

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre expediente de relevancia jurídica, N° 175-2012/CCD-INDECOPI,
E-2853, denuncia interpuesta por Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad
Nacional Mayor de San Marcos por actos de competencia desleal en la
modalidad de violación de normas

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

Ignacio Salinas Hernández de Agüero

Docente Revisor:

José Carlos Gonzáles Cucho

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **José Carlos Gonzáles Cucho**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, revisor del trabajo de investigación titulado:

Informe sobre expediente de relevancia jurídica, N° 175-2012/CCD-INDECOPI, E-2853, denuncia interpuesta por Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas


Del autor:

Ignacio Salinas Hernández de Agüero

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **22%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **16/12/2025**.
- 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, 12 de febrero de 2026**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Gonzáles Cucho José Carlos	
DNI: 44101418	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5001-6906	

RESUMEN

El informe analiza el expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI, en el cual la empresa Gremco Publicidad S.A. (Gremco) denunció a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Gremco considera afectado el principio de subsidiariedad –contenido en el artículo 60 de la Constitución– puesto que la UNMSM, en su calidad de entidad pública, compite de manera desleal con los privados al alquilar un estadio de su propiedad.

Aun cuando el contenido de fondo se vincula con el Derecho de la Competencia y la presunta incompatibilidad con el principio de subsidiariedad estatal, no es posible soslayar la existencia de un debate previo de carácter formal: el supuesto desacato del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que le habría impedido a dicha entidad administrativa pronunciarse sobre la materia.

En ese sentido, se presenta una radiografía tanto del presunto obstáculo formal como de la materia sustancial referida a la posibilidad de que el Estado, a través de sus entidades, compita contra las empresas privadas. Se incluye una revisión del modelo de economía social de mercado, de su vínculo con la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), y de la metodología utilizada para determinar la afectación del rol subsidiario –originada en un precedente de observancia obligatoria del Indecopi– que establece un análisis bifásico consistente en determinar si la actividad en cuestión es empresarial, y luego, en el cumplimiento concurrente de tres hitos: la existencia de una ley expresa que permita al Estado realizar empresa, la justificación de la subsidiariedad estatal, y el cumplimiento de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

El informe respalda una postura ecléctica, empírica y funcional que apoya el sustento de la Sala del Indecopi referido a la interpretación de la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, adoptando un enfoque casuístico basado en la primacía de la realidad. Asimismo, se destaca que en el análisis metodológico del principio de subsidiariedad ambas instancias administrativas cometen desaciertos al evaluar ciertos elementos como mercado relevante y capacidad de absorción. De esa manera se concluye que el Indecopi contaba con las herramientas y potestades para producir una resolución de fondo y que, si bien en dicho análisis se presentan falencias interpretativas y metodológicas, la decisión final es una de práctico acierto.

Palabras clave: Competencia desleal, subsidiariedad, economía social de mercado, actividad empresarial, pluralismo económico, primacía de la realidad.

ÍNDICE

1. Introducción y justificación: ¿de qué trata la presente controversia?.....	3
2. Partes, hitos procedimentales y hechos relevantes.....	14
3. Análisis de los principales problemas jurídicos del expediente.....	17
3.1. Primer problema: vinculatoriedad de las sentencias del TC.....	17
3.2. Segundo problema: definición de actividad empresarial.....	20
3.3. Tercer problema: aplicación de la metodología para demostrar una contravención al artículo 14.3 de la LRCD.....	23
4. Marco teórico-normativo de la controversia.....	25
5. Posición de las partes.....	40
5.1. Posición de Gremco Publicidad S.A.....	40
5.2. Posición de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.....	44
6. Análisis de las posiciones de las instancias del Indecopi.....	49
6.1. ¿Hizo bien la Comisión en declarar improcedente la denuncia?.....	49
6.2. ¿Fue correcta la revocatoria de la improcedencia por la Sala?.....	53
6.3. En su segundo pronunciamiento, ¿fue correcto que la Comisión estime infundada la denuncia.....	67
6.4. ¿Hizo bien la Sala en confirmar la decisión de la Comisión.....	101
7. Conclusiones.....	106
8. Bibliografía.....	111
9. Anexos.....	113

1. Introducción y justificación: ¿de qué trata la presente controversia?

El 02 de julio del 2000 el club Universitario de Deportes abandonaría definitivamente el estadio Lolo Fernández, ubicado en Breña, para trasladarse a su nueva sede en el distrito de Ate, a las faldas del cerro Puruchuco. Si bien la “U” ya había asegurado el Campeonato Descentralizado en la fecha anterior contra el desaparecido Unión Minas de Cerro de Pasco, aún debía de enfrentar a Sporting Cristal de local. Y vaya que lo hizo en calidad de anfitrión al inaugurar un recinto que, en palabras de Alfredo González, expresidente del club, era *“uno de los más modernos del orbe y uno de los más grandes de Sudamérica y del mundo”*, con una capacidad para ochenta mil espectadores que le hacía justicia al nombre: estadio Monumental.

Los cremas vencerían al cuadro rimense por dos goles a cero, con anotaciones del recordado jugador brasileño Eduardo Esidio y del delantero nacional Piero Alva, concluyendo así el tricampeonato, tras haber salido también vencedores de la campaña de 1998 y 1999, proeza que repetirían recientemente, en el 2025. Si bien la inauguración del Monumental fue auspiciosa para Universitario, no resulta equivocado afirmar que en el campo extra futbolístico el estadio generó una serie de importantes pasivos para el club vinculados, particularmente, con la deuda contraída con la empresa encargada de la construcción del predio: Gremco. Esto significó, a la larga, una serie de autogoles financieros que eventualmente llevaron a la “U” a un procedimiento concursal ante el Indecopi.

El coloso de Ate también se encontró en el ojo de la tormenta por motivos diferentes. En el año 2012 Gremco, poseedora de los derechos de promoción de actividades deportivas y no deportivas realizadas en el Monumental en virtud del contrato de construcción, denunció a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la institución educativa pública más antigua del país, por presuntos actos de competencia desleal vinculados con el aparente uso ilícito del estadio olímpico de su propiedad, ubicado dentro de la ciudad universitaria.

La denunciante consideró que el alquiler del estadio por parte de la UNMSM para conciertos y otras actividades multitudinarias vulneraba el artículo 60 de la Constitución en la medida en que este prohíbe, de manera preliminar, que las entidades públicas – entre ellas las universidades del Estado– concurren en el mismo mercado que las empresas privadas y compitan contra estas. En ese sentido, Gremco reclamó una afectación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la

Competencia Desleal, toda vez que ese dispositivo dictaminaba como una modalidad anticompetitiva aquel acto que violara una norma, específicamente, la contenida en el artículo 60 de la Constitución.

Tras una larga disputa en el Indecopi, que superó escollos vinculados a improcedencias, devoluciones de expediente y suspensiones de procedimiento para la elaboración de complejos informes, la Sala publicó a inicios del 2019 la resolución final en la que concluyó que la UNMSM actuaba conforme al rol subsidiario amparado por la Constitución y que se encontraba facultada para alquilar el estadio olímpico de su propiedad para conciertos musicales.

La denuncia planteada por Gremco suscitó un importante debate dentro del Indecopi –plenamente vigente hasta hoy– por cuanto esta institución era –y es– la encargada de velar por la leal competencia en el Perú. En buena cuenta, tres son los problemas jurídicos que se han identificado a raíz de la revisión del expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI.

En primer lugar resalta el que sin pretensiones de simplificación, pero para efectos didácticos, podemos abordar como un problema “formal” vinculado con la procedencia de la denuncia y, de manera específica, con el grado de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional en instancias administrativas. Como desarrollaremos en su oportunidad, la Comisión estimó improcedente la denuncia de Gremco puesto que la UNMSM invocó una sentencia del TC que le impedía al órgano colegiado de primera instancia pronunciarse sobre la materia. Tras la apelación de la denunciante, la Sala estimó que la Comisión no debía declarar la improcedencia puesto que la sentencia del máximo intérprete de la Constitución no resultaba ser un precedente vinculante. Esto generó un roce de carácter interpretativo entre ambas instancias que incluso motivó, posteriormente y en un proceso aparte, una demanda de amparo contra el Indecopi por presunta vulneración de la inmutabilidad de la cosa juzgada que recién fue resuelta en el año 2021 y que por sus vínculos evidentes con el caso en autos también referimos en nuestro trabajo.

