no puedan pagar por este. Por lo tanto, si un servicio médico es prestado por el Estado solo para los ciudadanos que puedan pagar por él, no se estaría garantizando el acceso universal y equitativo;

²³ Ver Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI

caso contrario sería se ofreciera el servicio bajo un tarifario único, pero posibilitando el acceso gratuito a quienes acrediten su imposibilidad de pago (p. 68-72).

No obstante, los criterios de la Sala en lo que respecta a las actividades asistenciales no están exentos de insuficiencias. Así, conforme señalan Luyo & Bazán (2017), el considerar únicamente a las actividades propias del *ius imperium* y a aquellas con carácter asistencial como supuestos para descartar de la categoría de “empresariales” a las prestaciones brindadas por el Estado puede llevar a conclusiones erróneas sobre la naturaleza de la actividad²⁴ (p. 195-202).

Ante dicho escenario, los autores proponen dividir a las actividades estatales entre económicas (actividades empresariales) y no económicas (potestades estatales y deberes); de esta forma tenemos a las prestaciones constitucionalmente obligatorias (deberes generales referidos a la salud, educación y seguridad social de la ciudadanía) que responden al cumplimiento de los deberes estatales respecto a la sociedad, a las potestades en virtud a la soberanía estatal (*ius imperium*) y los deberes especiales hacia ciudadanos en situación de indefensión (provisión obligatoria de servicios asistenciales). De esta forma, se evitaría que las prestaciones estatales en cumplimiento de los deberes generales puedan ser erróneamente categorizados como actividades empresariales estatales (Luyo & Bazán: 2017, p. 195-202).

Sin perjuicio de ello, ¿Podemos considerar al servicio de salud bajo tarifario diferenciado como una actividad asistencial? Para ello determinar ello debemos repasar las características del SBTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia.

Conforme a lo señalado por el Hospital en su recurso de apelación, el SBTD no debe ser considerado como una actividad empresarial susceptible de ser observada. Según la imputada, el servicio de salud provisto a través de la Clínica Cayetano Heredia ha sido brindado con la finalidad social de “mejorar la salud” y no de ofertar el servicio con ánimo de lucro.

No obstante, coincidimos con la Comisión y la Sala en que el SBTD brindado por la Clínica del Hospital Cayetano Heredia presentó las siguientes características:

- El servicio de salud es de libre acceso para todo aquel que pueda pagar el costo superior de la Clínica.
- El servicio de salud fue prestado en un espacio diferenciado en el tercer piso del área de traumatología del Hospital.
- El servicio fue prestado con el personal y recursos del Hospital.
- El servicio fue prestado bajo la misma razón social y Registro Único de Contribuyente que el Hospital.
- La carencia de ánimo de lucro no es un indicador que determine fehacientemente el carácter asistencial de una actividad.

En tal sentido, conforme lo desarrollado, la prestación de un servicio de salud por parte del Estado no implica necesariamente que el mismo posea el carácter asistencial; en tal sentido, corresponde el análisis de las características del caso en concreto. Así, conforme a las características señaladas, resulta evidente

²⁴ Al respecto, los autores ejemplifican tal situación con dos escenarios: (i) un colegio público ubicado en un distrito con capacidad adquisitiva alta; y (ii) un colegio público localizado en un distrito con nivel adquisitivo bajo. Al respecto, señalan que en el primer escenario no podría considerarse como una actividad asistencial puesto que el servicio educativo no estaría atendiendo a una necesidad estrictamente social enfocada en subsanar un desequilibrio de esta naturaleza puesto que los ciudadanos de dicho distrito pueden costear una educación privada. Respecto al segundo escenario, señalan que, bajo los criterios del Indecopi, solo se trataría de una actividad asistencial si es que los destinatarios de dicha prestación califican como ciudadanos de bajos recursos, puesto que, de tratarse de personas con un mínimo poder económico, la prestación se trataría de una actividad económica.

que el SBTD no fue brindado a los ciudadanos con el fin de satisfacer sus necesidades vitales mínimas y aminorar diferencias socioeconómicas, puesto que dichas necesidades en salud ya venían siendo atendidas a través de las prestaciones habitualmente prestadas por el Hospital. Por el contrario, el SBTD, al haber sido ofertado bajo un tarifario diferenciado, buscó atender una demanda segmentada, conformada por aquellas personas que contaban con la capacidad adquisitiva para acceder a los servicios médicos ofrecidos por la Clínica.

Por lo expuesto, coincidimos con la Comisión y la Sala en que el SBTD brindado por el Hospital no puede ser considerado como una prestación con carácter asistencial o social.

d. ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado es una actividad empresarial?

Habiendo descartado que el SBTD se trate de una actividad soberana del Estado o que se trate de una prestación de carácter asistencial, podemos considerar que dicha prestación de servicios de salud es una actividad empresarial; no obstante, consideramos pertinente explicar las razones por las cuales llega a dicha conclusión.

Conforme a lo resuelto por la Sala, la categoría de “actividad empresarial” estatal comprende a toda actuación de la Administración Pública destinada a producir, distribuir, desarrollar y/o intercambiar cualquier tipo de productos o servicios; siempre que dicha actividad no haya sido realizada en ejercicio de alguna potestad de *ius imperium* ni sea considerada como una prestación asistencial.

Adicionalmente, la Sala señala que, conforme al ámbito de aplicación subjetivo de la LRCD, el carácter empresarial que pueda poseer la actividad estatal sujeta a análisis resulta independiente al fin de lucro que se pueda ostentar. Por lo tanto, el argumento esbozado por la imputada en su apelación, mediante el cual afirmaba que el SBTD carecía de fin de lucro y que, por ende, no debía ser considerada como actividad empresarial, carece de sentido.

Asimismo, la Sala señaló que resulta irrelevante la forma jurídica bajo la cual operaba la entidad pública al ejercer la actividad empresarial, toda vez que no solo las empresas públicas operantes bajo el FONAFE pueden ejercer este tipo de actividades, sino cualquier entidad pública que se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la LRCD.

Por otra parte, el SBTD puede ser considerado por razones adicionales al “descarte” efectuado al no considerarla como actividad del *ius imperium* o asistencial. Específicamente, el referido servicio de salud fue puesto a disposición de los ciudadanos que puedan costearse dicho servicio, contrariamente a lo establecido por los principios de equidad y universalidad que rigen a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de la red asistencial del MINSA. En efecto, conforme ha sido evaluado por la Comisión y la Sala, la existencia de un tarifario diferenciado que condiciona el acceso al servicio de salud prestado por el Hospital supone una segmentación de sus actividades para cubrir la demanda específica compuesta por los ciudadanos que cuenten con la capacidad adquisitiva para costearse los servicios, dejando de lado las necesidades básicas de salud de las personas que no pudieran pagarlos; hecho que posiciona al SBTD como una oferta independiente, pero sin incurrir en los costos operativos que afectan a los demás competidores.

Asimismo, si bien la Sala ha estimado que el beneficio económico o los fines de lucro no resultan relevantes para la determinación del carácter de “actividad empresarial”, resulta pertinente precisar que el servicio de salud prestado por la imputada mediante su Clínica ha dejado un margen de ganancias; las cuales, según

la imputada, serían destinadas a “costear” la atención de los ciudadanos con menor solvencia económica. Así, si bien el Hospital señala que el SBTD fue prestado sin fines de lucro, en la realidad existieron ganancias que desmienten dicho argumento.

Conforme lo expuesto, coincidimos con la postura del Indecopi al concluir que el Hospital Cayetano Heredia incurrió en una actividad empresarial al prestar el SBTD puesto que, en primer lugar, se trató de un servicio de salud orientado a ciudadanos con la solvencia económica suficiente para acceder a este cambio de una contraprestación diferencia a la tarifa habitualmente cobrada por el servicio de salud provisto por el Hospital; en segundo lugar, el SBTD fue prestado sin cumplir con los principios de universalidad y equidad; y, finalmente, quedó demostrado que, pese a no tratarse de una empresa pública bajo el ámbito del FONAFE, cualquier entidad pública puede incurrir en actividades empresariales (siendo que la licitud de las mismas dependerá del cumplimiento de los requisitos del artículo 60 de la Constitución).

Ahora bien, habiendo determinado que la actividad realizada por el hospital bajo los tarifarios diferenciados era empresarial y no contaba con autorización de ley expresa, corresponde exponer las conclusiones del caso.

e. Conclusiones del primer problema jurídico

Habiendo abordado el primer problema jurídico, podemos concluir lo siguiente:

- En concordancia con la Sala, para que una actividad sea considerada como empresarial debe estar dotado de ciertas características: (i) se trate de la provisión de bienes o servicios llevada a cabo por el Estado (ya sea mediante una empresa del Estado o por cualquier otra entidad de la Administración Pública); (ii) que dicha actividad no sea realizada en ejercicio del *ius imperium* estatal; y, (iii) que no sea considerada como una prestación de carácter asistencial o social.
- Asimismo, la Sala considera que hay circunstancias que no resultan determinantes para el análisis de la naturaleza empresarial de una actividad. Así, señala que la carencia de fines de lucro, la falta de rentabilidad en la actividad o la forma jurídica de la entidad de la Administración Pública que la presta resultan irrelevantes para determinar si es empresarial o no.
- El SBTD es una actividad de prestación de servicios de salud llevada a cabo por el Hospital Cayetano Heredia la cual, conforme al análisis de la Sala, tiene carácter empresarial.
- Concordamos con el Indecopi en que el SBTD si era actividad empresarial debido a que: (i) el servicio no supone una manifestación del *ius imperium*; y, (ii) el servicio no tiene carácter asistencial ya que se ofrece en el mercado a las personas con mayor capacidad adquisitiva y no cumple con los principios de equidad y universalidad que rigen la prestación de servicios de salud de carácter asistencial.

ii. Segundo problema jurídico: ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado ha sido autorizado por ley expresa?

Previamente, señalamos que la realización de actividades empresariales por parte del Estado debe cumplir con ciertas exigencias, siendo un de estas la existencia de una ley expresa En tal sentido, nos corresponde desglosar el alcance del referido requisito.

a. ¿Qué implica el término “ley expresa” en la norma?

Si bien la máxima norma determina que en estos supuestos es necesario de una ley expresa, la norma no desarrolla el contenido de la expresión "ley expresa" por lo que surge la duda respecto a si debe interpretarse como una reserva de ley absoluta o relativa ni a que implica el que dicha ley sea "expresa".

En vista de ello, tanto la Comisión como la Sala desarrollaron el alcance de "ley expresa" en sus respectivas resoluciones. Así, en lo que respecta al concepto de "ley", la Comisión consideró se hacía referencia a la existencia de una norma con rango de ley que autorice la realización de esta actividad. En tal sentido, el referido órgano resolutorio, estimó que el SBTD no fue debidamente autorizado por la Resolución Ministerial aludida, al no tener rango de ley.

No obstante, la Sala discrepó de la primera instancia considerando que la Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA no es idónea para autorizar la realización de actividad empresarial estatal puesto que el referido requisito de "ley expresa" debe ser entendido en un sentido estricto, por lo que únicamente se podrá autorizar mediante una ley que sea aprobada por el legislativo.

El fundamento principal parte del fundamento 31 de la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el contexto del Expediente N° 0034-2004-PI/TC, mediante al cual se indicó que el artículo 60 de la Constitución supone una reserva de ley absoluta. Asimismo, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1031, concuerda con lo resuelto por el TC al requerir la autorización a través de una ley aprobada por el Congreso de la República para la realización de actividades empresariales por cuenta de las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE²⁵.

En tal sentido, la segunda instancia considera que, ya sea que se lleve a cabo por una empresa estatal o por una entidad pública, el supuesto de hecho es el mismo. Así, al tratarse de situaciones jurídicas similares, resulta coherente requerir la misma rigurosidad interpretativa respecto al término "ley" para las entidades públicas, tal como se realiza con las empresas estatales.

Asimismo, la Sala señala que, debido a que suponen una intervención excepcional en el mercado, cualquier tipo de actividad empresarial estatal implica una afectación a los principios constitucionales de libre iniciativa privada y libertad de empresa. En tal sentido, al ser una restricción de derechos y principios constitucionales, el término "ley" debe ser interpretado restrictivamente; por lo tanto, la autorización mediante ley debe realizada a través del Congreso de la República en calidad de representantes de los titulares de los derechos afectados.

Igualmente, dicho criterio interpretativo fue adoptado por el Indecopi mediante el precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, al establecer que la actividad empresarial ejecutada por el Estado será considerada lícita, cuando cuente con esta ley expresa aprobada por el Congreso.

Considerando el requisito de "ley", se trata de una reserva de ley absoluta; es decir, hace referencia a que toda actividad empresarial estatal, ya sea llevada a cabo mediante una empresa estatal o una entidad pública, debe ser autorizada mediante una ley del legislativo.

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1031 - DECRETO LEGISLATIVO QUE PROMUEVE LA EFICIENCIA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO**

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.

Ahora bien, respecto al término “expresa”, la Sala indica que dicho término debe ser comprendido en función al lenguaje común por lo que se entiende como “claro y patente”. En tal sentido, la ley, aprobada por el Congreso, deberá establecer clara y patente la autorización respectiva.

Asimismo, la segunda instancia precisa que no se requiere la literalidad o textualidad en la ley; no obstante, ello permite cierto margen interpretativo para los órganos resolutivos del Indecopi, tal como se ha podido apreciar en cuatro procedimientos administrativos sancionadores iniciados a partir de las denuncias presentada por la Clínica Santa Teresa en contra de diversos institutos especializados:

N° DE EXPEDIENTE	INSTITUTO DENUNCIADO	RESOLUCIÓN DE SALA	INTERPRETACIÓN DE LA SALA
N° 171-2008/CCD	Instituto Nacional de Oftalmología (INO)	N° 2470-2010/SC1-INDECOPI	La Sala consideró que el artículo 30 de la Ley del Ministerio de Salud autorizaba al INO a prestar el SBTD puesto que el inciso d) permite inferir que el término “aplicar” alude a prestar <u>todo tipo de atención médica oftalmológica a los pacientes.</u>
N° 172-2008/CCD	Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP)	N° 2471-2010/SC1-INDECOPI	La Sala consideró que el artículo 30 de la Ley del Ministerio de Salud autorizaba al INMP a prestar el SBTD puesto que el inciso d) permite inferir que el término “aplicar” alude a prestar <u>todo tipo de atención médica obstétrica y neonatológica a los pacientes.</u>
N° 173-2008/CCD	Instituto Nacional de Salud del Niño (ISN)	N° 2472-2010/SC1-INDECOPI	La Sala consideró que el artículo 30 de la Ley del Ministerio de Salud autorizaba al ISN a prestar el SBTD puesto que el inciso d) permite inferir que el término “aplicar” alude a prestar <u>toda forma de atención que puede brindar el ISN a los niños y adolescentes, ya sea a través del típico servicio asistencial que se da a pacientes de escasos recursos como a través del SBTD.</u>
N° 154-2008/CCD	Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN)	N° 2473-2010/SC1-INDECOPI	La Sala consideró que el artículo 33 de la Ley del Ministerio de Salud señala expresamente que el INEN es un organismo público descentralizado y, por lo tanto, los términos “garantizar” y “priorizar” lo facultan de prestar el servicio de prestar el servicio de salud

			oncológico a través del SBTD, haciendo énfasis en los pacientes de menores recursos.
--	--	--	--

Como podemos apreciar, la Sala interpretó extensivamente que el artículo 30 de la Ley del Ministerio de Salud facultan a los institutos especializados a realizar toda prestación que se considere como la “aplicación de los conocimientos de su área científica y/o tecnológica” y que el artículo 33 de la referida Ley permite al INEN prestar el SBTD ya que se encuentra obligados a “garantizar” la salud de los pacientes a través de cualquier servicio de salud oncológica, ya sea de carácter asistencia o mediante un tarifario diferenciado.