En segundo y tercer lugar corresponden, conjuntamente, los desafíos de “fondo” del debate, pues se vinculan a conceptos y/o procedimientos de importante calado para el Derecho de la Competencia como lo son, primero, el de definición de “actividad empresarial” y, seguidamente, el de la metodología determinada por el propio Indecopi para dar con una respuesta en estos supuestos. Si bien para este segundo y tercer problema jurídico el pronunciamiento final de la Sala logró un débil consenso, puesto que las parciales bondades de la resolución establecieron un criterio jurisprudencial

positivo vinculado con la definición de “actividad empresarial”, también se aprecian algunas falencias no menores referidas a la ponderación de la metodología, sobre todo respecto del análisis del mercado relevante.

Es por sus matices que esta discusión no solo permitió establecer ciertas diferencias en la proyección de las decisiones del máximo tribunal del país, sino también en los parámetros de la presencia del Estado en el ámbito empresarial privado. En efecto, el análisis del caso trajo a colación la complejidad del régimen económico peruano, el mismo que no se alinea estrictamente con un modelo de libre mercado absoluto ni con una intervención estatal omnipresente, sino que refleja un equilibrio particular entre ambos enfoques.

Lo anterior nos permite introducir uno de los preceptos de esta investigación: el régimen económico de nuestra norma fundamental tiene un carácter ecléctico. ¿Qué quiere decir esto? Pues que contempla una activa participación de los operadores económicos privados, pero también –en determinadas circunstancias– de los operadores públicos. En palabras de Baldo Kresalja y César Ochoa¹ *“si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción (...) el sistema económico se asienta en el ejercicio de la libertad de empresa, no en la creación y desarrollo de empresas públicas o estatales. Así, en caso de que estas se crearan, deberán competir en igualdad de condiciones con las privadas, sin privilegio alguno”*.

Justamente, el punto central de la premisa ecléctica se puede encontrar resumido en el artículo 58 de la Constitución, que desarrolla el concepto de economía social de mercado:

“Artículo 58 de la Constitución

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”

Bajo esa visión, la administración pública determina –orienta– la propuesta económica con el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales involucrados en sectores específicos y, consecuentemente, garantizar la generación de riqueza en el país. En otras palabras, bajo esta concepción el Estado debiera de brindar la pauta general en

¹ Kresalja, B., & Ochoa, C. (2012). “El régimen económico de la Constitución de 1999” (p. 102). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

frentes sociales y económicos considerados de vital importancia –como los citados en el artículo 58– y asegurar, del mismo modo, el crecimiento económico.

Seguidamente, el artículo 60 de la Carta Magna reconoce de manera expresa el pluralismo económico; es decir, la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa, además de las restringidas condiciones bajo las cuales el Estado puede realizar actividad empresarial de manera subsidiaria, requisitos que luego el Indecopi recoge en su metodología:

“Artículo 60 de la Constitución

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”.

Como se deduce, una de las diversas formas de empresa es la que propicia directamente el Estado a través de empresas públicas, otra de ellas –acaso erróneamente catalogada como opuesta– refiere a las empresas privadas, derivadas de la inversión de los particulares. Este dualismo entre la garantía de acceso a ciertos derechos fundamentales y a la generación de riqueza se sustenta, principalmente, en el hecho en que el Estado no puede pretender abarcar todas las industrias, puesto que se establecería una ineficiente distribución de recursos y tareas. En cambio, este debe enfocarse únicamente en aquellos bienes y servicios –como los mencionados en el artículo 58 de la Constitución– que le son inherentes por su calidad de órgano público.

En buena cuenta, los artículos 58 y 60 postulan que la intervención del Estado en la economía será necesaria siempre que ocurra en circunstancias excepcionales y específicas, justificadas bien porque resulta ser una prerrogativa del aparato público – como la defensa de ciertos derechos fundamentales– o bien porque existe un mercado demandando en el que los privados no pueden o no desean satisfacer.

Sin embargo, la prerrogativa subsidiaria es sumamente sensible. La empresa pública no opera en igualdad de condiciones que la empresa privada. Evidentemente, la envergadura del aparato estatal le permite alzarse cual leviatán frente a los particulares. Para resolver ello el artículo 60 de la Constitución presenta las restricciones de la

actividad pública que, como hemos indicado, luego son recogidas por el Indecopi para postular su metodología.

El Estado solo puede hacer empresa (i) siempre que sea a través de una ley expresa emitida por el Congreso, (ii) siempre que se supere el examen de subsidiariedad, y (iii) siempre que medie una razón que ampare un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional. Como veremos luego, estos requisitos son parte del derrotero a seguir al momento de analizar la conducta de una empresa pública y su eventual roce con el mercado de los privados, lo que se vincula, a su vez, con los problemas segundo y tercero ya presentados.

De los tres hitos señalados en el párrafo anterior, el segundo tiene particular importancia. En concreto, la subsidiariedad es aquella acción supletoria en donde el designado para la provisión de bienes y servicios se encuentra imposibilitado de hacerlo y puede ser reemplazado por otro que, en circunstancias normales, debe mantenerse al margen. En otras palabras, y haciendo honor a los términos futbolísticos que no son ajenos al presente informe, el Estado, por lo general, jamás debe iniciar como titular en el partido, pero puede entrar como suplente siempre que alguno de los jugadores en la cancha se lesione y/o no pueda distribuir bien el balón –los bienes o servicios– de manera efectiva.

Así las cosas, la subsidiariedad consiste en la posibilidad de brindar soporte y satisfacer en un mercado solo y exclusivamente cuando no se pueda destinar el mismo a través de la vía predeterminada que, en el sistema político, económico y jurídico peruano resulta ser el de la inversión privada. Nuevamente, Kresalja y Ochoa² nos ilustran sobre este punto cuando señalan que *“el principio de subsidiariedad significa que los ciudadanos deben por su propio esfuerzo e iniciativa realizar todas las actividades económicas, con los límites, claro está, que el propio ordenamiento señala. Y solo en caso de que la actividad privada no estuviera presente o que el mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales, puede autorizársele al Estado mediante ley a intervenir directamente como empresario”*.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional brinda una definición certera de subsidiariedad cuando señala en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC que *“[l]as acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación,*

² Ídem.

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 defección de la iniciativa privada".

De esta manera, solo cuando el privado no pueda o no quiera abastecer a los administrados es que el Estado, de manera subsidiaria, ejerce su rol de agente empresarial. En conclusión, siempre que no estemos frente a la lógica de salvaguarda de derechos fundamentales del artículo 58 de la Constitución, cuya defensa es parte del rol inherente del aparato público y de la cual se pueden desprender conceptos importantes como *ius imperium* o prestación asistencial, la actividad empresarial pública suele ser la excepción. En todos los demás casos la regla indica que la generación de riqueza en el Perú es tarea de los operadores privados.

El expediente jurídico N° 175-2012/CCD-INDECOPI que da mérito al presente informe tiene como punto neurálgico, precisamente, la armonía de ese pluralismo económico. La pregunta subyacente que se plantean la Comisión y la Sala responde a los alcances, considerando el modelo económico actual, en los que una entidad pública puede concurrir en el mercado y competir contra las empresas privadas.

Dicha armonía se ve cuestionada de manera recurrente en el Perú, bien sea en discusiones parlamentarias o en opiniones impulsadas por los privados, donde es usual oír argumentos vinculados con el factor patrimonial o con la eficiencia del aparato público. Esto no es extraño ya que históricamente se han presentado argumentos de carácter pecuniario o de eficiencia que *prima facie* demostrarían la incompatibilidad de competencia entre una entidad pública y una empresa de propiedad privada.