Al respecto, Avendaño Valdez, el entonces presidente de la Sala, postula en sus votos en discordia²⁶ que, si bien el término “expreso” no implica la literalidad de la ley habilitante, debe tomarse en cuenta que la autorización para que el Estado desarrolle actividades empresariales resultan excepcionales. Por lo tanto, la lectura de la ley debe ser exhaustiva para prevenir que, a través de interpretaciones extensivas, analogías o intuiciones, se autorice la realización de actividades empresariales que no corresponden al objetivo de la ley que incluye la disposición presuntamente habilitante.

En tal sentido, el entonces presidente de la Sala señala que el artículo 30 de la Ley del Ministerio de Salud, referida a la aplicación de conocimiento del área científica de cada instituto especializado, no debe ser interpretado extensivamente para permitir la prestación de servicios de salud bajo tarifario diferenciado puesto que el contenido de la disposición refiere a la aplicación de dichos conocimientos dentro del estricto cumplimiento de las actividades asistenciales enfocadas en satisfacer las necesidades de salud de los pacientes de menor capacidad adquisitiva. Por lo que toda interpretación de la norma que escape de las prestaciones estrictamente asistenciales resulta errónea al pretender autorizar actividades no comprendidas por la norma.

Por lo tanto, podemos considerar que la falta de literalidad como criterio interpretativo en la lectura de la norma habilitante supone un gran riesgo para los principios de subsidiariedad, libertad de empresa y libre iniciativa privada puesto que permite interpretaciones extensivas a favor de la realización de actividades empresariales estatales pese a que la norma habilitante no contempla dicho fin.

No obstante, tal como ocurre con el concepto de “ley”, el referido criterio ha sido adoptado mediante el mediante el precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI sin prestar mayor atención al voto en discordia del entonces presidente de la Sala, el cual se centraba en establecer que la ley debía precisar de manera concreta y clara que la empresa o la entidad del Estado tiene autorización y está habilitada para desarrollar la actividad empresarial; sin embargo, el término expreso no implica literalidad.

Así, como podemos apreciar, el análisis del Indecopi respecto al primer requisito establecido por el artículo 60 resulta directo puesto que consiste en una verificación de la autorización correspondiente (la ley aprobada por el Congreso de la República) y que esta sea clara al identificar la actividad empresarial autorizada y el rubro en la cual se desempeñará; así, de cumplirse ambas características, se habrá cumplido el primer requisito.

²⁶ Ver Resoluciones N° 2470-2010/SC1-INDECOPI, N° 2471-2010/SC1-INDECOPI y N° 2470-2010/SC1-INDECOPI

b. Según el criterio de los órganos resolutivos ¿existe ley expresa que autorice dicha actividad?

Habiendo desarrollado el criterio manejado por el Indecopi para la determinación de la existencia de una ley expresa corresponde analizar si el SBTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia cumplió el referido requisito.

Conforme relatamos previamente, el Hospital Cayetano Heredia, en sus descargos, señaló, entre otros argumentos, que el SBTD fue autorizado por la Resolución N° 586-2006-MINSA, no obstante, la Comisión consideró que el requisito de ley expresa comprendía a toda norma con rango de ley que autorice la realización de la actividad empresarial estatal. No obstante, dicho criterio fue refutado por la Sala conforme a lo indicado previamente.

En tal sentido, si bien ambas instancias desestimaron a la Resolución N° 586-2006- MINSA como norma habilitante para la realización del SBTD ya que solo precisaba las características de dicho servicio, resulta pertinente remarcar que los fundamentos fueron distintos. Así, la primera instancia determinó que dicha Resolución no resultaba apta al no tener rango legal; mientras que la Sala consideró que esta no autorizaba el SBTD al no tratarse de una ley expedida por el Congreso.

Así, conforme a lo expuesto por la Sala, la Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA no habilita la prestación del SBTD por parte del Hospital Cayetano Heredia toda vez que no se trataba de una ley que haya sido aprobada por el Congreso, y en la cual conste de manera expresa la habilitación para ejercer la actividad cuestionada.

Finalmente, concordamos con la postura de la Sala al considerar que la prestación del SBTD llevada a cabo por el Hospital Cayetano Heredia carece de la debida autorización al no existir una ley expresa del Congreso plantee que permita su realización. Asimismo, estamos de acuerdo en que dicha prestación supone acto de violación de normas al haber incumplido el requisito establecido por el artículo 60 de la Constitución.

No obstante, discrepamos de la interpretación del concepto de "ley expresa" efectuado por la Sala y recogido en el precedente de observancia obligatoria al considerar que, conforme expusimos, el término "expreso" no debe ser entendido como "literal" si no como "claro y patente" conforme los usos del lenguaje. En efecto, excluir a la literalidad como criterio de interpretación implica una menor rigurosidad en la evaluación de la norma habilitadora para la realización de la actividad empresarial estatal, suponiendo una afectación al principio de subsidiariedad, a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada ya que pueden considerarse como "autorizadas" por una lectura extensiva de la norma, fuera de los alcances y finalidad de esta.

c. Conclusiones del segundo problema jurídico

Respecto a lo expuesto, hemos concluido lo siguiente:

- El artículo 60 de la Constitución establece que las actividades empresariales llevada a cabo por el Estado requieren de autorización por ley expresa para que sean lícitas. Según el criterio adoptado por Indecopi, dicho requisito implica que: (i) la autorización solo puede ser realizada mediante ley expedida por el Congreso de la República; y, (ii) que dicha ley debe señalar de manera "clara y patente" la actividad empresarial que el Estado podrá llevar a cabo.
- Respecto al carácter de "expresa" de la ley, la Sala considera que no se requiere de literalidad al establecer la autorización para la realización de la actividad empresarial por el Estado, sino que solo debe quedar forma claro.

- La carencia de literalidad como requisito para determinar si la ley habilita la realización de la actividad empresarial estatal puede suponer una menor rigurosidad al determinar que normas resultan aptas para autorizar dichas actividades. En consecuencia, leyes que no autoricen expresamente la realización de actividad empresarial podrían ser consideradas como aptas a través de una interpretación extensiva, pese a que no concuerden siquiera con los objetivos de dichas normas, tal como consta en los procedimientos señalados a manera de ejemplo.
- La falta de rigurosidad en la evaluación de la ley que habilite la realización de la actividad empresarial estatal supone una potencial afectación a los principios de subsidiariedad, libertad de empresa y libre iniciativa privada al permitir que el Estado realice actividades empresariales que resultarían ilícitas bajo un examen literal.
- No obstante, pese al potencial riesgo señalado, el Indecopi ha determinado apropiadamente que no una ley expresa emitida por el Congreso que habilite la prestación del SBTD ya que la norma citada por la imputada tiene rango infra legal.

En tal sentido, entendiendo que para la procedencia de la actividad empresarial por parte de una entidad estatal es necesario del cumplimiento de tres requisitos concurrentes, el análisis debe concluir puesto que el SBTD prestado por el Hospital Cayetano Heredia incumple el primer requisito establecido en la referida disposición constitucional por lo que se concluye en que está fue llevada a cabo ilícitamente y, por ende, supone un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

VII. CONCLUSIONES

Habiendo finalizado el análisis del Expediente N° 169-2008/CCD, el marco teórico y normativo aplicable, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Respecto al primer problema jurídico: ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado que brinda el Hospital es una actividad empresarial?

- El servicio de salud bajo tarifario diferenciado prestado por el denunciado comprende al conjunto de prestaciones asistenciales ofertadas a los ciudadanos a cambio de una tarifa diferenciada a la habitualmente establecida por el Hospital. Dicho servicio fue dirigido segmentadamente a las personas que contaban con mayor solvencia económica, no habiendo diferencia de calidad alguna entre el servicio habitualmente prestado y el SBTD pues era prestado con el mismo personal, los mismos recursos e infraestructura.
- Para determinar si la Administración Pública ha infringido la LRCD se debe verificar si esta ha realizado actividad empresarial o no; para ello, primero se tiene que descartar si se ha realizado en ejercicio del *ius imperium* o si tiene carácter asistencial.
- Conforme el criterio del Indecopi, las actividades ejercidas en virtud al *ius imperium* comprenden a todas aquellas que son de titularidad exclusiva del Estado fundamentadas por sus atribuciones soberanas.
- El SBTD no puede ser considerada como una actividad ejercida en virtud al *ius imperium* al no ser una manifestación de las funciones propias de la soberanía del Estado mencionadas.

- De igual forma, conforme a lo resuelto por la Comisión y la Sala, el carácter asistencial o social forma parte de las prestaciones de bienes o servicios requeridos por los sectores más vulnerables de la población requeridos en virtud a un desequilibrio en la satisfacción de determinados derechos de carácter social, tales como la salud, la educación. Entre estos derechos, el Estado considera que la protección de la salud es indispensable para el bienestar humano por lo que tiene la obligación de garantizar un nivel mínimo de salud a los ciudadanos, primando los principios de equidad y universalidad en dicha prestación.
- No todo servicio de salud que es brindado por la Administración Pública es asistencial. Para determinar si posee dicho carácter debe analizarse si el servicio de salud procura garantizar el acceso universal a la población de bajos recursos; de lo contrario, dicho servicio no tendrá el carácter asistencial.
- El SBTD no es considerado como una prestación de salud asistencial puesto que esta buscó atender la demanda segmentada de personas que contaban con la capacidad adquisitiva para costearlo, siendo contrario a los principios de equidad y universalidad.
- La categoría de "actividad empresarial estatal" comprende a toda actuación de la Administración Pública orientada a producir, distribuir, desarrollar y/o intercambiar cualquier tipo de bienes o servicios, que no sea considerada como parte del *ius imperium* o tenga carácter asistencial. Estas pueden ser prestadas a través de las empresas estatales adscritas al FONAFE o mediante cualquier otra entidad de la Administración Pública. Por lo tanto, el SBTD es una actividad empresarial estatal que debió cumplir con los requisitos previstos y exigidos en el artículo 60 de la Constitución.

Asimismo, sobre el segundo problema jurídico: ¿El servicio de salud bajo tarifario diferenciado ha sido autorizado por ley expresa?

- El primer requisito consignado por la Constitución es que la actividad empresarial estatal sea autorizada por "ley expresa". Al respecto, la Comisión y la Sala han desglosado dicho término para conocer sus alcances.
- Al tratarse de una intervención excepcional al mercado y una afectación a la libertad de empresa y libre iniciativa privada, la Sala considera que el término "ley" debe ser interpretado de manera restrictiva; por lo que debe ser interpretada como una reserva de ley absoluta. Asimismo, el Indecopi considera que el hecho de existir una reserva de ley absoluta para la realización de actividades empresariales por cuenta de empresas del Estado adscritas al FONAFE, es otro fundamento para defender la interpretación restrictiva al tratarse de supuestos similares. Por lo tanto, para que una actividad empresarial estatal cumpla el primer requisito debe existir una ley previamente aprobada por el legislativo.
- Respecto al término "expresa", la Sala indica que dicho término debe ser comprendido en función al lenguaje común por lo que se entiende como "claro y patente". En tal sentido, la ley, aprobada por el Congreso, deberá establecer de manera "clara y patente" que la empresa estatal o entidad pública se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios; no solo respecto a la autorización sino también respecto al rubro de la actividad empresarial. No obstante, señala que no se requiere de literalidad en la ley dejando cierto margen

de interpretación del texto de la norma, tal como se ha apreciado en diferentes procedimientos administrativos en contra de institutos especializados adscritos al MINSA.

- Al respecto, el margen de interpretación ha sido cuestionado por el entonces presidente de la Sala al suponer un impedimento para analizar exhaustivamente la ley habilitante. Esto supone una posible afectación a la libertad de empresa y libre iniciativa privada pues no analizan los requisitos constitucionales para la realización de actividades empresariales estatales con la rigurosidad que implica la excepcionalidad de dicha intervención en el mercado.
- Según el Hospital, la Resolución Ministerial N° 586-2006-MINSA habilitaba la realización del SBTD; no obstante, al no ser una ley emitida por el Congreso de la República, no es una norma habilitante conforme al artículo 60 de la Constitución.
- Habiendo incumplido el primer requisito constitucional, el SBTD deviene en ilícito por lo que corresponde finalizar la aplicación de la metodología del Indecopi y, en consecuencia, se declara fundada la imputación formulada en contra del Hospital Cayetano Heredia por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas al haber realizado actividad empresarial sin cumplir las disposiciones del artículo 60 de la Constitución.

VIII. RECOMENDACIONES

Habiendo analizado el presente expediente y contrastado la materia con las diversas fuentes estudiadas, procederé a abordar tres recomendaciones para el análisis de procedimientos sancionadores similares:

- **Respecto a las actividades de *ius imperium* y las prestaciones de carácter asistencial como actividades estatales no empresariales:** Como señalamos previamente, las actividades de *ius imperium* y aquellas con carácter asistencial no impiden que las prestaciones realizadas por el Estado sean consideradas como "empresariales"; no obstante, quedó demostrado que, bajos ciertos escenarios, dichas categorías resultan insuficientes para abarcar los supuestos en los cuales la Administración Pública no incurre en actividades empresariales.

En tal sentido, resulta imprescindible considerar las observaciones de Luyo & Bazán (2017, p. 195-202) y dividir a las actividades no económicas del Estado entre potestades estatales, referidas al ejercicio del *ius imperium*; los deberes generales, que comprenden a las prestaciones asistenciales que realiza la Administración Pública en cumplimiento de los deberes constitucionales respecto a la salud, educación y seguridad social de la ciudadanía en general; y, deberes especiales, los cuales se enfocan en brindar servicios de carácter asistencial a ciudadanos en situación de indefensión particular.

De esta manera, se procura comprender de mejor manera a aquellas prestaciones que, bajo los escenarios detallados en el presente informe, tienen carácter asistencial pero no resultan tan fácil de apreciar.

- **Respecto a la competencia para analizar el requisito de "ley expresa":** Como expusimos previamente, el Indecopi posee la potestad para analizar si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución en lo que respecta a la realización de actividad empresarial estatal; no obstante, siendo la labor general de dicho ente el velar por el correcto funcionamiento del mercado, ¿no debería limitarse a analizar si la supuesta actividad empresarial es subsidiaria?

Como proponen Sumar, Sosa & Méndez (2020, p. 132-139), el Indecopi debería limitarse a ejercer las funciones de supervisión del correcto funcionamiento del mercado en lo que respecta al análisis de la subsidiariedad de las actividades empresariales estatales puesto que, al carecer de capacidad para desconocer disposiciones infra constitucionales, el análisis del requisito de ley expresa resulta incongruente con las competencias del Indecopi. Por lo tanto, tal como proponen los autores, el análisis de dicho requisito debería ser efectuado por el Tribunal Constitucional puesto que resulta más apropiado para las competencias de dicho ente; mientras que el requisito de subsidiariedad debería ser analizado con mayor rigurosidad por el Indecopi, incluyendo la participación de la Oficina de Estudios Económicos correspondiente para el apoyo técnico respectivo, para procurar la disminución de la participación de la Administración Pública en el mercado.

- **Sobre la interpretación del requisito de “ley expresa”:** Sin perjuicio de lo anteriormente recomendado, como señalamos, el Indecopi considera que este requisito implica que la actividad económica estatal debe ser autorizada mediante una ley emitida por el Congreso de la República y que esta deberá establecer de manera “clara y patente” que la empresa estatal o entidad pública se encuentra habilitada para desarrollar las actividades empresariales; no obstante, existe cierto margen de discrecionalidad que permite interpretaciones de leyes que autoricen la realización de actividades empresariales aunque el objetivo de la misma no sea ese (tal como ocurrió con los institutos especializados y la Ley de Salud).

En tal sentido, como postuló Avendaño Valdez, en sus votos en discordia²⁷, si bien el término “expreso” no implica la literalidad de la ley habilitante, debe tomarse en cuenta que la autorización para que el Estado desarrolle actividades empresariales resultan excepcionales; por lo tanto, para evitar la normalización de actividades empresariales estatales en el mercado, debe analizarse el requisito de ley expresa con mayor rigurosidad y eliminar el margen de discrecionalidad que permite que leyes no destinadas a autorizar dichas actividades pasen como tales.

²⁷ Ver Resoluciones N° 2470-2010/SC1-INDECOPI, N° 2471-2010/SC1-INDECOPI y N° 2470-2010/SC1-INDECOPI

IX. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

i. Doctrina

Aramayo Baella, A., Gagliuffi Piercechi, I., Maguiña Pardo, R., Rodas Ramos, C., Sosa Huapaya, A., & Stucchi López Raygada, P. (2013). Competencia desleal y regulación publicitaria.

Ariño, G. (2004). Principios de derecho público económico. *Comares, Granada*.

Ballvé, F. (2012). Los fundamentos de la Ciencia Económica. España. Unión Editorial

Bullard González, A. (2011). El Otro Pollo La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 199-209. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13689>

Cairampoma Arroyo, A., & Fetta Pizzorno, A. (2021). La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica del estado en el ordenamiento jurídico peruano. *Advocatus*, (041), 29-46. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5649>

Chamorro Poma, C. W. (2022). Análisis del arrendamiento del Estadio Nacional para la realización de espectáculos deportivos y recreativos como un acto de competencia desleal por violación de normas por infracción del art. 60 de la Constitución. Recuperado a partir de: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/18854/Chamorro_pc.pdf?sequence=3

Bastidas, O., & Richer, M. (2001). Economía social y economía solidaria: intento de definición. *Cayapa. Revista venezolana de economía social*, 1(1), 1 - 27. Recuperado a partir de: <https://www.redalyc.org/pdf/622/62210102.pdf>

De Areilza Carvajal, J. M. (1995). El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea. *Revista española de derecho constitucional*, (45), 53-93. Recuperado a partir de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79541.pdf>

Diez Canseco Núñez, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), 39-63. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725>

Diez Canseco Núñez, L., & Buleje Díaz, C. (2011). Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1- INDECOPI. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 221-235. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13691>

Frosini, T. E. (2002). Subsidiariedad y constitución. *Revista de Estudios Políticos*, (115), 7-26. Recuperado a partir de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/246155.pdf>

García-Trevijano, J. A. (1971). *Tratado de derecho administrativo. Tomo II, vol. 1*. Editorial Revista de Derecho Privado.

Gordillo, A. (2014), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: primeros manuales*, 1ª ed., t.9, Fundación de Derecho Administrativo.

Guzmán Napurí, C. (2021). El principio de subsidiariedad empresarial del Estado. *Revista Derecho Público Económico*, 1(1). Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.18259/dpe.2021005>

Hernández-Mendible, V. R. (2014). Economía social de mercado en el Estado de garantía de prestaciones. En *El Derecho Administrativo en perspectiva: en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil* (pp. 331-348).

Huapaya Nava, M., & Terrazos Poves, J. R. (2008). Principio de Subsidiariedad: Consideraciones respecto a la aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N° 1044 en materia de Actividad Empresarial del Estado. *Derecho & Sociedad*, (31), 277-284. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17411>

Kresalja, B., & Ochoa, C. (2009). *Derecho constitucional económico* (Vol. 8). Fondo Editorial de la PUCP.

Landa Arroyo, C. (2016). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. *Forseti. Revista de derecho*, (6), 146-158. Recuperado a partir de: <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/download/1125/1297>

Lazarte Molina, J. E. (2003). El concepto de servicio público en el Derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, 13(26), 68-85. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16236>

Luyo, M., & Bazán, V. (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. *Derecho & Sociedad*, (49), 185-202. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19887/19925>

Massaguer, J. (2002). La cláusula general de prohibición de la competencia desleal. *Advocatus*, (007), 31-56. Recuperado a partir de: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2375/2309>

Ochoa Cardich, C. (1993). Bases fundamentales de la constitución económica de 1993. *Lecturas sobre temas constitucionales*, (11).

Parada, R. (2010). *Derecho Administrativo III, Bienes públicos, Derecho urbanístico* (12va edición), Marcial Pons.

Paz, Noreyma. (29 de noviembre del 2019). Una economía de mercado para todos: retrospectivas y avances de cara al Bicentenario. Stakeholders. Sostenibilidad. Recuperado a partir de: <https://stakeholders.com.pe/estado/una-economia-mercado-todos-retrospectivas-avances-cara-al-bicentenario>

Pazos Hayashida, J., Capurro Sánchez, A. M., Mac Kee Briceño, G., & Escalante Márquez, A. (2022). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Recuperado a partir de: [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7793/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20\(2019\)VF..pdf?sequence=2](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7793/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20(2019)VF..pdf?sequence=2)

Quiñones Alayza, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 65-73. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13490>

Resico, M. F. (2009). Economía social de mercado: una opción económica para Latinoamérica [en línea]. En *Diálogo Político* 26(1), Konrad Adenauer Stiftung, Brasil. Recuperado a partir de: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2327>

Rodríguez, V. R. (2016). Principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú. *Quipukamayoc*, (24), 121-137. Recuperado a partir de: <https://www.academia.edu/download/56334115/12475-43528-1-PB.pdf>

Rubio Correa, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993.

Sánchez-Calero Guilarte, J. (2010). La ampliación del concepto de competencia desleal.

Sumar, O., Sosa, A. & Méndez, R. (2020). Algunas consideraciones previas: La agencia peruana de competencia (Indecopi) como garante del principio de subsidiariedad. En R. Barcia, M. Safar, G. Lascano & R. Méndez (Eds.), *REFLEXIONES JURÍDICAS (Vol. VI) - Segunda Parte* (pp. 123 - 142). Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado a partir de: <https://edipuce.edu.ec/wp-content/uploads/2021/03/Reflexiones-Juridicas-VI-Segunda-Parte.pdf>

Velarde Koechlin, L. F. (2021). Entendiendo los conceptos constitucionales de libre iniciativa privada y economía social de mercado. *Ius Et Praxis*, 52(052), 147-161. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4966>

ii. Jurisprudencia y Resoluciones

Asunto C-41/90 (1993, 23 de abril). Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH.

Expediente N° 0008-2003-AI/TC (11 de noviembre de 2003). Tribunal Constitucional. Recuperado a partir de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Expediente N° 00034-2004-PI/TC (15 de febrero de 2005). Tribunal Constitucional. Recuperado a partir de: https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/00034-2004-AI_compressed.pdf

Expediente N° 0001-2005-PI/TC (2005, 6 de junio). Tribunal Constitucional. Recuperado a partir de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00001-2005-AI.html>

Expediente N° 07644-2006-PA/TC (2006, 15 de diciembre) Tribunal Constitucional. Recuperado a partir de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07644-2006-AA.pdf>

Resolución N° 0391-2007/TDC-INDECOPI (2007, 21 de marzo). Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/f0df6c31-197d-4bf3-92b8-81cee9b4afc0>

Resolución N° 1382-2007/TDC-INDECOPI (2007, 6 de agosto). Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/ccca51a46-fe1f-4b85-a1fd-99e7412a4e88>

Resolución N° 1668-2008/TDC-INDECOPI (2007, 11 de setiembre). Sala de Defensa de la Competencia Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/dd66c899-c039-4630-ba11-8e6b73358df8>

Expediente N° 04293-2012-PA/TC (18 de marzo de 2014). Tribunal Constitucional. Consulta: 17 de noviembre de 2023. Obtenido a partir: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

Resolución N° 0112-2009/CCD-INDECOPI (2009, 22 de julio). Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

Resolución N° 2470-2010/SC1-INDECOPI (2010, 6 de setiembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/7f31102f-cbd8-4434-a0e7-a476a60af53d>

Resolución N° 2471-2010/SC1-INDECOPI (2010, 6 de setiembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/486ba9f8-e24f-4a7e-ae4e-cefdc8ed083b>

Resolución N° 2472-2010/SC1-INDECOPI (2010, 6 de setiembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/cd0332ca-52e3-4a03-8081-8d3f0d871588>

Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI (2010, 6 de setiembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/6c995697-7-b1b5-40b7-8e36-49ffbc4ba374>

Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI (2010, 14 de setiembre). Sala de Defensa de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. Obtenido a partir: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/3fedeb67-5ee0-4cba-9091-56d06a4699c9>

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.

SUSALUD. Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - RENIPRESS. Consulta: 15 de abril de 2023. Recuperado a partir de: <http://app20.susalud.gob.pe:8080/registro-renipress-webapp/ipress.htm?action=mostrarVer&idipress=00008956#no-back-button>

iii. Normativa

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Congreso de la República (2002, 5 de agosto). Ley N° 27809. Ley General del Sistema Concursal. Recuperado a partir de: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/\\$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf)

Ministerio de Salud (2007, 9 de marzo). Resolución Ministerial N° 216-2007/MINSA. Reglamento de Organización y Funciones del Hospital Nacional Cayetano Heredia. Recuperado a partir de: [https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/13147/PLAN_13147_2016_ROF_ACTUAL_RM216-2007MINSA\(A\).PDF](https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/13147/PLAN_13147_2016_ROF_ACTUAL_RM216-2007MINSA(A).PDF)

Ministerio de Salud (2019, 27 de setiembre). Resolución N° 899-2019/MINSA. Resolución que aprueba los "Lineamientos de la Política Tarifaria del Sector Salud". Recuperado a partir de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/375160/resolucion-ministerial-n-899-2019-minsa.PDF?v=1569951186>

Presidencia del Consejo de Ministros. (1996, 16 de abril). Decreto Legislativo N° 807. Por la cual se regulan las Facultades, normas y organización del Indecopi. Recuperado a partir de: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/dl807.pdf>

Presidencia del Consejo de Ministros. (2001, 17 de julio). Decreto Supremo N° 088-2001-PCM. Decreto que establece las disposiciones aplicables a las Entidades del Sector Público para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes. Recuperado a partir de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2894277/Decreto%20Supremo%20N%C2%B0%20088-2001-PCM.pdf?v=1646758257>

Presidencia del Consejo de Ministros (2008, 24 de junio). Decreto Legislativo N° 1031. Por el cual se promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. Recuperado a partir de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/251483/226848_file20181218-16260-k41c6t.pdf?v=1545176719

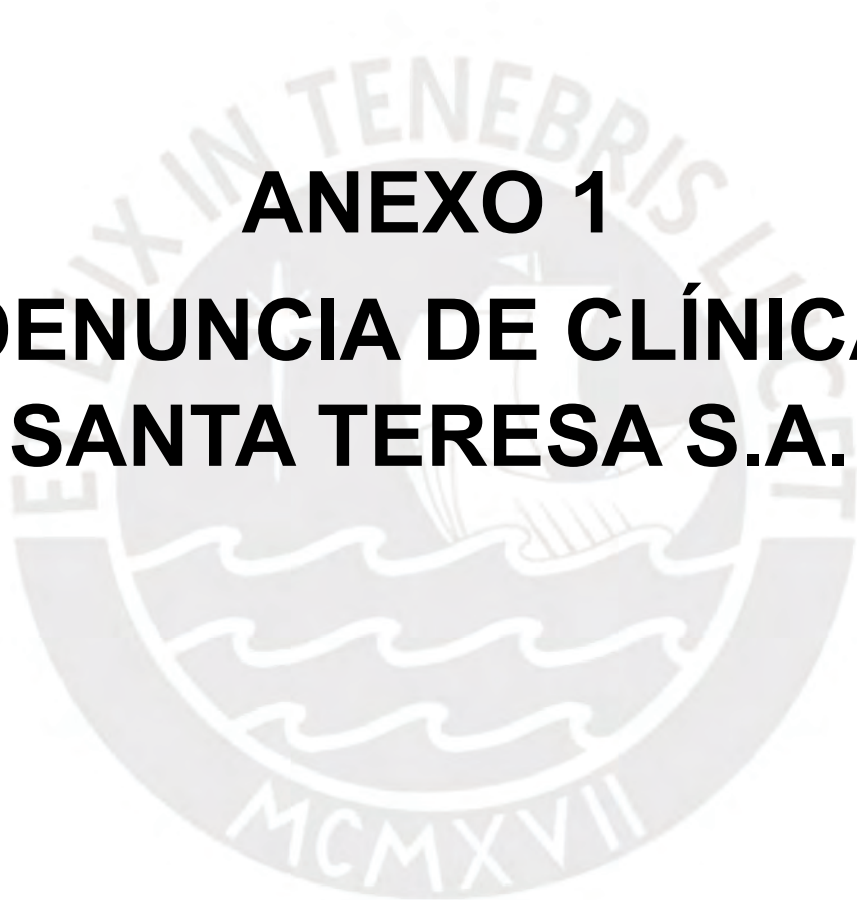
Presidencia del Consejo de Ministros. (2008, 25 de junio). Decreto Legislativo N° 1044. Por el cual se expide la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Recuperado a partir de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2325241/Decreto%20Legislativo%201044.pdf.pdf?v=1635356391>

Presidencia del Consejo de Ministros (2008, 24 de noviembre). Exposición de motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044. Recuperado a partir de: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf

Presidencia del Consejo de Ministros (2019, 19 de febrero). Decreto Supremo N° 030-2019-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Recuperado a partir de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/296773/DS_N_030-2019-PCM.pdf?v=1551892927

Ministerio de Salud. (2006, 23 de junio). Decreto Supremo N° 013-2006-SA. Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo. Recuperado a partir de: https://www.minsa.gob.pe/Recursos/OTRANS/08Proyectos/2021/PIM-SS-2021_norma-13.pdf

X. ANEXOS



ANEXO 1
DENUNCIA DE CLÍNICA
SANTA TERESA S.A.