Diversos autores han denunciado la instrumentalización de las empresas públicas. A manera de ejemplo, Ariño³ indica que *"(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 antiinflacionista (...), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilizaciones de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional"*.

³ Ariño Ortiz, G. "Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica" Editorial Comares. Granada. 2004. Pg. 461.

Otros como Patrón⁴ insisten en que la rentabilidad es un concepto escurridizo para las empresas de fondos públicos que, a su vez, prefieren perseguir los fines de los particulares que ocupan sus puestos de dirigencia. Al respecto señala que *“el común denominador a esta variedad de objetivos [de las empresas públicas] 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 (...) para otros propósitos interesados”*.

Como se desprende, uno de los motivos más citados contra la actividad empresarial estatal es de carácter patrimonial vinculado con la eficiencia: la generación de dinero será una realidad garantizada siempre que sea impulsada por intereses particulares y no estatales. Si bien este motivo no prevé elementos sustanciales para una vida sostenible como la garantía del acceso a empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, la preocupación patrimonial se explica bajo el conocido axioma de que *“el dinero de todos (de los contribuyentes que financian a la empresa pública), es el dinero de nadie”* y que, por lo tanto, el Estado no tendría mayor problema en operar a pérdida y ser ineficiente.

Este inconveniente resulta en otro vinculado con los incentivos: la colosal envergadura del aparato público impide que las empresas estatales quiebren, puesto que estas esperarían inyecciones y/o rescates por parte del Estado, aun cuando quede demostrada su constante insolvencia. Lo anterior, lógicamente, no produce estímulos para permanecer en el mercado por lo que el interés en la captación de consumidores a través de la innovación, de la reducción de precios y el aumento de la calidad del bien o servicio se vuelve fútil.

En cambio, las empresas privadas no podrían soportar una mala gestión ni mucho menos la quiebra puesto que el dinero que pueden levantar es limitado en comparación con el de las arcas públicas. Ello genera mayores incentivos para sobrevivir, permanecer en el mercado y diferenciarse del resto de competidores, lo que a futuro produce una eficiencia económica.

En buena cuenta, el argumento del patrimonio y de la eficiencia se torna en uno principista en la medida en que, para algunos, generar desincentivos económicos,

⁴ Patrón Salinas, C. “El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica”. Publicado en: Themis N° 52. Revista editada por la Asociación Civil Themis. Lima. 2006. Pg. 78.

reduce la innovación, la oferta y el desarrollo de nuevos y mejores bienes y servicios que salvaguarden de mejor manera los derechos fundamentales de los ciudadanos y logren bienestar en los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, somos de la opinión que el estándar de la eficiencia de una empresa estatal no puede ser únicamente el económico. Es posible que las críticas más usuales a la intervención del Estado en la economía privada no presten suficiente atención a un hecho trascendental: en un mundo ideal, la empresa pública salvaguarda derechos y estándares mínimos para la población. Es decir, su interés no radica en la eficiencia patrimonial, sino en la garantía del cumplimiento de ciertos derechos a la mayor cantidad de personas posible. A través de este informe defenderemos una postura que, en este sentido, también resulta ecléctica, pues insistimos en que el sentido teleológico del rol subsidiario debe comulgar intereses económicos con la defensa de derechos fundamentales.

De esta manera, el termómetro de la eficiencia del rol subsidiario del Estado debe estar regulado por el bienestar de los consumidores –cuya prosperidad suele citarse como el fin ulterior en materia de Derecho de la Competencia– pero también por la sostenibilidad patrimonial. Puede ocurrir, y de hecho sucede, que sea más eficiente en términos de bienestar de los ciudadanos que el agente público domine determinado mercado aun cuando los privados se encuentren en condiciones de ofrecer servicios similares. En las ocasiones contrarias el rol subsidiario del Estado reduce la intervención estatal, pero se prefiere su actividad en aquellos casos en donde se encuentre necesariamente justificada, siempre que se cumplan con los requisitos legales.

Justamente, el expediente escogido resulta idóneo para reconstruir el criterio jurisprudencial que le permitió al Indecopi pronunciarse sobre la concurrencia de una entidad estatal en el mercado de alquiler de predios para la organización de conciertos musicales. En esa línea, la elección del caso se justifica por el elevado nivel de detalle en que se desarrollan los criterios legales para los casos en los que una empresa pública no puede competir contra una privada en un mismo mercado, pero también resulta interesante por las falencias argumentativas en las que incurre el Indecopi, particularmente al momento de concluir que el estadio Monumental no podría absorber la demanda liberada por el estadio San Marcos.

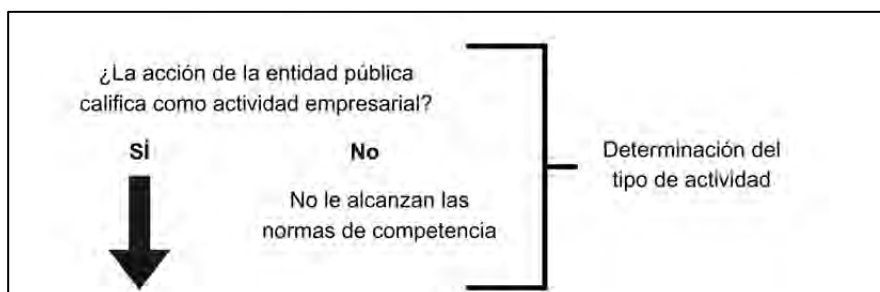
El desarrollo del presente documento contiene el análisis de las decisiones de ambas instancias del Indecopi en base a los argumentos ofrecidos tanto por Gremco, en su afán de denunciar la actividad de la UNMSM, y de la universidad, consistentes en defender su permanencia en el mercado bajo la premisa del rol subsidiario. No obstante

ello, y como ya se introdujo, surge una particularidad de “forma” que nos obliga a evaluar la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional en la medida en que la Sala del Indecopi discrepa de un criterio del máximo intérprete de la Constitución, justamente vinculado con el alcance del rol subsidiario y la labor de los denominados operadores económicos.

Así, las siguientes páginas abordarán los tres principales problemas jurídicos que se suscitan en el presente caso, los mismos que surgen a partir del aspecto “formal” resultado por la diferencia entre el Indecopi y el Tribunal Constitucional sobre el rol del Estado en la economía, y a partir de los aspectos de “fondo”, traducidos en la definición del concepto de “actividad empresarial” y del análisis de la metodología utilizada por el Indecopi para determinar si una actividad empresarial pública puede concurrir en el mercado privado, esta última vinculada con un precedente de observancia obligatoria de la propia autoridad, contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI (precedente Pollería El Rancho).

Como se detallará más adelante, esta metodología de dos fases requiere contestar, de manera concurrente, una serie de preguntas, en dos grados distintos. En la primera fase de la metodología la pregunta que se pretende responder refiere a la naturaleza empresarial de la actividad (“¿La acción de la entidad pública califica como actividad empresarial?”), mientras que en la segunda etapa deben contestarse tres hitos, los mismos que, en caso de que las respuestas concurrentes sean positivas, permiten a la empresa pública intervenir en el mercado analizado. Para graficar lo anterior presentamos la siguiente guía, de elaboración propia.

Primera etapa



Segunda etapa



Este documento evaluará, en primer lugar, si el criterio seguido por la Sala para diferir de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre rol subsidiario es válido, para luego determinar si los criterios utilizados en el alquiler del estadio San Marcos para la realización de conciertos califica como empresarial. Adicionalmente, opinaremos sobre la ponderación que hacen ambas instancias administrativas en virtud de la aplicación de la metodología de la Pollería El Rancho –particularmente de mercado relevante y de capacidad de absorción– para emitir una opinión sobre la decisión final.