ORIGINAL

000002

INDECOPI 119186

INDECOPI
Comisión de Fiscalización de la
Competencia Desleal
13 OCT 2008

2008 OCT 10 10:43 AM

EXP.:
SUMILLA DENUNCIADO
POR ACTOS DE
COMPETENCIA DESLEAL

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE

SEÑOR SECRETARIO TÉCNICO DE LA COMISIÓN DE REPRESENTACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL:

CLINICA SANTA TERESA S.A., con R.U.C. N° 20100354731, debidamente representado por su Gerente General señor **PAUL RICARDO DE SOUZA FERREYRA QUIROZ**, identificado con D.N.I. N° 08721867, según poder que corre inscrito en el asiento C00017 de la Partida Electrónica N° 02016982 del Registro de Personas Jurídicas de Lima y Callao, con domicilio en Los Halcones N° 410, Urb. Jardín, distrito de Surquillo, con domicilio procesal en la casilla N° 6702 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Sede Miraflores, a ustedes respetuosamente decimos:

I. PETITORIO:

Formulamos denuncia contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia, con RUC N° 20154528971, ubicada en Av. Honorio Delgado s/n, Urb. Ingeniería, distrito de San Martín de Porres, provincia y departamento de Lima, por la comisión de los actos de competencia desleal descritos en el Art. 14, numeral 14.3, del Decreto Legislativo 1044, Decreto legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, referidos a actos desarrollados por autoridad pública o empresa estatal, violando normas imperativas.

En efecto, la norma en mención establece en el Subcapítulo III, Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena, en su artículo 14°, inciso 14.3 lo siguiente:

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

El artículo se respalda Constitucionalmente en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, el mismo que establece:

Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o

Desleal y del Decreto Legislativo. N° 807, Ley sobre las Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, la denuncia se tramitará bajo las normas del Procedimiento único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Competencia Desleal.

V. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrecemos los siguientes medios probatorios:

1. Información contable que deberá requerir la Secretaria Técnica al Hospital denunciado, destinada a demostrar las características de las prácticas realizadas en el ámbito público y privado con la finalidad de determinar la gravedad de la infracción.
2. Información que deberá remitir su despacho a la Comisión de alto nivel encargada de evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de estos establecimientos, presidida por el Ing. Jesús Vidalón.

VI. ANEXOS:

Se adjunta a la presente denuncia:

1. Copia literal de la vigencia de poder de nuestro representante legal. (Anexo 1-A)
2. Copia del R.U.C. de nuestra empresa. (Anexo 1-B)
3. Copia del D.N.I. de nuestro representante legal. (Anexo 1-C)
4. Recibo por derecho de presentación de denuncia. (Anexo 1-D)

POR TANTO:

A Usted Señor Secretario Técnico, solicito poner la presente denuncia en conocimiento de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal para su admisión a trámite, y que en su momento sea declarada fundada.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Solicitamos el pago de costas y costos generados por el presente proceso.

Lima, 09 de Octubre de 2008

CLINICA SANTA TERESITA

Paul De Souza-Ferreira Quiro
GERENTE GENERAL

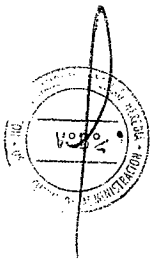


ANEXO 2
ACTA DEL ÁREA DE
FISCALIZACIÓN DEL
INDECOPI

ACTA

En Lima, a los30..... días del mes de ..Octubre..... del 2008, siendo las ..14:50.....horas, el suscrito, miembro del Area de Fiscalización del INDECOPI, con delegación de facultades de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, nos constituimos en el local deHospital Nacional Cayetano Heredia R.C. 20154528771....., ubicado enAv. Honorio Delgado N° 262, Urb. Ingeniería, San Martín de Porres.....; en tal virtud en presencia deJosé Zapata Mena..... con DNI. N°.....08182026, se procedió a la diligencia con el siguiente resultado:

Nos constituimos a la dirección arriba indicada como cualquier consumidor, procediendo a preguntar al personal de seguridad ubicada en los puntos de ingreso sobre si en el local funcionan alguna clínica, ante lo cual nos manifestaron que en el local funciona el Hospital Nacional Cayetano Heredia y que la Clínica Cayetano Heredia no funciona desde la época en que se dio la última huelga de médicos aproximadamente. Luego ingresamos al local, preguntando a algunos pacientes por la clínica en mención ante lo cual nos manifestaron que ya no funciona y que solo funciona el hospital. Asimismo, preguntamos a algunas enfermeras por la clínica ante lo cual nos manifestaron que la misma ya no funciona aproximadamente desde la huelga médica. Asimismo nos acercamos a una ventanilla que indicaba consultorio externos preguntando por la clínica, ante lo cual nos informaron que la misma ya no está funcionando desde cuando hubo la huelga médica aproximadamente. A continuación nos dirigimos a la oficina ejecutiva de Administración, identificándonos como miembros del INDECOPI, ante el Sr. José Zapata Mena (Director Ejecutivo de Administración del Hospital) a quien le explicamos la alcances a la diligencia, ante lo cual nos.....



 indecopi

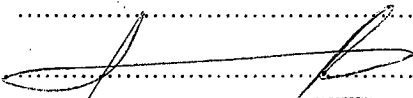
brincó los facultados. A lo seguido, se le preguntó ^(I) sobre si en el local funciona alguna clínica; ante lo cual no manifestó que hasta junio del año 2007 funcionaba en una ambienta del hospital. La "Clínica San Cayetano" funcionaba mediante una Resolución Ministerial y que posterior a ese fecha se ofrecieron los "servicios de salud mediante territorio diferenciado" hasta el 18 de setiembre de 2008 por mandato de la Resolución Ministerial 690-2008/MINSA de fecha 17 de setiembre de 2008. Tanto los servicios brindados por la clínica San Cayetano como los servicios de salud mediante territorio diferenciado fueron brindados bajo la leyen social y el mismo lue del Hospital Nacional Cayetano Heredia. Asimismo, se le preguntó ^(II) sobre si la clínica contaba con un espacio físico exclusivo para su funcionamiento; ante lo cual no informó que sí, y está se encontraba ubicada en el 3º piso del Área de Trauma - relogía; autorizóndose a realizar la inspección a las instalaciones ante recibo de verificación un cartel que consignaba: "Clínica San Cayetano" y en la parte de ingreso se observó un aviso (es lo parte) pegado que indicaba: "Se suspende la atención de la Clínica hasta nuevo aviso, Administración"; observándose que en dichas instalaciones no había presencia de personal ni pacientes. A lo seguido, se le preguntó ^(III) si los servicios que ofrece "la clínica" como los "servicios de salud mediante territorio diferenciado" contaban con infraestructura, personal y equipo médico compartido con el "Hospital Nacional Cayetano Heredia"; manifestándose que en este momento no se encontraba la persona encargada de dicho terreno, motivo por el cual absolverá el representante del hospital inspeccionado, dicha información ante la Comisión de Fiscalización a la Competencia Desleal en un plazo de 3 días hábiles, haciendo de conocimiento de establecido lo estipulado en el art. 5 del Decreto Legislativo 807.



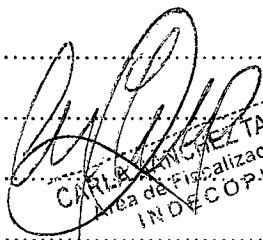
(IV) Se le preguntó si existían diferencias en los tarifas ofrecidas por la "Clínica" (hasta junio de 2007), con los "Servicios de Salud con tarifas diferenciadas" (hasta septiembre de 2008) y las mismas ofertas por el Hospital, ante lo cual nos manifestó que si existían diferencias, pero no conoce con exactitud la diferencia de las tarifas, y que la persona encargada de dicha información nos encontraba indicado que el representante del Hospital hará llegar dicha información con la documentación pertinente en un plazo de 3 días hábiles ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Debida del INDECOPi, haciéndose de conocimiento el apuramiento contenido en el art. 5 del Decreto Legislativo 807.


3/3

El Sr. José Zapata Mena (Director Ejecutivo) nos manifestó que la información obtenida de los pacientes, enfermeras y personal de vigilancia, es información que no le consta, todo vez que no estuvo presente en dicho momento y con lo cual se concluye la presente diligencia:


HOMER LUNA VICTORIA GARCIA
 Área de Fiscalización
 INDECOPi


 Ministerio de Salud
 Hospital Nacional Cayetano Heredia
 Lic. Adm. JOSÉ E. ZAPATA MENA
 Director Ejecutivo
 Oficina de Administración
 CUI: 01182026


CARLA MUÑOZ TABRA
 Área de Fiscalización
 INDECOPi



ANEXO 3
RESOLUCIÓN DE
IMPUTACIÓN DE CARGOS

DENUNCIANTE : CLÍNICA SANTA TERESA S.A.
(SANTA TERESA)
IMPUTADO : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA
(CAYETANO HEREDIA)
MATERIAS : ADMISIÓN A TRÁMITE
IMPUTACIÓN DE CARGOS
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

Lima, 7 de noviembre de 2008.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de octubre de 2008, Santa Teresa denunció a Cayetano Heredia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, Santa Teresa es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo el régimen de sociedad anónima, cuyo objeto social es la prestación de servicios de salud en el sector privado a particulares, compañías de seguros y entidades prestadoras de salud, para lo cual compite con otras instituciones de salud privadas en calidad, precio e igualdad de condiciones de mercado.

Asimismo, la denunciante afirmó que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, permitiría a los hospitales e institutos especializados del Ministerio Salud prestar servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y empresas prestadoras de salud, bajo la modalidad de "Clínicas Privadas de los Hospitales", utilizando la infraestructura del hospital, la misma razón social, el mismo Registro Único de Contribuyente, los mismos recursos y personal, empleando además, una tarifa diferenciada. En dicho contexto, a decir de Santa Teresa, la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM habría sido derogada tácitamente por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, por lo que Cayetano Heredia prestaría servicios de salud mediante una clínica privada sin encontrarse autorizado por una ley expresa, conforme a lo establecido en la citada disposición constitucional.

Por dichas consideraciones, Santa Teresa solicitó a la Comisión que ordenara el cese de la conducta denunciada. Asimismo, la denunciante solicitó a la Comisión que condenara a Cayetano Heredia al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Mediante Memorandum N° 1144-2008/GAF-Afi de fecha 31 de octubre de 2008, el Área de Fiscalización del Indecopi, adjuntó el Informe N° 249-2008-HLV/AFI referido a la visita inspectiva realizada en el establecimiento de Cayetano Heredia con fecha 30 de octubre de 2008, conforme a lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Memorandum N° 757-2008/CCD de fecha 20 de octubre de 2008.

Finalmente, con fecha 5 de noviembre de 2008, Cayetano Heredia presentó un escrito pronunciándose sobre la inspección realizada con fecha 30 de octubre por personal del Área de Fiscalización del Indecopi.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar lo siguiente:

1. La admisión a trámite de la denuncia.
2. La imputación de cargos contra Cayetano Heredia.
3. La pertinencia de requerir información al imputado.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. La admisión a trámite de la denuncia

Conforme a lo dispuesto por el artículo 26.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Asimismo, conforme a lo establecido por el literal c) del artículo 26.2 del citado cuerpo legal, la Secretaría Técnica es el órgano encargado de decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda.

De esta manera, en la medida que el escrito de denuncia presentado por Santa Teresa con fecha 10 de octubre de 2008, cumple con los requisitos de admisibilidad contemplados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo N° 088-2005-PCM, así como aquellos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde admitir a trámite la presente denuncia, conforme a lo estipulado en el artículo 31.1 del citado cuerpo legal.

De otro lado, debe informarse a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial de dicha información.¹

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

3.2. La imputación de cargos contra Cayetano Heredia

En el presente caso, Santa Teresa denunció a Cayetano Heredia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40°.- Información confidencial.-

- 40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- 40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:
 - a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
 - b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
 - c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
- (...)
- 40.5.- Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

Sobre el particular, luego de un análisis de los argumentos y los medios probatorios presentados por la denunciante, la Secretaría Técnica aprecia que conforme a las imputaciones descritas en los antecedentes de la presente resolución, corresponde imputar a Cayetano Heredia la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este extremo, corresponde informar al imputado que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad. Al respecto, el literal b) del artículo 25.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la Comisión es el órgano facultado para declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente.

Finalmente, debe recordarse que el incumplimiento de las normas cuya competencia corresponde a la Comisión en el ejercicio de sus funciones, da lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias², sin perjuicio de que la Comisión pueda ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.³ En este punto, corresponde informar al imputado que en el transcurso del presente procedimiento tiene plenas facultades para ejercer su derecho de defensa, así como los derechos y garantías procesales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Constitución Política del Perú.

3.3. La pertinencia de requerir información al imputado

Según lo establecido por el literal a) del artículo 26.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado

² DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

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

- Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

(...)

³ DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55°.- Medidas correctivas.-

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

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

(...)

y la estructura de propiedad de las empresas. Asimismo, el literal d) del artículo 26.2 del referido cuerpo legal, establece como atribución de la Secretaría Técnica, instruir el procedimiento realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del Indecopi.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que corresponde requerir al imputado la presentación de diversa información relacionada con los hechos materia de denuncia, la misma que se detalla en la parte resolutive.

4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 29 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por Clínica Santa Teresa S.A. con fecha 10 de octubre de 2008 y, en consecuencia, **IMPUTAR** a Hospital Nacional Cayetano Heredia, la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: AGREGAR al expediente el escrito presentado por Clínica Santa Teresa S.A., con fecha 10 de octubre de 2008; y correr traslado de dicha documentación al imputado por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de esta resolución, a fin de que presente su descargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁴

Corresponde informar a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información.

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

TERCERO: AGREGAR al expediente el Memorandum N° 1144-2008/GAF-Afi de fecha 31 de octubre de 2008 que adjunta el Informe N° 249-2008-HLV/AFI emitido por el Área de Fiscalización del Indecopi, así como el Memorandum N° 757-2008/CCD de fecha 20 de octubre de 2008, y ponerlos en conocimiento de las partes.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 32°.- Plazo para la presentación de descargos.-

El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.

CUARTO: AGREGAR al expediente el escrito presentado por Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 5 de noviembre de 2008 y ponerlo en conocimiento de Clínica Santa Teresa S.A.

QUINTO: REQUERIR a Hospital Nacional Cayetano Heredia para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, presente la siguiente información y la documentación que la acredite:

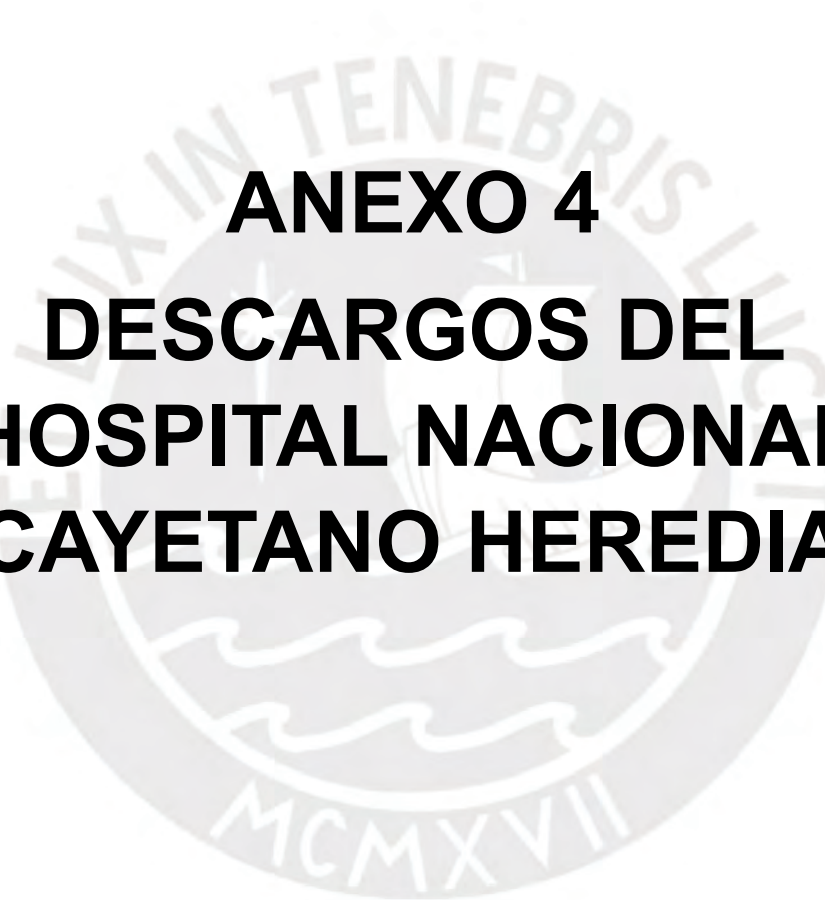
1. La fecha de inicio del funcionamiento de una clínica privada en su establecimiento de salud.
2. El valor expresado en Nuevos Soles, y detallado año por año, de los ingresos brutos percibidos por la clínica que funciona en su establecimiento de salud, desde la fecha de inicio de sus operaciones, hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Este requerimiento debe entenderse realizado bajo apercibimiento de aplicar al imputado las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.



ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de la
Competencia Desleal



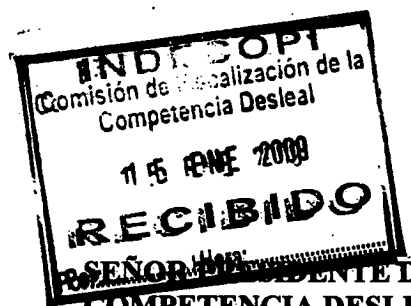


ANEXO 4
DESCARGOS DEL
HOSPITAL NACIONAL
CAYETANO HEREDIA

CCD

SINDECOPI

7



Exp. : Nº. 154-2008/CCD
Secretario :
Técnico : Abelardo Aramayo Basallo
Sumilla : Presentación de Descargos

C-347 + 7 cop.

ENE 15 AM 8 36

34 fca

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
PROCURADURIA

SEÑOR JESÚS FANNY FREIGEIRO MORÁN DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DE INDECOPI:

004310

JESÚS FANNY FREIGEIRO MORÁN, Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, en los seguidos por **CLÍNICA SANTA TERESA S.A.** sobre presunta comisión de actos de competencia desleal, a Usted atentamente dice:

Que, dentro del plazo concedido mediante resolución contenido en el Proveído Nº. 2 de fecha 17 de diciembre de 2008 y notificada a mi parte el 07 de enero de 2009, y antes de efectuar los descargos correspondientes, expresó la siguientes precisiones:

PRIMERA PRECISIÓN: En cuanto a la representación y actuación de la Procuradora Pública del Ministerio de Salud.-

La función principal de los Procuradores Públicos es velar por la defensa de los intereses del Estado, en atención a lo estipulado en el artículo 47 del Constitución Política del Estado y al artículo 12 del Decreto Legislativo Nº1068 " Del Sistema de Defensa Jurídica del Estado".

En tal virtud, de acuerdo al actual marco jurídico, los Procuradores Públicos, además de asumir la defensa del estado en procesos judiciales, son competentes para conocer y asumir la defensa en procedimientos administrativos, como este caso en particular.



En atención a lo glosado, la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, ejerce la representación de los organismos del sector en los diferentes procesos y procedimientos instaurados; organismos dentro los que se encuentran: Instituto de Salud del Niño, Instituto Nacional Materno Perinatal, Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, Instituto Nacional de Oftalmología, Hospital Nacional Arzobispo Loayza y el Hospital Nacional Cayetano Heredia.

En atención a lo expresado, la suscrita actúa en el presente procedimiento, mediante Resolución Autoritativa Nº. 847-2008, por lo que, asumirá la defensa, en forma conjunta de cada uno los organismos (Institutos y Hospitales) del sector salud, denunciados por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado; debiendo

notificarse las resoluciones y providencias que recaigan en el presente, en el domicilio señalado en el escrito de fecha 10 de diciembre de 2009.

SEGUNDA PRECISIÓN: En cuanto a la delimitación de la denuncia y su espacio temporal (irretroactividad de la norma).-

La denuncia consiste en la presunta infracción del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044) Ley de Represión de la Competencia Desleal) que establece como modalidad de competencia desleal el desarrollo de actividad empresarial por entidades públicas con infracción del artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

La norma acotada, fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el día jueves 26 de junio de 2008, y en su séptima Disposición Complementaria Final establece que "entrará en vigencia luego de treinta (30) días calendario de la fecha de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y será aplicable inmediatamente en todas sus disposiciones", en consecuencia, el Decreto Legislativo entró en vigencia el 26 de julio de 2008.


La Constitución del Estado, en su artículo 103 establece que "la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos".

En este orden de ideas, los supuestos actos de competencia desleal, anteriores al 26 de julio de 2008, fecha de vigencia del Decreto Legislativo 1044, no son materia de aplicación, por no tener la ley efectos retroactivos.

En consecuencia, la denuncia debe limitarse o circunscribirse al periodo de vigencia del Decreto Legislativo 1044 "Ley de Represión de la Competencia Desleal" es decir a partir del 26 de julio de 2008.

Efectuada las precisiones, contesto la imputación negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en base a los fundamentos de hecho y derecho:

FUNDAMENTOS DE HECHO:



PRIMERO: La Ley 27657 (Ley del Ministerio de Salud) en su artículo 2do establece que el Ministerio de Salud es un órgano del Poder Ejecutivo. Es el ente rector del Sector Salud que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural".

SEGUNDO: Asimismo, la mencionada ley en su artículo 3° señala que el Ministerio de Salud tiene competencia para la "conducción y regulación de órganos desconcentrados que regulen y administren la provisión de servicio de salud a través de sus establecimientos de salud".

TERCERO: Más adelante la mencionada ley, en sus artículos 6to, 28 y 30, señala que los institutos especializados son órganos desconcentrados del Ministerio de Salud; entre los cuales se encuentra, el Instituto Nacional Materno Perinatal, Instituto Nacional de

Enfermedades Neoplásicas, Instituto Nacional de Oftalmología y el Instituto Nacional de Salud del Niño, los cuales brindan servicios de salud pública a la comunidad bajo la conducción y regulación del Ministerio de Salud.

CUARTO: De otro lado, es importante anotar, que los Hospitales, tales como el Hospital Arzobispo Loayza y el Hospital Cayetano Heredia, de conformidad con el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Supremo Nro 023-2005-SA, constituyen también órganos desconcentrados, cuya misión es brindar servicios públicos de salud pública a la comunidad bajo la conducción y regulación del Ministerio de Salud.

QUINTO: Supuesta Violación de Normas.-

La denunciante, expresa que mediante la Resolución Ministerial N°. 071-90-SA/DM que regula el servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud, mis representadas, estarían valiéndose de una ventaja competitiva al infringir el artículo 60 de la Constitución; sin embargo, la Resolución Ministerial cuestionada, que contempla el servicio denominado “clínica” y que aprobó su Reglamento regulatorio, bajo las disposiciones de la Ley Orgánica del Sector Salud de ese entonces, Decreto Legislativo N° 351, y que tenía como objetivo fundamental, promover y apoyar las acciones que permitan alcanzar el más alto nivel de salud posible de toda la población, debiendo hacerse factible su acceso a todos los niveles de complejidad del Sistema de Servicios de Salud, fue derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N°. 586-2005/MINSA que aprueba la Directiva 092-MINSA/DGSP-V.01 “Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud”, en donde se establece que el destino y uso de los recursos captados se efectúa de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias.

SEXTO: Definición del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”



El Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado, es aquel 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; además del saldo o diferencia que pudiera resultar de su operatividad, se destinará para cubrir las atenciones de salud que requiera la población pobre y de extrema pobreza.

Es decir, que la población usuaria de los servicios de salud de la red hospitalaria del Ministerio de Salud, se sujeta a un tarifario en virtud del cual se cobra un determinado monto prefijado en el tarifario institucional a quienes pueden pagarlo para subsidiar a aquellos que no pueden hacerlo, no existiendo diferencia alguna en la calidad de los servicios prestados.

SÉPTIMO: De la Resolución Ministerial N°. 798-2008/MINSA y de la obligatoriedad de cumplimiento de la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-v-01 aprobada por Resolución Ministerial N°. 586-2006/MINSA.-

Recientemente, con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Ministerial N°. 798-2008/MINSA a través de la cual se autoriza el funcionamiento de servicios de salud baja tarifario diferenciado, en tanto se efectúa el rediseño del servicio.

Cabe precisar, que se dispone la plena vigencia de los alcances de la Resolución Ministerial N°. 586-2006/MINSA que aprueba la Directiva N°. 092-MINSA/DGSP-v-01 hasta el 31 de diciembre de 2008.

En el numeral III de la citada directiva, se establece literalmente lo siguiente:

"... la presente directiva es de cumplimiento obligatorio por los establecimientos de salud de categoría II y III de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, para el funcionamiento de "El Servicio" independientemente del grado de autonomía administrativa que ostenten..."

OCTAVO: De la imputación de cargos contra los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud.-

La Secretaría Técnica de INDECOPI considera que corresponde imputar a los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud (Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, Instituto Nacional de Oftalmología, Instituto Nacional Materno Perinatal, Instituto Nacional de Salud del Niño, Hospital Cayetano Heredia y Hospital Loayza) presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado sin contar con los requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, al amparo del artículo 14, numeral 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

NOVENO: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO VERSUS EL IUS IMPERIUM ESTATAL.-

La actividad empresarial del Estado, se regula por el Decreto Legislativo N°. 1031 cuyo ámbito de aplicación son las Empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE-; en el marco de esta ley, la mencionada actividad empresarial se desarrolla bajo alguna de las siguientes

Empresas del Estado de accionariado único; Empresas del Estado con accionariado privado, y únicamente las empresas que cuenten con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentran activas o en proceso de liquidación, tales como las empresas de Electricidad, Financieras (Banco de la Nación, Cofide, Mi Vivienda S.A.) Hidrocarburos (Activos Mineros, Petroperú) Saneamiento) Sedapal), Infraestructura y Transporte (Banco de Materiales, Córpac S.A., Enapu S.A., Sima Iquitos SRL, Sima Perú S.A.), Otros (Editora Perú S.A., Enaco S.A., Serpost S.A.) En Liquidación (Banco Agrario del Perú, Banco Industrial del Perú, Banco Minero del Perú).

De lo enunciado líneas arriba, se evidencia con meridiana claridad que mi representada y sus órganos desconcentrados, no se encuentra dentro del ámbito de Fonafe; sin embargo, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, contempla que el estado



puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

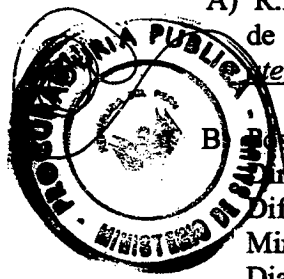
El Tribunal Constitucional, en la resolución emitida en el Expediente N°. 07644-2006-PA/TC en su fundamento No. 10 define que **La actividad empresarial del Estado** “denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico – fin de lucro- constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios, tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista...” por lo que no puede considerarse como actividad empresarial actividades con fines sociales.

En tal consideración, si bien es cierto, las entidades del Sector Público, por disposición del artículo 60 de la Constitución del Estado, puede desarrollar actividad empresarial, también lo es, si la entidad del Sector Público (como el caso que nos ocupa y que es materia de denuncia) ejerce sus competencias y funciones de derecho público, no es de aplicación para su caso, la normatividad de competencia desleal. Cuando los órganos de la Administración Pública, ejercen potestades administrativas, como en el caso de mis representadas, que su objetivo es el cumplimiento de sus fines sociales y no el de ofertar o demandar bienes o servicios en un mercado determinado, no actúan como agentes económicos, sino más bien (al expedir normas, resoluciones o reglamentos administrativos) se estarían limitando a ejercer funciones de derecho público, expresando el **IUS IMPERIUM DEL ESTADO**, poder cuyo ejercicio no está prohibido ni sancionado.

Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitados por el Estado a favor de los establecimientos de salud, ha sido regulado por los siguientes dispositivos:

Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitados por el Estado a favor de los establecimientos de salud ha sido regulado por los siguientes dispositivos:

A) R.M. N° 071-90-SA/D, promulgada para incrementar el rubro de ingresos propios de las instituciones de salud, con lo que se sufragará parcialmente el costo de atención de pacientes indigentes.