En suma, tanto el aspecto “formal” como los de “fondo” implican una evaluación de las consecuencias de una economía social de mercado y del análisis de la posibilidad de que el perjuicio producido a una empresa privada sea en beneficio del proceso competitivo y, a la postre, de todos los consumidores. Este expediente nos permite una discusión alturada y fructífera de los intereses empresariales públicos, de la simbiosis con la esfera privada y de los límites autoimpuestos para legitimar tanto la libertad de los individuos como la garantía de derechos que, por su importancia, deben y merecen ser garantizados por el Estado.

En conclusión, el involucramiento entrelazado que tienen las diferentes áreas del Derecho Constitucional, Derecho Económico y, sobre todo, Derecho de la Competencia en el expediente jurídico escogido nos permite determinar los aspectos positivos, negativos y las lecciones del sistema político, jurídico y económico que ha consagrado nuestro país en su Constitución y que son, qué duda cabe, el derrotero hacia el estado de madurez de una república con un sólido estado de Derecho.



2. Partes, hitos procedimentales y hechos relevantes

Gremco es una empresa privada dedicada a la promoción de espectáculos públicos deportivos y no deportivos en las instalaciones del estadio Monumental (cancha principal y explanadas). El vínculo que mantiene Gremco con el estadio se da en virtud de que esta sociedad se encuentra vinculada a Gremco S.A., la empresa que construyó el predio deportivo a pedido de Universitario de Deportes, y que mediante adenda del contrato entre la constructora y el club es propietaria de los derechos exclusivos para realizar las actividades descritas.

Para llevar a cabo su actividad Gremco alquila el estadio Monumental a empresas que se dedican a la organización de espectáculos públicos a cambio de una retribución. Entre estos eventos han destacado de manera recurrente conciertos de música y, en menor medida, partidos de fútbol profesional no vinculados al club Universitario de Deportes, así como eventos religiosos. En ese sentido, Gremco incurre en el mercado como una empresa que alquila un local de su propiedad para que terceros realicen diferentes eventos públicos en la ciudad de Lima⁵.

Por su parte, la UNMSM es una institución de educación superior pública financiada principalmente por el Estado peruano, y en menor porcentaje por sí misma, en cuyo predio se levanta un estadio olímpico de su propiedad. La universidad incurre en el mercado ofreciendo, principalmente, servicios educativos. Sin perjuicio de ello, toda vez que también es propietaria del estadio, la UNMSM alquila dicha estructura para la realización de diferentes actividades, entre ellas conciertos musicales. Conforme a lo expuesto por la casa de estudios, el dinero recaudado por el alquiler se reinvierte en la misma universidad debido a que el financiamiento del Estado le resulta insuficiente.

Gremco considera que el alquiler del estadio San Marcos para eventos públicos es una actividad comercial idéntica a la que ellos realizan, por lo que se genera competencia entre ambas. En virtud de que el artículo 60 de la Constitución peruana impide de manera preliminar que las entidades públicas puedan concurrir en un mercado ocupado por las privadas, Gremco sostiene que la actividad de la UNMSM es ilícita y, por ello,

⁵ Vale señalar que a la fecha de la denuncia Gremco era propietaria de las tribunas y de algunas explanadas exteriores del estadio Monumental. La estructura de los palcos pertenecía a un tercero –la Asociación de Palquistas– mientras que la cancha central sí era propiedad de Universitario. En el 2018, tras dieciocho años de disputas, finalmente Gremco acordó la transferencia de estos inmuebles al club.

presenta una denuncia ante el Indecopi por presunta vulneración del artículo 14.3 de la LRCD.

El artículo 14 de la citada ley señala que es plausible generar una ventaja anticompetitiva si es que esta se configura a partir de la violación de una norma. Es decir, que es posible afectar la competencia teniendo como vehículo la infracción directa de una norma, tal como se indica a continuación:

“Artículo 14.- 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 (...).”

En otras palabras, la ventaja ilícita que una empresa generaría sobre otra se produce porque se ha operado fuera del marco legal determinado, el mismo que atañe y vincula a todos los competidores. Si bien normas de distinta categoría pueden afectarse para que una empresa saque provecho respecto de otras, para Gremco la vulnerada sería la más importante de todas: la Constitución y, particularmente, su artículo 60, que impide que las entidades públicas concurren en un mercado en el que ya operan las privadas.

El numeral 3 del artículo 14 de la LRCD prevé expresamente este supuesto ya que señala que una de las tantas normas que no se pueden contravenir para producir una ventaja competitiva es, justamente, el precitado artículo de la norma fundamental:

“Artículo 14.- 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 (...).”

Así las cosas, con fecha 26 de julio de 2012, Gremco denuncia a la UNMSM frente a la Comisión de Defensa de la Competencia del Indecopi por presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. A continuación, y para efectos de facilitar la comprensión del iter procesal entre la primera y segunda instancia del Indecopi –en el cual se dictaron improcedencias, apelaciones y suspensiones–, presentamos un breve recuento de los hitos más relevantes.

Denuncia de Gremco y admisión a trámite.



Resolución N° 114-2013/CCD-INDECOPI.
La Comisión declara improcedente la denuncia.



Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI.
Tras apelación de Gremco la Sala revoca la improcedencia dictaminada por la Comisión.



Suspensión del procedimiento y publicación de informes de la GEE para pronunciamiento de fondo de la Comisión.



Levantamiento de la suspensión y nueva imputación de cargos de la Comisión.



Segunda suspensión y publicación de nuevo informe complementario de la GEE.



Resolución N° 076-2017/CCD-INDECOPI.
La Comisión declara infundada la denuncia.



Resolución N° 0269-2018/SDC-INDECOPI.
Tras apelación de Gremco la Sala confirma la decisión de la Comisión, modificándola.

3. Análisis de los principales problemas jurídicos del expediente

Si bien la postura ecléctica de la actual Constitución permite la comunión de los elementos de una economía social de mercado –término en el que ahondaremos luego–, esto no se ha manifestado de manera pacífica en las interpretaciones del rol subsidiario que llevan a cabo los aplicadores de la justicia en el Perú. Diferentes autoridades como el Indecopi o el Tribunal Constitucional han tenido lecturas disímiles respecto del rol que debe cumplir el Estado en la economía y en la generación de riqueza. Esta discusión, que evidencia tensiones conceptuales, incertidumbre jurídica y desafíos en su aplicación, se manifiesta, justamente, en el expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI.

Como se ha establecido previamente, los tres principales problemas identificados en el expediente se vinculan con la valoración que debe llevar a cabo el Indecopi para determinar una presunta vulneración del artículo 14.3 de la LRCO y de los roces institucionales –y potenciales afectaciones constitucionales– que conlleva esa interpretación al estar reñida con lo dictaminado por el Tribunal Constitucional. En este acápite nos remitiremos a nombrar los problemas identificados, mientras que en el siguiente presentaremos el marco jurídico-conceptual de cada uno de ellos.

3.1. Primer problema: vinculatoriedad de las sentencias del TC

Tras una lectura cronológica del expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI las primeras preguntas jurídicas que surgen están vinculadas a la diferencia que tienen denunciada y denunciante respecto de conceptos tales como “actividad empresarial” y rol subsidiario del Estado. A medida que uno avanza la lectura descubre uno que aparecen enfoques disímiles sobre la aplicación metodológica del precedente de observancia obligatoria de la Pollería El Rancho que aplica el Indecopi en casos de violación de normas y rol subsidiario del Estado. Es a partir de los descargos de la UNMSM y de la posterior Resolución N° 114-2013/CCD-INDECOPI de la Sala, la misma que revoca la improcedencia estimada por la Comisión, que puede uno dar cuenta de una tercera pregunta: ¿cuál es el grado de vinculatoriedad de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional?