B) Posteriormente mediante Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA se aprobó la Directiva para el Funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, publicándose posteriormente el anexo correspondiente en el Diario Oficial “El Peruano” el 27.JUN.2008.

C) Con fecha 20.FEB.2007 se publica la Resolución Ministerial N° 151-2007/MINSA que modifica la precitada directiva, en los términos que en ella se exponen

D) Mediante Resolución Viceministerial N° 083-2008-SA-DVM se conforma la comisión encargada de revisar y analizar las observaciones presentadas a la “Directiva para funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado

en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud”.

- E) Con fecha 18.SET.2008 se publica la Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA la cual establece que mediante Oficio N° 1958-2008-DM/MINSA el Ministerio de Salud solicitó la intervención de la Contraloría General de la República para las acciones de control preventivo en los establecimientos de salud del Ministerio de Salud y suspendió los servicios bajo tarifario diferenciado.
- F) Recientemente, con fecha 12.NOV.2008, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA a través de la cual se autoriza el funcionamiento de servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto se efectúa el rediseño del servicio.
Cabe precisar que se dispone la plena vigencia de los alcances de la Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA que aprueba la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-v.01 hasta el 31 de diciembre del 2008.

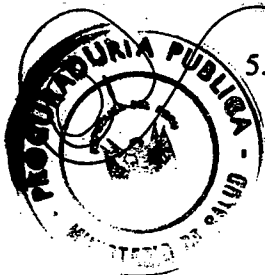
II FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Amparamos nuestra contestación, en los siguientes dispositivos legales:

1. La Resolución Ministerial N° 071-90-SA/D, la Resolución Ministerial N°586-2006-MINSA modificada por la R.M.N°151-2007-MINSA, reglamento de los “Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud” y la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA.
2. Art. 5 artículos del D. Leg. 1044, que definen la naturaleza de la competencia desleal, en la que no ha incurrido los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud.
3. El art. 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, que garantiza el derecho a la vida, a la integridad moral, síquica, física y al bienestar, que son derechos fundamentales de la persona conforme lo preceptúa
4. El art. 7, 9 y 11 de la Constitución Política del Perú de 1993, por la que el estado garantiza el acceso a la atención de salud de las personas.
5. la Ley N° 26842, Ley General de Salud que establece lo siguiente:

“TITULO PRELIMINAR

- I. *La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo*
- II. **La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.**
- III. **Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.**
- IV. **La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.**



VI. *Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.*

Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.

VII. *El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.*

"CAPITULO II

DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MEDICOS DE APOYO

Artículo 37º.- Los establecimientos de salud y los servicios médicos de apoyo, cualquiera sea su naturaleza o modalidad de gestión, deben cumplir los requisitos que disponen los reglamentos y normas técnicas que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional en relación a planta física, equipamiento, personal asistencial, sistemas de saneamiento y control de riesgos relacionados con los agentes ambientales físicos, químicos, biológicos y ergonómicos y demás que proceden atendiendo a la naturaleza y complejidad de los mismos.

La Autoridad de Salud de nivel nacional o a quien ésta delegue, verificará periódicamente el cumplimiento de lo establecido en la presente disposición."

- 6.- Ley 27657 Ley del Ministerio de Salud que otorga al Ministerio de Salud entre otras competencia para conducir, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural, encargándose de la conducción y regulación de órganos desconcentrados que regulen y administren la provisión de servicio de salud a través de sus establecimientos de salud.



III. MEDIOS PROBATORIOS.

- 1. Copia de la R.M.Nº071-90-SA/DM con el que demostramos la prestación de un servicio con tarifas diferenciadas a un sector de la población infantil no atendido por el sector privado.
- 2. Copia de la R.M. Nº586-2006-MINSA modificada por la R.M.Nº151-2007-MINSA, que confirma la naturaleza de un Servicio Bajo Tarifario Diferenciado mas no una Clínica.
- 3. Copia de la R.M. Nº 151-2007-MINSA modifican la "Directiva para el funcionamiento de servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud"

4. Copia de la R.M. N° 640-2008-MINSA Constituyen comisión de alto nivel encargada de evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de los establecimientos de salud que cuenten con los Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado.
5. Copia de la R.M. N° 798-2008/MINSA, autorizan funcionamiento de servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto se efectúe el rediseño del servicio.

IV. ANEXOS:

- ① Anexo 1-A Copia de la R.M. N° 071-90-SA/DM *(No se consigna)*
2. Anexo 1-B Copia de la R.M. N° 586-2006-MINSA.
3. Anexo 1-C Copia de la R.M. N° 151-2007-MINSA.
4. Anexo 1-D Copia de la R.M. N° 640-2008-MINSA
5. Anexo 1-E copia de la R.M. N° 798-2008/MINSA
6. Anexo 1-F Resoluciones Directorales N°. 136-DG-IESN-2003 y 391-DG-INSN-2007 que regulan el funcionamiento de los servicios Bajo Tarifario Diferenciado en el INSN

POR TANTO.

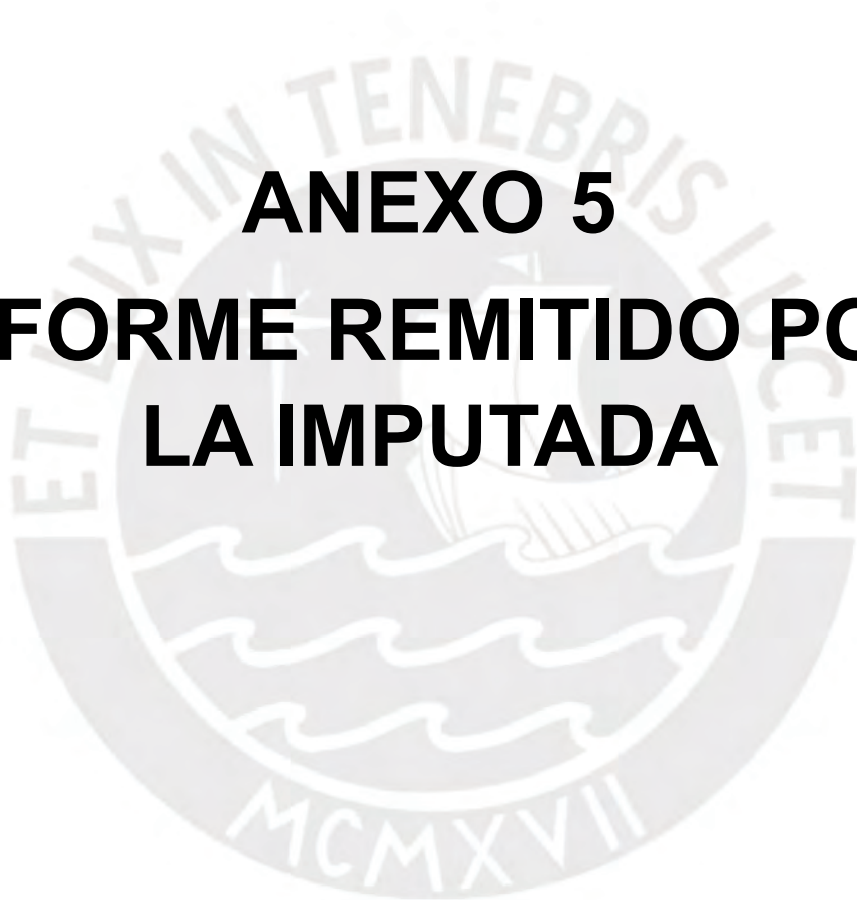
A Usted señor Presidente, solicito se sirva tener por contestada la denuncia y presentado los descargos y oportunamente se declare **INFUNDADA** la denuncia presentada por CLINICA SANTA TERESA S.A.

OTROSI DIGO: Que, en la primera Resolución (Proveído N° 1) de fecha 11 de noviembre y notificada a los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud el 12, 17 y 19 de noviembre de 2008, se consignaron dos plazos para contestar y presentar documentación, es decir un plazo de cinco días para presentar descargos y 10 días para presentar información y documentación; sin embargo, en la segunda Resolución (Proveído N° 2) de fecha 17 de diciembre de 2008 y notificada (órganos desconcentrados) el 07 de enero de 2009, solamente se concede un plazo adicional de cinco (5) días, sin contemplar que de acuerdo al Código Procesal Civil, que se aplica supletoriamente, la nueva notificación o emplazamiento se entiende como un sobrecarte (volver a notificar) el cual debe efectuarse en las mismas condiciones de la primera notificación, a fin de no perjudicar el debido proceso y derecho de defensa, derechos fundamentales contemplados como garantía de la Administración de Justicia en el Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en la virtud, por **EQUIDAD** solicito se sirva concederme el plazo de 10 días para presentar la información y la documentación de los Institutos Especializados y Hospitales del Ministerio de Salud.

Lima, 14 de enero de 2009



[Handwritten signature]
 JESUS FANNY FREIGEIRO MORAN
 Procuradora Pública del Ministerio de Salud
 Reg. C.A.L. N° 7934



ANEXO 5
INFORME REMITIDO POR
LA IMPUTADA



000061

INFORME N° 413 -2008-OAJ-HNCH

A : **Dr. LUIS A. VERGARA FERNÁNDEZ**
Director General

ASUNTO : Denuncia presentada por la Clínica Santa Teresa S.A.

REF. : 1) Expediente N° 16484-08
2) Expediente N° 17449-08

FECHA : Lima, 10 de diciembre de 2008

Tengo a bien dirigirme a usted con motivo de la denuncia presentada ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia, por presunta comisión de actos de competencia desleal, con motivo del funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en este hospital.

Al respecto, cabe informar lo siguiente:

- 1) La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI ha decidido admitir a trámite la denuncia presentada por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia, por los cargos de presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú y el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044.
- 2) Los cargos presentados por la clínica denunciante, con la finalidad de imputarnos "presuntos actos de competencia desleal", son falsos, pues, estos actos, según lo establecido en las citadas disposiciones constitucional y legal, sólo pueden concretarse en el ámbito de la actividad empresarial del Estado y, como bien se sabe, el Hospital Nacional Cayetano Heredia ha sido creado para brindar servicios públicos de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de nuestra Constitución Política del Perú y, por lo tanto, no es una empresa (lucrativa) ni ejerce ningún tipo de actividad económica.
- 3) La clínica denunciante pretende sustentar sus cargos específicamente en el hecho de que dentro de las instalaciones del Hospital Nacional Cayetano Heredia funciona un "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", el cual, en su criterio, es ilícito porque no cuenta con autorización de ley expresa y estaría compitiendo en forma desleal con la Clínica Santa Teresa S.A.
- 4) Dicho criterio es por demás errado y carente de sustento jurídico, toda vez que el citado artículo 9° de nuestra Constitución ha dispuesto que: *"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 descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud"*. Es en base a esta disposición constitucional que, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, que es el órgano rector del Sector Salud, autorizó el funcionamiento del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, a través de las Resoluciones Ministeriales Nos. 071-90-SA/DM que aprobó el Reglamento que Regula el Servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud

04



PERU

Ministerio
de Salud

HOSPITAL NACIONAL
CAYETANO HEREDIA

Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú
"Año de las Cumbres Mundiales en el Perú"


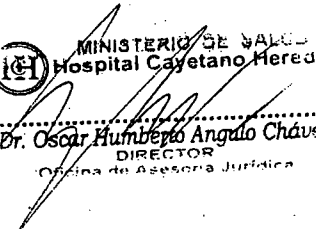
000062

y N° 586-2006/MINSA, que aprobó la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-V.01. "Directiva para el Funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud.

- 5) Según puede advertirse de las citadas resoluciones, el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" del Hospital Cayetano Heredia no puede haber funcionado en forma independiente para ejercer cierta actividad empresarial, sino que se trata de un servicio implementado por la Autoridad de Salud para satisfacer la demanda de la población usuaria que puede asumir tarifas diferenciadas por los servicios de salud requeridos, teniendo en cuenta siempre que se trata de servicios públicos de salud y que bajo ninguna óptica pueden competir con las tarifas privadas de los servicios de salud que ofrecen las clínicas particulares constituidas con ánimo lucrativo.
- 6) Y, esto es así, pues el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" del Hospital Cayetano Heredia no cuenta con RUC propio para ejercer actividades empresariales, tampoco posee infraestructura, equipos médicos, mobiliario e insumos propios; todos éstos se encuentran incluidos y registrados en el patrimonio del hospital.
- 7) Finalmente, como lo señala la propia resolución ministerial que autoriza el funcionamiento del "Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado", cualquier saldo o diferencia que pudiera resultar de su operatividad se destinará para cubrir las atenciones de salud que requiera la población pobre y de extrema pobreza.

De esta forma queda expresado el descargo contra la referida denuncia presentada por la Clínica Santa Teresa S.A.

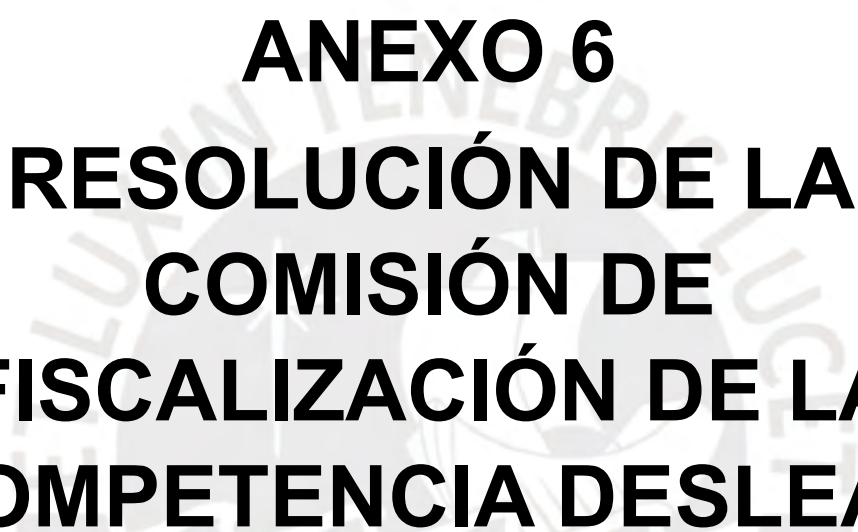
Atentamente,

 MINISTERIO DE SALUD
Hospital Cayetano Heredia

Dr. Oscar Humberto Angulo Chávez
DIRECTOR
Oficina de Asesoría Jurídica

OACH/lsh.

05

ANEXO 6
RESOLUCIÓN DE LA
COMISIÓN DE
FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL

A large, faint watermark of the University of the Pacific seal is centered in the background. The seal is circular and contains the text 'UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO' around the top edge and 'MCMXVII' at the bottom. In the center of the seal, there is a depiction of a building and a sun.