Resulta primordial resolver aquella duda pues es sobre dicha materia que se suscita la procedencia de la demanda, lo que nos obliga a resolver esta cuestión antes que cualquier asunto de fondo. ¿A mérito de qué viene la duda de la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal? El punto de la discordia lo trae a colación la sentencia del TC contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC que es invocada como parte de la argumentación inicial de la UNMSM. En ese caso, que cuenta con algunas similitudes

conceptuales respecto del presente, Gremco interpuso un recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima alegando que el Instituto Peruano del Deporte (IPD) incurría en un acto de competencia desleal en la gestión del estadio Nacional, adscrito al referido órgano. El Tribunal determinó que, en la medida en que el IPD se autofinanciaba arrendando sus bienes, entre ellos el estadio Nacional, el Instituto no venía realizando actividad empresarial alguna y podía concurrir en el mercado de cesión de infraestructura para la organización de eventos. En concreto, el TC analizó si el arrendamiento del estadio Nacional por parte del IPD constituía una actividad empresarial que vulneraría la libertad de empresa del demandante, sin pronunciarse necesariamente sobre el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 60 de la Constitución.

La sentencia del expediente N° 07644-2006-PA/TC determinó que no se configuraba actividad empresarial alguna porque el IPD no actuaba con fines de lucro. En buena cuenta, si bien ingresaban a las arcas del IPD los réditos derivados del alquiler de la infraestructura de su propiedad, la entidad no buscaba generar una utilidad y enriquecerse, sino reinvertir estos con el objetivo de dar mantenimiento al estadio Nacional. En otras palabras, se plasmaba una figura de autofinanciamiento que buscaba la conservación de la infraestructura, lo que era una finalidad constitucionalmente válida en el marco de la promoción del deporte y, por ello, no podía ser cuestionada por la vía de la competencia desleal o cualquier otra.

Esta materialización a nivel de jurisprudencia del TC del concepto de actividad empresarial es un punto de inflexión, pues es a través de una sentencia del máximo intérprete de la Constitución que se establece un diferencial sustancial: el concepto de actividad empresarial está vinculado necesariamente al lucro y, en vista de que el autofinanciamiento no pretende este fin no se puede ubicar bajo el alcance del Derecho de la Competencia. Esta definición repercute en la Comisión de Defensa de la Competencia del Indecopi que, en el caso del expediente en autos, recoge en un primer momento lo dictaminado por el Tribunal Constitucional para que, posteriormente, la Sala desestime este criterio y revoque la improcedencia.

Así las cosas, tenemos que existe una sentencia del TC que influye directamente en la denuncia entre Gremco y la UNMSM porque para la Comisión esta mantendría un grado de vinculatoriedad que debe seguirse sin contradicción; es decir, tal cual se ha dictaminado por el Tribunal. Sin embargo, al desestimarse luego este criterio por la Sala, surge el primer problema jurídico del informe. Adelantamos que la pregunta que

debemos responder es “¿cuál es el grado de vinculatoriedad de las sentencias del TC?” y no si acaso “¿existe un grado de vinculatoriedad de las sentencias del TC?” puesto que partimos de la premisa de que siempre existe una relación obligacional entre aplicadores de la justicia –en este caso, las instancias administrativas del Indecopi– y las sentencias del máximo intérprete de la Constitución: la de revisar necesariamente las sentencias del TC en sus decisiones. O, lo que es lo mismo, que la conducta base, de todo aplicador de justicia debe ser revisar las sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas a su caso antes de emitir cualquier pronunciamiento.

Por ello es que debemos considerar el problema de la vinculatoriedad de las sentencias del TC como un problema de “forma” y, con el objetivo de respetar la validez del procedimiento y la prelación sobre el análisis de “fondo”, este debe ser el primero en dilucidarse.

Partiendo de la premisa de que toda sentencia del Tribunal Constitucional debe revisarse, en este caso, por los vocales del Indecopi, debemos establecer si en todas las ocasiones estos deben ceñirse exactamente a lo dictaminado por ellas. Como veremos más adelante, pareciera ser que el Código Procesal Constitucional vigente al momento de la denuncia⁶ nos podría dar la respuesta, pero es justamente en el Título Preliminar de este cuerpo normativo que hallamos una posible discordancia respecto del grado de vinculatoriedad. Sin perjuicio de revisar con profundidad esta presunta divergencia luego, adelantamos que los artículos VI y VII postulan dos escenarios diferentes.

Mientras que el artículo VI del Título Preliminar del Código anterior favorece el control difuso y la interpretación constitucional, conminando a los jueces a resolver la incompatibilidad de una norma constitucional con otra de menor jerarquía siempre que se observen las resoluciones previamente dictadas por el TC, el artículo VII refiere a los alcances del precedente, disponiendo que serán vinculantes aquellas sentencias que así lo expresen en su texto, siempre que precisen los términos de sus efectos.

¿Qué artículo debió dirigir el actuar del vocal del Indecopi? La respuesta que defenderemos a lo largo del presente trabajo es que ambos deben ser considerados. Por el artículo VI el juez está obligado a tomar en cuenta lo dictaminado en las

⁶ Promulgado mediante Ley 28237 del 2004 y derogado por mérito de la Ley 31307 del 2021 que contiene el Nuevo Código Procesal Constitucional.

sentencias del TC, pero no necesariamente a decantarse por esa la decisión, mientras que por el artículo VII el aplicador de justicia siempre deberá decantarse y ceñirse por aquella sentencia que se declare como precedente. En otras palabras, el artículo VI obliga al vocal a tener en consideración el dictamen del TC y, en caso discrepe, a motivar correctamente los motivos de deferencia; en cambio, por el artículo VII surge una obligación de resolver en completa sintonía con lo indicado en la sentencia, siempre que se indique expresamente que es un precedente de observancia obligatoria.

Vale decir que, conociendo que el expediente es uno de instancias administrativas, somos enfáticos en señalar que no pretendemos que se aplique un control difuso por parte de los vocales del Indecopi. Eso carecería de todo sentido por dos motivos: (i) que a raíz de la publicación de la sentencia del expediente N° 4293-2012-PA/TC en el 2014 –caso Consorcio Requena– se proscribió la aplicación de la figura del control difuso por parte de las instancias administrativas, y (ii) que, sin perjuicio del primer supuesto, únicamente se puede aplicar control difuso contra una ley, no respecto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

En cambio, sí es congruente con el sistema constitucional peruano, como sostenemos a partir de la jurisprudencia y doctrina que citaremos posteriormente, y porque, además, se desprende de una interpretación sistemática de los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional vigente al momento de la denuncia analizada en este trabajo, una figura bajo la cual el aplicador jurídico puede desvincularse de una sentencia del Tribunal Constitucional siempre que –e insistimos en la concurrencia de estas condiciones específicas– se configure la totalidad de determinados elementos. Estos elementos son recogidos tanto en la doctrina y en la jurisprudencia y también son el resultado de un proceso argumentativo cuyo contenido revelaremos de manera detallada en el acápite 6.2, los mismos que se encuentran fundamentalmente inspirados en el mayor beneficio de los agentes económicos y de la ciudadanía en general.

3.2. Segundo problema: definición de actividad empresarial

Tras referir al problema de “forma” del caso, en la medida en que su dilucidación permite la procedencia de la denuncia, condición *sine qua non* para obtener un pronunciamiento de fondo, es que presentamos el segundo y el tercer problema jurídico de este expediente. En el fondo, son los esfuerzos por definir el concepto de “actividad empresarial” los que en primer lugar distancian a la Comisión de la Sala. La primera instancia declara improcedente la denuncia de Gremco al considerar que la UNMSM no realiza actividad empresarial al alquilar el estadio de su propiedad, siendo la secuencia argumental es la siguiente:

- La actividad de la universidad no puede ser catalogada como empresarial porque existe una sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC que señala que toda acción que le permita a una institución pública autofinanciarse –siempre que lo haga respetando los fines para los cuales fue creada– no será considerada como actividad empresarial.
- En ese orden de ideas, toda vez que la Ley Universitaria y la Constitución señalan que uno de los fines de las universidades es el fomento de la cultura, y siendo que dentro de la cultura se encuentra el disfrute y expansión de la manifestación musical, la UNMSM puede autofinanciarse alquilando su estadio siempre que lo haga para organizar conciertos públicos.

Como defenderemos luego, la acepción que hace la Comisión del Indecopi en virtud de la sentencia del TC es errónea porque desconoce el principio de aplicación de primacía de la realidad mediante el cual se comprueba que el factor lucro no impide que una actividad sea disruptiva en el mercado y que incluso aquellas actividades que pretendan autofinanciamiento sí pueden afectar la competencia.

Si bien la sentencia del Tribunal que invoca la Comisión no lo menciona de manera directa, para lograr una comprensión cabal de la definición de actividad empresarial es menester identificar y descartar conceptos como potestad “*ius imperium*” y “prestación asistencial”, puesto que cualquiera de ellas no se considera bajo los alcances del Derecho de la Competencia. Estas nociones, que revisaremos a profundidad luego, brindan un matiz valioso al debate al permitir identificar aquellas actividades que puede realizar el Estado de las que, por motivos de la competencia desleal, se encuentra impedido de hacer.

Considerando que el debate sobre actividad empresarial debe, necesariamente, contener las definiciones anteriores, señalamos que la segunda instancia considera errada la opinión de la primera respecto de que la UNMSM incurre en una forma de autofinanciamiento y, por ello, no le alcanzan las prohibiciones de competencia desleal. Los argumentos que utiliza la Sala para descartar la opinión de la Comisión son dos: la sentencia del TC invocada no es vinculante (lo que corresponde al primer problema jurídico analizado) y que, motivada por otro fallo del Tribunal que sí es un precedente vinculante, la actividad de la UNMSM debe ser considerada como empresarial aun cuando no tenga ánimo de lucro. Esta independencia del factor lucrativo es importante para el análisis jurídico de este informe.

Asimismo, y vinculado con el segundo argumento, la Sala pregonaba una aplicación del principio de primacía de la realidad que corrobora la necesidad de establecer que una actividad empresarial es independiente al lucro, pues la presencia de la universidad en el mercado de alquiler de predios para conciertos –bajo una concepción de efectos potenciales– es disruptiva en sí misma.

Como se recuerda, dar con una respuesta a este problema no solo es interesante en la medida en que las instancias del Indecopi se contradicen sino, también, porque la definición de actividad empresarial es, justamente, la primera fase del análisis de subsidiariedad conforme a la metodología del Indecopi en el precedente de la Pollería El Rancho.

Para efectos de este debate, la Sala dictamina que la actividad empresarial es independiente de su ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio. Es decir, no contempla la preexistencia de vínculo patrimonial de ningún tipo –la empresa no necesariamente debe buscar hacer dinero– ni tener una forma determinada de ofrecer sus servicios a través de una organización societaria específica. Lo anterior permite ampliar el alcance a diversos agentes que, en otras circunstancias, no podrían ser considerados como operadores económicos y a los que no les alcanzaría del Derecho de la Competencia. En otras palabras, la Sala decide no aplicar la cuestionada sentencia del TC puesto que ella vacía de contenido al artículo 60 de la Constitución: si toda entidad pública que se autofinancia no puede ser denunciada por competencia desleal, toda entidad pública buscará argumentar que se autofinancia para introducirse en determinado mercado.

Así, y sin perjuicio de ahondar en esta materia más adelante, se puede inferir que el espíritu que persigue la definición de actividad empresarial dado por la Sala es, por sobre todas las cosas, práctico. Ello pues prefiere aplicar el concepto de primacía de la realidad al descartar el interés lucrativo y la forma jurídica del agente para reconocer que, con o sin ellos, el mercado igual se puede distorsionar y que la práctica y la costumbre indica que solo la mera conducta de estos agentes, sin importar su condición o el ánimo de lucro, puede generar efectos adversos a la competencia. La Sala busca prevalecer la lógica del rol subsidiario incluso si debe descartar una interpretación del TC.

En otras palabras, que tomando en cuenta la experiencia empírica, la sola existencia de un agente que interactúe en el mercado puede generar una distorsión. Vale decir que esta postura, que compartimos, no nos impide estar de acuerdo con la figura del autofinanciamiento, como revelaremos posteriormente.

En conclusión, deviene un segundo problema jurídico que corresponde a la controversia entre la Comisión y la Sala respecto de una interpretación restrictiva o amplia del concepto de “actividad empresarial” en relación con el principio de subsidiariedad estatal. Esta interpretación es importante pues, como se ha establecido previamente, la existencia o no de una actividad empresarial es un requisito preexistente para continuar con la evaluación de la legalidad de las acciones de la UNMSM que Gremco señala como ilegítimas en la medida en que afectarían la competencia desleal. Resolver esta primera cuestión de “fondo” consolida la idea de que la actuación económica del Estado debe evaluarse desde sus efectos reales sobre el mercado y no desde su propósito formal, constituyendo así un avance hacia una comprensión más funcional y coherente del rol empresarial público dentro del orden económico constitucional.

3.3. Tercer problema: aplicación metodológica para demostrar una contravención al artículo 14.3 de la LRCD

Incluso cuando se garantice un entendimiento homogéneo entre las instancias del Indecopi del concepto de actividad empresarial, el debate de la pertinencia de la concurrencia de una empresa pública en el mercado dista de estar zanjado, pues solo se ha superado la primera etapa de dos. En este caso, la dificultad ya no viene dada por la interpretación disímil de un concepto, sino por su aplicación casuística. ¿Qué significa esto? Pues que, a diferencia de la definición de actividad empresarial, cuya aplicación universal tal y como dispuso la Sala debiera de ser pacífica, la interpretación de los tres hitos de la metodología del precedente de la Pollería El Rancho varían caso por caso. Esto nos lleva a concluir un tercer y último problema jurídico vinculado con la superación de dicha metodología basada en la aplicación casuística.

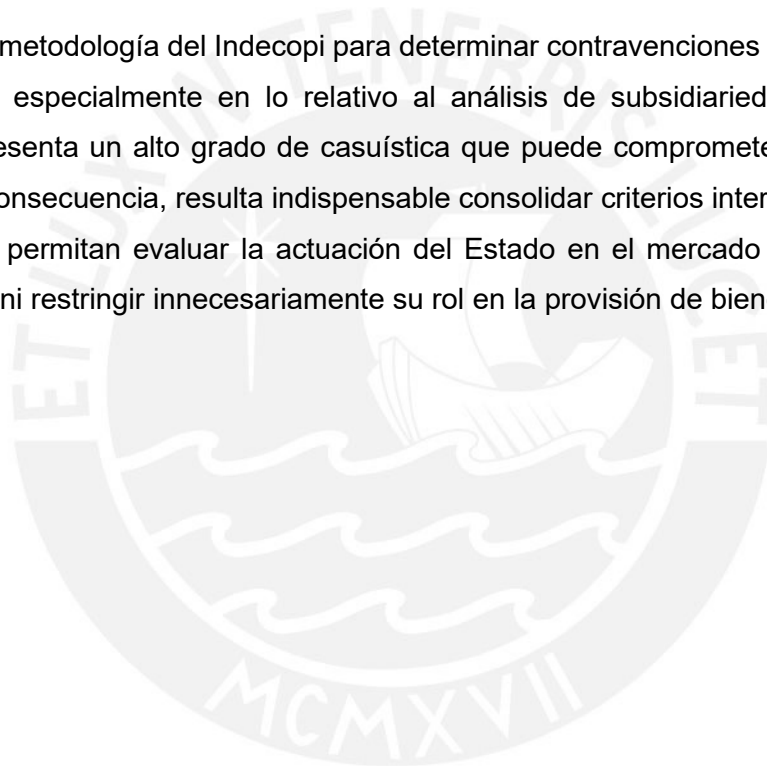
En otras palabras, si bien el debate de actividad empresarial es teórico, el alcance para interpretar la metodología de contravención al artículo 14.3 de la LRCD debe llevarse a cabo en cada caso. En la aplicación de esta segunda fase, el Indecopi ha venido interpretando conceptos tales como mercado relevante a partir de la opinión que hace su Gerencia de Estudios Económicos (GEE) para cada caso en particular que, si bien pueden estar debidamente motivados y contener un rigor técnico elevado, no se encuentran libres de cuestionamientos.