Resolución

N° 112-2009/CCD-INDECOPi

Lima, 22 de julio de 2009

EXPEDIENTE N° 169-2008/CCD

DENUNCIANTE : CLÍNICA SANTA TERESA S.A.
(SANTA TERESA)
IMPUTADO : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA
(CAYETANO HEREDIA)
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
MEDIDA CORRECTIVA
DENEGATORIA DE COSTAS Y COSTOS
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

SUMILLA: Se declara **FUNDADA** la denuncia presentada por Santa Teresa contra Cayetano Heredia, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En consecuencia, se **SANCIONA** a Cayetano Heredia con una amonestación y se le **ORDENA**, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la prestación de servicios de salud que se brindan con tarifario diferenciado, en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, se **DENIEGA** el pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de octubre de 2008, Santa Teresa denunció a Cayetano Heredia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, Santa Teresa es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo el régimen de sociedad anónima, cuyo objeto social es la prestación de servicios de salud en el sector privado a particulares, compañías de seguros y entidades prestadoras de salud, para lo cual compite con otras instituciones de salud privadas en calidad, precio e igualdad de condiciones de mercado.

Asimismo, la denunciante afirmó que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, permitiría a los hospitales e institutos especializados del Ministerio Salud prestar servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y empresas prestadoras de salud, bajo la modalidad de "Clínicas Privadas de los Hospitales", utilizando la infraestructura del hospital, la

misma razón social, el mismo Registro Único de Contribuyente, los mismos recursos y personal, empleando además, una tarifa diferenciada. En dicho contexto, a decir de Santa Teresa, la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM habría sido derogada tácitamente por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú por lo que Cayetano Heredia prestaría servicios de salud mediante una clínica privada sin encontrarse autorizado por una ley expresa, conforme a lo establecido en la citada disposición constitucional.

Por dichas consideraciones, Santa Teresa solicitó a la Comisión que ordenara el cese de la conducta denunciada. Asimismo, la denunciante solicitó a la Comisión que condenara a Cayetano Heredia al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del procedimiento.

Mediante Memorandum N° 1144-2008/GAF-Afi de fecha 31 de octubre de 2008, el Área de Fiscalización del Indecopi, adjuntó el Informe N° 249-2008-HLV/AFI referido a la visita inspectiva realizada en el establecimiento de Cayetano Heredia con fecha 30 de octubre de 2008, conforme a lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Memorandum N° 757-2008/CCD de fecha 20 de octubre de 2008.

Mediante Resolución de fecha 7 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Santa Teresa contra Cayetano Heredia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con fecha 15 de enero de 2009, Cayetano Heredia, representada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Salud, presentó su escrito de descargo señalando que la Resolución N° 071-90-SA habría sido derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01, "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud"¹. En esa línea, Cayetano Heredia señaló que con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA, la misma que autorizó el funcionamiento del "Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado" hasta el 31 de diciembre de 2008, en tanto se efectúe el rediseño del servicio.²

Asimismo, el imputado señaló que con respecto al servicio de tarifas diferenciadas, éste se encontraría sujeto a un tarifario institucional en virtud del cual se cobraría un determinado monto a aquellas personas que estén en condiciones de afrontar su costo, de tal manera que el saldo o la diferencia que pudiera resultar de su operatividad se destinaría para subsidiar los requerimientos de salud de la población en estado de pobreza.

Adicionalmente, Cayetano Heredia señaló que al ser un órgano de la administración pública, ejerce potestades administrativas y tiene como objetivo el cumplimiento de fines sociales, no ofertando o demandando bienes o servicios en un mercado determinado. En tal sentido, el imputado manifestó que no estaría actuando como un agente económico, sino que por el contrario, estaría limitado, en el ámbito de su actuación, al "IUS IMPERIUM DEL ESTADO", no siéndole aplicable la normatividad de competencia desleal.

Con fecha 13 de febrero de 2009, Santa Teresa presentó un escrito pronunciándose sobre los argumentos expuestos por Cayetano Heredia en su descargo. Al respecto, la denunciante manifestó que el imputado habría ingresado a competir al mercado de manera desleal, ya que

¹ La referida directiva establece que el destino y uso de los recursos captados, a través de los servicios de tarifario diferenciado se tendrían que efectuar de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias.

² Previamente, mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, publicada el 18 de septiembre de 2008, se dispuso "dejar en suspenso los servicios de salud bajo tarifario diferenciado".

su participación contravendría directamente el rol subsidiario que la Constitución Política del Perú prevé para el Estado.

Finalmente, con fecha 9 de julio de 2009, Santa Teresa presentó su escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en el procedimiento. Al respecto, la denunciante señaló que Cayetano Heredia se encontraría realizando actividad empresarial sin contar con ley expresa que lo autorice.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. El pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa.
4. La graduación de la sanción, de ser el caso.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Marco teórico del rol subsidiario del Estado

El artículo 60 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

“Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”
(Subrayado agregado)

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con la actuación subsidiaria del Estado en la economía, en la Sentencia expedida con fecha 11 de noviembre de 2003 en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en los siguientes términos:

“(…)

§ 4.6. La actuación subsidiaria del Estado en la economía

19. (...) el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

(…)

21. (...)

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales,

a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción 'opositiva' de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión 'integradora' y 'consensual' del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.
23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que '[...]. 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[...]'. Se consagra así, el 'principio de subsidiariedad' de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

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

(...)

25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.

(...)"

(Subrayado agregado)

En tal sentido, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la Constitución Política del Perú consagra el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, el cual establece que, de manera excepcional, podrá intervenir sólo cuando los particulares no participen en un determinado mercado o no satisfagan la demanda del mismo, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional y siempre que dicha actividad empresarial se autorice mediante ley expresa.

En este orden de ideas, la Comisión considera que la aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal debe entenderse como el reconocimiento que hace el Estado, no sólo acerca de la importancia de establecer filtros y medios que delimiten la actividad empresarial del Estado, sino también como el reconocimiento de los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa establecidos en los artículos 58 y 59,

respectivamente, de la Constitución Política del Perú³, los mismos que guardan una relación de complementariedad con el artículo 60 de la misma. En ese sentido, dicha relación de complementariedad radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en los que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto.⁴

En atención a lo expuesto, dado el diseño establecido por la Constitución Política del Perú, así como el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión considera que su labor consiste en verificar la existencia de una ley que autorice expresamente al Estado a desarrollar actividad empresarial.

3.2. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

3.2.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

“Artículo 14º.- Actos de violación de normas.-

(...)

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

Por su parte, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

“Artículo 60º.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”

(Subrayado agregado)

En consecuencia, a fin de determinar si en el presente caso, el imputado ha incurrido en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, es necesario verificar si la conducta cuestionada constituye una actividad empresarial desarrollada por parte del Estado que carece de ley expresa que así lo autorice.

3.2.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, Santa Teresa señaló que Cayetano Heredia vendría realizando actividad empresarial al prestar servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁴ Al respecto, ver Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado en el sitio web http://spji.minjus.gob.pe/DecretosLeg/DL-MATERIAS/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf

empresas prestadoras de salud, bajo la modalidad de "Clínicas Privadas de los Hospitales", utilizando la infraestructura del hospital, la misma razón social, el mismo Registro Único de Contribuyente, los mismos recursos y personal, empleando además, una tarifa diferenciada. A decir de la denunciante, el imputado vendría desarrollando dicha actividad en infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, ya que no contaría con una ley expresa que lo autorice, conforme a lo establecido en la citada disposición constitucional, por lo que habría infringido lo prescrito por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por su parte, el imputado manifestó que la Resolución N° 071-90-SA fue derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01, "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud". En esa línea, Cayetano Heredia señaló que con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA, la misma que autorizaría el funcionamiento del "Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado", en tanto se efectúe el rediseño del servicio. Asimismo, el imputado señaló que las tarifas diferenciadas se encontraban sujetas a un tarifario institucional, en virtud del cual se cobraría un determinado monto a aquellas personas que estén en condiciones de afrontar su costo, de tal manera que el saldo o la diferencia que pudiera resultar de su operatividad se destinaría para subsidiar los requerimientos de salud de la población en estado de pobreza.

Adicionalmente, Cayetano Heredia señaló que al ser un órgano de la administración pública, ejerce potestades administrativas y tiene como objetivo el cumplimiento de fines sociales, no ofertando o demandando bienes o servicios en un mercado determinado. En tal sentido, el imputado manifestó que no estaría actuando como un agente económico, sino que por el contrario, estaría limitado, en el ámbito de su actuación, al "*IUS IMPERIUM DEL ESTADO*", no siéndole aplicable la normatividad de competencia desleal.

Sobre el particular, luego de un análisis de los medios probatorios obrantes en el expediente, en particular del Acta de Inspección de fecha 30 de octubre de 2008, la Comisión aprecia que Cayetano Heredia prestó servicios de salud bajo la denominación "Servicio bajo Tarifario Diferenciado"⁵, en un ambiente acondicionado para tal fin en sus propias instalaciones, empleando su mismo personal e instrumental quirúrgico para la prestación de dichos servicios⁶.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁷ establece que la autoridad administrativa, con independencia de la forma de los actos jurídicos, determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, se puede apreciar que, en la práctica, el "Servicio bajo Tarifario Diferenciado" se configuraba como una oferta independiente de los servicios médicos que se brindan regularmente en Cayetano Heredia, para lo 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 al referido hospital. En consecuencia, en base a dichas consideraciones la Comisión considera que los servicios prestados por Cayetano Heredia bajo tarifario diferenciado constituyen actividad empresarial, la misma que se encuentra obligada a observar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

⁵ Al respecto, ver Acta de fecha 30 de octubre de 2008, que corre a fojas 21 a 23 del Expediente.

⁶ Al respecto, ver Informe N° 413-2008-OAJ-HNCH adjunto al Oficio N° 044-2009-DG/OAJ-011-HNCH presentado el 13 de enero de 2009, que corre a fojas 61 y 62 del Expediente.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 5°.- Primacía de la realidad.-

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

Al respecto, el imputado refirió que el "Servicio bajo Tarifario Diferenciado" se encontraba amparado en lo dispuesto por las Resoluciones Ministeriales N° 586-2005/MINSA y N° 798-2008/MINSA. Sin embargo, las citadas normas no ostentan rango legal, por lo que la actividad empresarial desarrollada por Cayetano Heredia, objetivamente, no cumple con el mandato establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, en el sentido de que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta. En este punto, cabe precisar que el propio imputado, a lo largo del presente procedimiento, no ha cumplido con indicar el sustento legal de la prestación del "Servicio bajo Tarifario Diferenciado" materia de denuncia, por lo que ha quedado verificada la transgresión al artículo 60 de la Constitución Política del Perú y, por tanto, al artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por lo tanto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Comisión considera que corresponde declarar fundada la denuncia presentada por Santa Teresa.

3.3. La pertinencia de imponer una medida correctiva

De conformidad con el artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPÍ⁸ que "[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado".

En el presente caso, ha quedado acreditado que el imputado incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que la infracción cometida se continúe realizando o se repita en el futuro, justifica que se ordene una medida correctiva.

3.4. El pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa

En el presente caso, Santa Teresa solicitó a la Comisión que condenara a Cayetano Heredia al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Sobre el particular, debe considerarse que la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil establece que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza. En este sentido, el artículo 413 del referido cuerpo legal establece lo siguiente:

"Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.-

Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales.

(...)"

⁸ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo establecido por la referida disposición y en la medida que, Cayetano Heredia es un órgano desconcentrado adscrito al Ministerio de Salud, el mismo que forma parte del Poder Ejecutivo, según la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Comisión considera que corresponde denegar el pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa.

3.5. Graduación de la sanción

3.5.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe lo siguiente en su artículo 52:

"Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y;
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.
- 52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción declarada y graduar la sanción. En tal sentido, el citado artículo dispone lo siguiente:

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

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

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;

- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal."

3.5.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la buena fe y la leal competencia en el mercado, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y la buena fe empresarial, ordenar la imposición de una sanción al infractor, así como graduar la misma.

Al respecto, la Comisión considera pertinente señalar que la conducta infractora se produjo desde la entrada en vigencia de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es decir, desde el 26 de julio de 2008. Asimismo, los hechos infractores estuvieron amparados en la Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01 "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud". Sin embargo, debe tenerse presente que mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, publicada el 18 de septiembre de 2008 se dispuso la suspensión de los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, siendo posteriormente autorizados hasta el 31 de diciembre de 2008, mediante Resolución N° 798-2008/MINSA, publicada el 12 de noviembre de 2008. En consecuencia, considerando el criterio referido a la duración del acto infractor, la Comisión aprecia que el mismo se llevó a cabo durante cuatro (4) meses aproximadamente.

De otro lado, en relación con la modalidad y alcance de la conducta infractora, la Comisión observa que Cayetano Heredia prestó servicios de salud con una tarifa diferenciada en el mismo establecimiento que desarrolla sus actividades. En este punto, la Comisión, ha tenido en consideración que Cayetano Heredia es un órgano desconcentrado, adscrito al sector Salud que tiene por finalidad lograr el desarrollo de la persona a través de la protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, desde su concepción hasta su muerte natural, por lo que una sanción pecuniaria en el presente caso, podría afectar los fines de Cayetano Heredia y, por tanto, la prestación regular de los servicios de salud que brinda a los ciudadanos.