En suma, es la libertad interpretativa que tiene el Indecopi al aplicar la metodología de análisis para la contravención del artículo 14.3 de la LRCD, la misma que puede variar sustancialmente entre denuncias, la que se manifiesta como un inconveniente a la hora de garantizar predictibilidad en sus resoluciones finales. Es importante notar que con este comentario no se pretende privar de autonomía a la autoridad de competencia, sino

resaltar el hecho de que, a la hora de llevar a cabo la metodología, y particularmente el segundo hito sobre el examen de subsidiariedad, la valoración de una decisión correcta debe realizarse de manera global, sin dejar de atender todas las variables únicas que suelen acompañar casos como estos.

Así las cosas, el análisis del expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI revela la complejidad jurídica que genera la falta de uniformidad en la interpretación del concepto de actividad empresarial y del principio de subsidiariedad del Estado. Si bien la Sala adopta una postura más realista y funcional al desvincular la noción de empresa del ánimo de lucro, la existencia de precedentes no vinculantes, pero influyentes al fin y al cabo, complica la aplicación coherente de este criterio en todas las instancias.

Asimismo, la metodología del Indecopi para determinar contravenciones al artículo 14.3 de la LRCD, especialmente en lo relativo al análisis de subsidiariedad y mercado relevante, presenta un alto grado de casuística que puede comprometer la seguridad jurídica. En consecuencia, resulta indispensable consolidar criterios interpretativos más estables que permitan evaluar la actuación del Estado en el mercado sin debilitar la competencia ni restringir innecesariamente su rol en la provisión de bienes y servicios.



4. Marco teórico-normativo de la controversia

Antes de introducirnos en el detalle de lo actuado en el expediente, consideramos pertinente realizar una breve mención al marco teórico-normativo vinculado con la denuncia, en la medida en que se presentan conceptos útiles para la posterior evaluación de las decisiones del Indecopi. Para efectos de una exposición ordenada haremos mención del marco teórico-normativo de los principales temas del expediente para luego evaluar el marco conceptual de los tres problemas jurídicos.

Economía social de mercado: antecedentes constitucionales

En la primera mitad del siglo XX el economista británico Lionel Robbins⁷ intentó definir su campo de estudio como *“la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines dados y medios escasos que tienen usos alternativos”*. El propio autor, quizás comprendiendo que el lenguaje utilizado no era el más amigable, sentenció luego que la economía tenía como objeto de estudio aquella imperiosa necesidad humana de *“desear lo que no podían tener”*. Para Robbins, la relación entre las personas y el aprovechamiento de los bienes escasos no era cuantificable bajo la lógica, sino bajo el apremio de una necesidad irracional e insaciable.

Esta definición reluce el conflicto permanente entre recursos limitados y necesidades ilimitadas, núcleo del pensamiento económico clásico. La economía social de mercado intenta equilibrar un concepto lógico como la correcta administración de bienes escasos con conceptos de justicia y equidad. En ese sentido, incorpora valores éticos y sociales dentro a un modelo tradicionalmente técnico, un desafío que no ha sido ajeno a los esfuerzos de famosas constituciones de inicios del siglo XX como las de Querétaro en México (1912) y Weimar en Alemania (1919) y que, por consiguiente, no ha sido ajeno a las consecuentes constituciones peruanas que bebieron de ellas.

No es novedoso argumentar, por ejemplo, que los cambios más importantes en materia jurídico-económica en el Perú se dieron durante los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI. Tres eventos son los de mayor repercusión: (i) la consagración expresa del concepto de economía social de mercado en la Constitución de 1979, (ii) la introducción del rol subsidiario como materialización del concepto de economía social de mercado en la Constitución de 1993, (iii) y la publicación en el año 2008 de la LRCD

⁷ Robbins, L. (1932). An essay on the nature and significance of economic science. Macmillan.

que contempla como una modalidad de afectación de la leal competencia la violación de normas, entre ellas la del rol subsidiario positivizado en la actual carta magna.

A pesar del distanciamiento ideológico entre la Constitución de 1979 y la de 1993, ambas encuentran terreno común respecto del rol preponderante de la economía en el estado moderno. A saber, la anterior norma fundamental manifestaba de forma literal, en su artículo 115, el objetivo social con el que se debía dirigir la economía⁸, mientras que los artículos 112 y 113 contemplaban la coexistencia de diversas formas de empresa, entre ellas estatales y privadas⁹, la finalidad vinculada con la prestación de servicios públicos y el alcance de los objetivos de desarrollo, respectivamente¹⁰. Con estos dispositivos se introdujeron una serie de derechos de corte patrimonial con fundamento en la propiedad privada y en la libertad para contratar, pero se mantuvo una fuerte presencia del Estado-empresario que impedía que los reconocimientos previos pudieran alcanzar el potencial deseado.

Para la elaboración del capítulo económico de la actual Constitución de 1993 el debate en el pleno del Congreso Constituyente que le dio forma vio enfrentadas diversas posturas, incluso desde el mismo alero ideológico¹¹, arribándose a un punto en común propiciado por una economía liberal de mercado en donde el Estado podría intervenir en la garantía de derechos fundamentales y de manera prestacional, cuando el privado se encontrara incapacitado –por decisión propia o por factores externos– de ofrecer productos y/o servicios a los ciudadanos.

⁸ Artículo 115.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

⁹ Artículo 112.- El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.

¹⁰ Artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

¹¹ Es interesante la exposición que hace Alberto Cruces Burga en su tesis “El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad dentro del régimen de economía social de mercado en la Constitución de 1993” (PUCP, 2020) cuando compara las intervenciones divergentes entre la Derecha. Por un lado Lourdes Flores, Ántero Flores-Araoz y Javier Bedoya sostenían la necesidad del rol subsidiario, mientras que Rafael Rey y Francisco Tudela encontraban esta posición confusa.

De esta manera, si bien la actual Constitución de 1993 prevé la base de derechos económicos y patrimoniales instaurados en la carta magna de 1979, recién es con la actual que se permite garantizar su ejercicio práctico y alcanzar su mayor potencial en la medida en que se limita la participación del Estado como empresario, volcando el objetivo hacia una economía liberal de mercado, vinculada con el *laissez faire* y la reducción del aparato público. Como indica Chamorro¹²:

“Ello supuso entonces un cambio hacia un nuevo paradigma del rol del Estado donde el motor de la economía es asumido por la iniciativa privada y sobre este ya no recae la obligación de brindar de manera directa los servicios públicos, sino que asume la función de regulador y vigilante del ejercicio de las actividades económicas encontrando estrictos límites a su actividad empresarial”.

Sobre las diferencias entre las propuestas de ambas constituciones Baldo Kresalja concluye, en palabras de Alberto Cruces¹³ que *“el rol subsidiario no significa renunciar a actuar sino más bien priorizar dicha actuación para lograr el desarrollo”* y que el aparato público *“apuesta por una planificación estratégica, aunque reconoce que el rol subsidiario del Estado en materia económica es una consecuencia del modelo de Economía Social de Mercado”*.

Por supuesto, no pasa desapercibido el marcado tenor social del modelo económico elegido, incluso cuando se limita la participación del aparato público. Ernesto Álvarez Miranda trae a colación la definición de dicho concepto por Alfred Müller-Armack, quien además de acuñar el término fundó la Escuela de Friburgo, defensora de esta doctrina¹⁴: la economía social de mercado es *“aquél modelo en el que la economía funciona de acuerdo con las reglas del mercado, pero complementada con garantías sociales”*.

¹² Chamorro, C. (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. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹³ Cruces Burga, A. (2020). El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad dentro del régimen de economía social de mercado en la Constitución de 1993. Tesis de maestría en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁴ Álvarez Miranda, E. (2014). *El modelo económico de la Constitución Peruana* (Revista Ius et Veritas, N° 48) (256, 268)

En otras palabras, el factor de economía social de mercado, propuesto inicialmente en la Constitución de 1979 y materializado en la de 1993 a través del rol subsidiario propuesto para el Estado, permite un diálogo entre posturas enfrentadas, pues mantiene al Estado como una entidad de respaldo estratégico siempre y cuando el privado –el principal impulsor económico del país– no pueda ofertar, pero no lo relega únicamente a la protección de derechos fundamentales que, al fin y al cabo, son parte de su fin teleológico.

En ese caso, la economía social de mercado resulta ser un punto de encuentro entre dos teorías opuestas de la generación de riqueza e igualdad –la reducción del Estado y el asistencialismo– en la que los roles están claramente delimitados por la eficiencia, como hemos notado previamente.

Los privados operan armoniosamente en el mercado impulsados por la oferta y demanda y procuran permanecer en este, mientras que las entidades públicas omiten intervenir. Su intervención solo se encuentra permitida en aquellos casos en donde los privados no puedan ofrecer sus productos y/o servicios a la población o en aquellos casos en donde, por ser una premisa inherente al Estado, este tenga la obligación de participar bajo la prerrogativa del *ius imperium* o de prestaciones asistenciales. Esta perspectiva garantista permite que la inversión privada no se asfixie por la intervención del Estado y, al mismo tiempo, que este pueda dedicarse de manera prioritaria a las tareas específicas para las cuales fue diseñado.

En buena cuenta la economía social de mercado permite que tanto públicos como privados se enfoquen en aquellas materias en las cuales son especialistas. En el caso de los privados, la generación de riqueza a través de la innovación y sana competencia y, en el caso de los públicos, la asistencia y garantía de elementos vitales para la vida en sociedad que, por su alcance, merecen ser tutelados por la esfera estatal, en donde se incluya la intervención subsidiaria en cuanto fuera requerida.

Rol subsidiario del Estado y rasgos de la actividad empresarial

Como se ha adelantado, la herramienta más interesante con la que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para confirmar la prevalencia de una economía social de mercado es la subsidiariedad con la que pueden actuar las empresas estatales respecto de las

privadas. Para comprender de manera práctica este concepto, nos servimos de la distinción de dos fases que hace Kresalja¹⁵:

“[E]ste principio supone la existencia de dos fases entrelazadas: fase negativa (o pasiva) y fase positiva (...). La primera implica un deber de abstención del Estado y tiene como contrapartida en el reconocimiento de la autonomía de los individuos y grupos intermedios para el logro de sus fines específicos.

La fase positiva, por el contrario, implica un deber de acción del Estado de realizar actos o de intervenir, sea de manera indirecta (función de fomento o promoción) o directa a través de una cesión de bienes en la fabricación de bienes o brindando servicios”

Como indica el autor, el rol subsidiario presupone el previo establecimiento de algunas convenciones sociales –abstención del Estado, deber de acción del mismo o autonomía del individuo– para luego determinar qué agente tendrá la labor de defenderlas o asegurarlas. Respecto de esta última convención, el citado autor¹⁶ se permite definir el fin ulterior de subsidiariedad cuando indica que esta procura *“que el ejercicio de competencias [del Estado] en la medida de lo posible sea más cercano al ciudadano, quien tiene como prerrogativa esencial la libertad y respecto a quien el Estado debe garantizar el ejercicio de su iniciativa y su responsabilidad”*.

Así las cosas, tenemos que el rol subsidiario del Estado se entiende como el principio según el cual la intervención estatal en la actividad económica procede únicamente cuando las empresas privadas no pueden cumplir adecuadamente determinadas funciones o satisfacer necesidades determinadas. Este rol prevé que el Estado se abstenga de hacer empresa en pos de la autonomía e iniciativa de los ciudadanos, pero también le provee de facultades para actuar de manera directa cuando sea necesario, garantizando el bienestar general.

Por otro lado, no menos importante resulta identificar los múltiples intentos de la doctrina por definir la “actividad empresarial” en la medida en que esta es la acción concreta que define los límites de intervención del aparato público. Como ocurre al momento de otorgar contenido a una definición, los autores prefieren establecer qué cosa no es

¹⁵ Kresalja, B. (2015). ¿Estado o Mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana, Fondo Editorial PUCP.

¹⁶ Ídem.

aquello que intentan describir. En este caso, se dice que la actividad empresarial no es ni *ius imperium* estatal ni una actividad prestacional.

La potestad *ius imperium*, utilizando la definición normativa de la Comunidad Europea que es frecuentemente citada por el Indecopi¹⁷ contempla, por ejemplo, a la función legislativa, la administración de los sistemas de defensa nacional y de justicia, así como el otorgamiento de títulos habilitantes. En otras palabras, refiere al cúmulo de potestades soberanas reservadas únicamente al Estado, derivadas del contrato social, mediante el cual se facilita y logra el buen funcionamiento del aparato público, la garantía del orden social y la aplicación de la ley. En ese sentido, una actividad empresarial no es aquella derivada del *ius imperium* porque son prestaciones que el Estado está obligado a brindar por su mera condición pública, no pueden ser derivadas a terceros, ni pueden ser cuestionadas por eventuales competidores o partes interesadas.

De la misma manera, una actividad empresarial no será aquella que se desprende de una prestación asistencial. A diferencia del *ius imperium*, las prestaciones asistenciales se justifican en la medida en que se corresponden a un fin específico del aparato público referido a la protección de aquellos ciudadanos con menores oportunidades y recursos. Como ha dispuesto previamente el Indecopi¹⁸, esta conducta, llamada ocasionalmente servicio público social, *“incluye a los bienes y servicios (...) que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible”* como pueden serlo la salud o la educación.

El mandato contenido en el artículo 58 la Constitución, en donde se especifica que el Estado *“actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”* es útil para definir el significado de prestación asistencial. El derecho del Estado en esas áreas podría considerarse como la asistencia de servicios públicos sociales, pero ello no resulta del todo correcto. Como indica María Teresa Quiñones¹⁹, el concepto de prestación asistencial importa una intervención más profunda de las garantías constitucionales pues tiene como objetivo

¹⁷ Considerando 39 de la Resolución N° 3134-300/SC1-INDECOPI. Ver también Mailló González-Orús J. (2005). Servicios de Interés General y artículo 86° del tratado CE: una visión evolutiva. Fondo Editorial de la Universidad San Pablo-CEU.

¹⁸ Revisar Resolución N° 2472-2010-SC1-INDECOPI

¹⁹ Quiñones Alayza, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 65-73.

acotado asistir a los más necesitados. En otras palabras, el mandato del artículo 58 alcanza a todos los ciudadanos por igual, usen o no usen los servicios públicos, mientras que la prestación asistencial no tiene la misma amplitud.

Autores como Bullard²⁰ exigen el mismo rigor de diseño y especificidad cuando apuntan que *“parecería que la idea es que la actividad asistencial es una que no compite porque los consumidores a la que va dirigida carecen de recursos, y por tanto el subsidio no le quita propiamente ventas al sector privado, pero cumple con un fin social definido en la Constitución. En tales casos el programa debería estar diseñado para llegar solo a los sectores que quiere beneficiar y limitar su impacto a esos sectores”*.

En buena cuenta, el Estado se compromete a que el acceso a la educación o a la salud, por ejemplo, tenga una cobertura universal, en donde se garantice –con sus matices– el acceso a todos los peruanos, ricos y pobres. La asistencial social será, entonces, aquella que merece ser efectuada incluso cuando no es posible solventar las garantías del artículo 58, con el fin específico y acotado de satisfacer una falencia muy puntual en una población de riesgo²¹.

De esa manera, el consenso general prevé las dos distinciones elaboradas previamente para definir el concepto de turno: no es actividad empresarial aquella que nace del *ius imperium* estatal ni de una prestación asistencial. Ahora bien, será cuestión de analizar, a raíz del conflicto surgido entre la Comisión y la Sala –cuya interpretación se extiende a una definición brindada por el Tribunal Constitucional– qué otros elementos definen el concepto. A saber, será materia de discusión el necesario interés lucrativo de