Por lo tanto, dichas circunstancias particulares, hacen que esta Comisión considere conveniente imponer una amonestación a Cayetano Heredia, toda vez que de acuerdo al principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, la determinación de la sanción debe considerar, entre otros criterios, las circunstancias de la comisión de la infracción, las mismas que han sido analizadas con detalle en los párrafos precedentes.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por Clínica Santa Teresa S.A. contra Hospital Nacional Cayetano Heredia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: SANCIONAR al Hospital Nacional Cayetano Heredia con una **AMONESTACIÓN** y ordenar su inscripción en el registro de infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

TERCERO: ORDENAR al Hospital Nacional Cayetano Heredia, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la prestación de servicios de salud que se brindan con tarifario diferenciado, en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

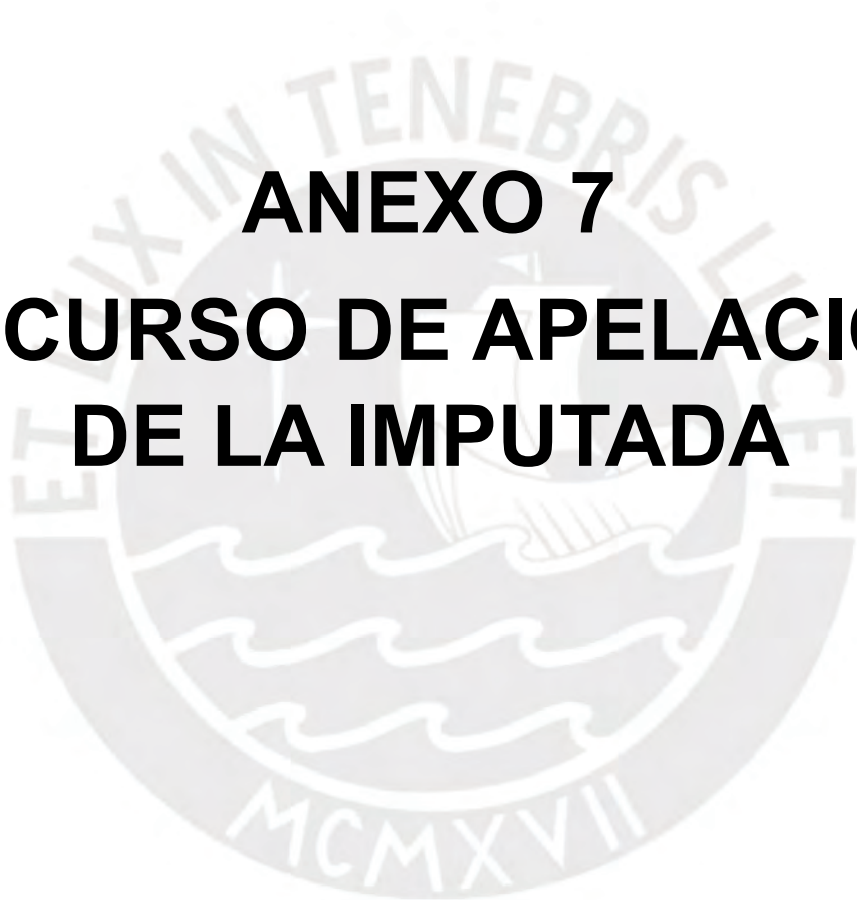
CUARTO: DENEGAR el pedido formulado por Clínica Santa Teresa S.A. para que se ordene al Hospital Nacional Cayetano Heredia el pago de las costas y los costos del procedimiento, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

QUINTO: ORDENAR al Hospital Nacional Cayetano Heredia que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente del Tribunal del Indecopi. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Carlos Cornejo Guerrero, Ramón Bueno-Tizón Deza y Luis Concha Sequeiros.



ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



ANEXO 7
RECURSO DE APELACIÓN
DE LA IMPUTADA



Folle: 2 4 + Copias: 1

ACI 084582 000293 CCD

2009 AGO 4 PM 5 1

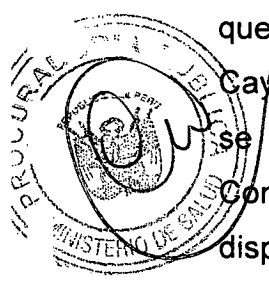
Exp. N° 169-2008/CCD
Escrito N° 03
Sumilla: recurso de apelación

SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISION DE FISCALIZACION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

JESUS FANNY FREIGEIRO MORAN, Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, en la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Hospital Nacional Cayetano Heredia sobre presunta comisión de actos de competencia desleal; a Ud. atentamente digo:

Conforme a lo dispuesto por el artículo 27° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Ley N° 25868), interpongo recurso de apelación contra la Resolución N° 115-2009/CCD-INDECOPI de fecha 22 de julio de 2009 (notificada el 31 de julio), que declara fundada la denuncia y en consecuencia sanciona al Hospital Nacional Cayetano Heredia con una amonestación y dispone, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicios de salud que se brindan con tarifario diferenciado, en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú; conforme a las razones que paso a exponer:

Primero.- Mediante la cuestionada resolución la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal ha declarado fundada la denuncia, bajo el argumento que los servicios médicos que se brindan regularmente en el Hospital Nacional Cayetano Heredia constituyen una "actividad empresarial", y por tanto la misma se encuentra obligada a observar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política; lo cual constituye un grave error, toda vez que dicha disposición no es aplicable cuando los órganos de la administración pública realizan diversos objetivos en cumplimiento de sus fines sociales, y no el de ofertar o demandar bienes o servicios en un mercado determinado, ya que no actúan como agentes económicos.



Segundo.- En ese sentido, incluso, ya se ha pronunciado el propio Tribunal Constitucional en la STC N.º 07644-2006-PA/TC, Caso Gremco Publicidad S.A., al señalar en su Fundamento Décimo, que " La actividad empresarial

denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro". Siendo que, "Este fin de lucro consiste en el propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial." Lo cual no es el caso de autos.

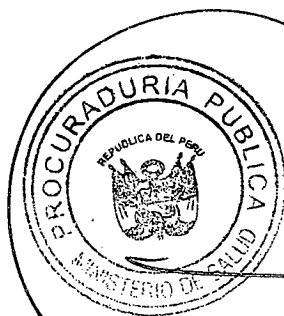
Tercero.- Consecuentemente, las supuestas afectaciones constitucionales a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada alegadas por la denunciante han debido declararse infundadas, ya que como ha quedado demostrado en autos, no se aprecia que mi representada esté ejerciendo una "actividad empresarial" en los servicios que presta, ya que no existe ningún elemento teleológico que permita persuadir que el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" tenga un fin eminentemente lucrativo; ni menos que con dicho servicios se restrinja la libre competencia de las empresas prestadoras del servicio de salud.

Cuarto.- De lo expuesto se concluye que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM que regula el servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud, no contiene una ventaja competitiva que perjudique a la denunciante, por cuanto tiene como objetivo fundamental, el promover y apoyar las acciones que permitan alcanzar el más alto nivel de salud posible de toda la población, debiendo hacerse factible su acceso a todos los niveles de complejidad del sistema de servicios de salud; siendo que por ello, la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA que la deroga, establece que el destino y uso de los recursos captados se efectúa de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del Año Fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias.

POR TANTO:

Sírvase Ud. señor Presidente admitir el recurso de apelación interpuesto.

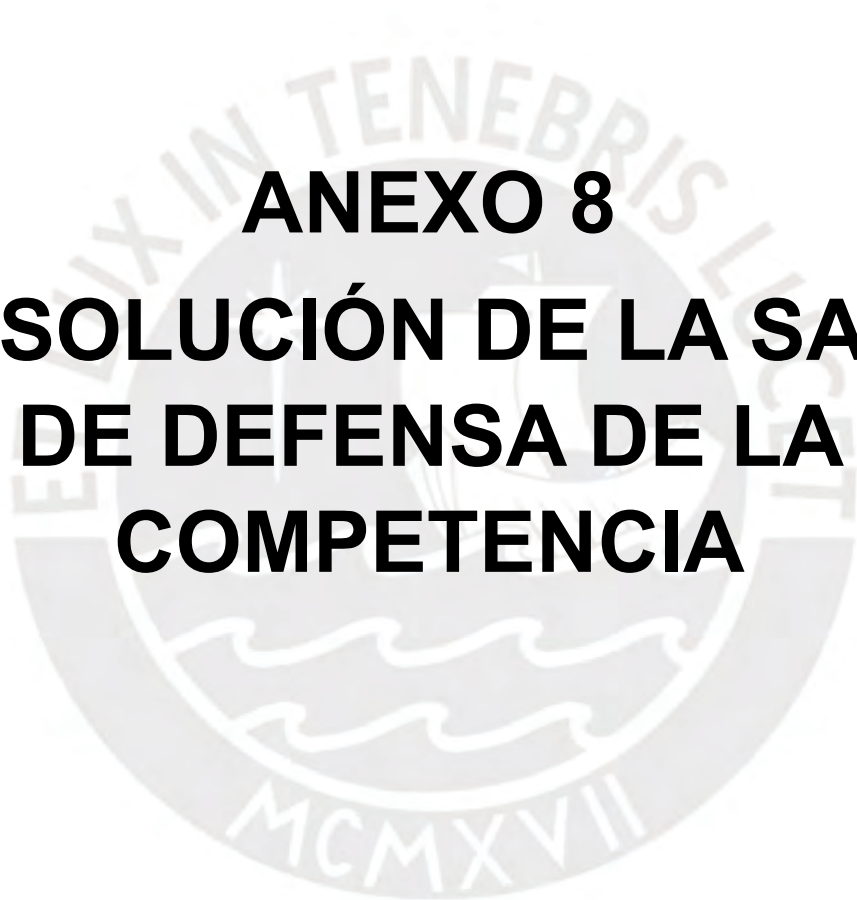
Lima, 03 de agosto de 2009



[Handwritten signature]

JESUS FANNY FREIGEIRO MORÁN
Procuradora Pública del Ministerio de Salud
Reg. C.A.L. N° 7934

Leg. 327-09
JFFM/PP
JASC
Clínica Santa Teresa



ANEXO 8
RESOLUCIÓN DE LA SALA
DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA



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

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 Heredia¹ (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

R.U.C.: 20154528971.

M-SC1-02/1A



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

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

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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 desprendía 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



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

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."



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

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 rentabilidad². 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.

² 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

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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 utilidades de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional."³
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"⁴.
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.⁵ 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

³ 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.

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

⁵ 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.



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 incurrir 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.⁶

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

⁶ 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, página web visitada el 1 de junio de 2010)



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

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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

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.⁷
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 soberanas⁸. 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 ejemplos⁹.
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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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

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^{10 11}.
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 ineludible¹². 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.¹³
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 social¹⁴.

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

¹¹ 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.

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

¹³ Ver Sentencia del 17 de febrero de 1993, correspondiente al Asunto *Poucet y Pistre*.

¹⁴ 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."



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

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 rehuyendo 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 mercado¹⁵. 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)

¹⁵ 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

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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.¹⁶

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*"¹⁷. 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*"^{18 19}.

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."

¹⁶ 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.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/Jero%20competencia%201-0511.pdf>, página web visitada el 11 de febrero de 2010).

¹⁷ Sentencia del 23 de abril de 1993 (Asunto *Höfner* y *Elser*). Ver también Sentencia emitida por el mismo colegiado 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.

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

¹⁹ 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.



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

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.²⁰
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-PCM²¹, 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 Municipalidades²².

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 integro 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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000358
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

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"²³.

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.

²³ **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)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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

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 restrictiva²⁴. 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 sentido²⁵, pues sostiene que una autoridad pública distinta al poder constituido no puede restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos.

²⁴ 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.

²⁵ 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

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

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 República²⁶.
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.

26

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

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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 gobiernos²⁷.
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"²⁸. 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,

²⁷ 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.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



000362
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

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 ámbito²⁹, así como la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo 030-2002-PCM por el cual se aprobó

²⁹ **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 INDECOPI 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)



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

el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado – aplicable a las instituciones y entidades de la Administración Pública Central³⁰–, 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 subsidiariedad³¹, 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.

³⁰ **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)

³¹ 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

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

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

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL 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

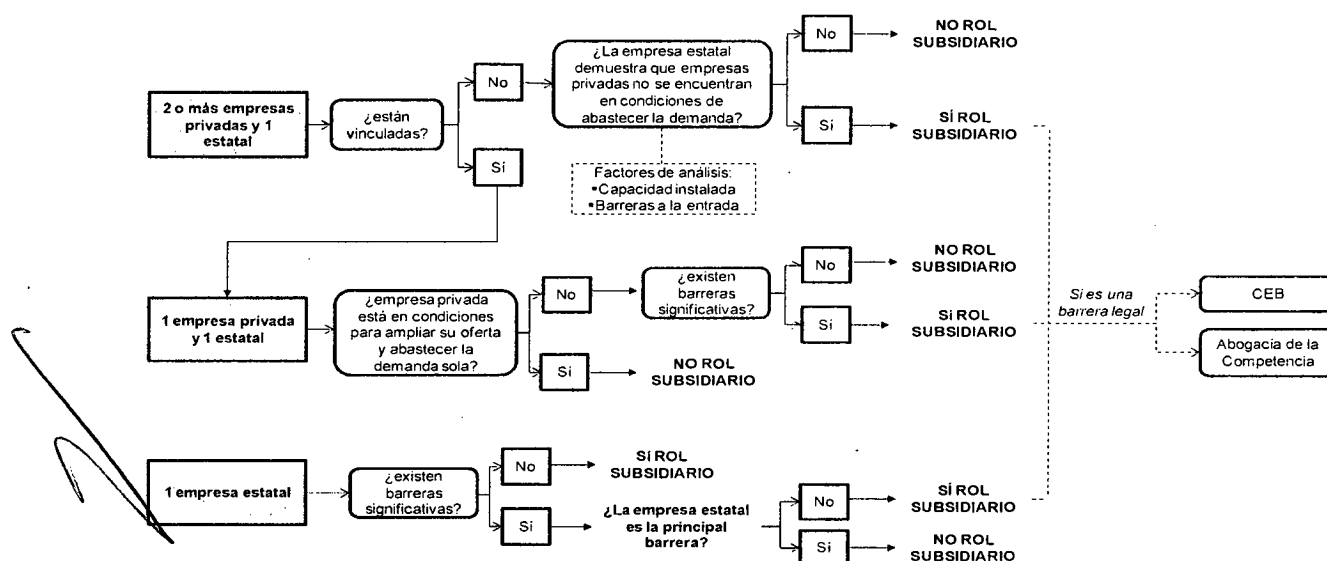
Escenario 1: existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal.

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 supremo³², cuando existan dos o más empresas privadas no

³² 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



vinculadas³³ 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 prueba³⁴ 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_i = Capacidad instalada de producción de la empresa i
 CU_i = 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.

³⁴ **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.



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

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.



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

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 estatal³⁵, de conformidad con los artículos 23 del Decreto Legislativo 1033 –Ley de Organización y Funciones del Indecopi– y el vigente artículo 26BIS del derogado Decreto Ley 25868³⁶.
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

³⁵ 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.

³⁶ 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.



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

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 1044³⁷.
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 inconstitucionalidad³⁸ o, inclusive, conseguir su inaplicación a su caso concreto vía un amparo contra normas autoaplicativas³⁹.

³⁷ **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,

(...)

³⁸ **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.

³⁹ **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.



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

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.



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



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

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 cuanto 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 Constitución⁴⁰.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000374
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 Estado⁴¹.

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 "aquellos 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."

⁴¹ 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 MinistrosTRIBUNAL 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



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

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.⁴²
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.⁴³

42

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.

43

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.



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

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.⁴⁴
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.⁴⁵ Entre otros aspectos, el referido representante del hospital mencionó que las atenciones médicas eran brindadas tanto en un ambiente diferenciado⁴⁶ como

⁴⁴ 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)

⁴⁵ Ver a fojas 21 a 23 del expediente.

⁴⁶ 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000378

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 mayor⁴⁷.

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/200000⁴⁸. 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

⁴⁷ 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).

⁴⁸ 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”*⁴⁹.

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/66.01⁵⁰, 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 universalidad⁵¹.

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

⁴⁹ 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;

(…)

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

⁵¹ 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.



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

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"*⁵².
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"*



Presidencia
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

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, conlleva 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 actividad⁵³.

⁵³ 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.



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

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 Salud⁵⁴– 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 asociadas⁵⁵ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.



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 Diez Canseco.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente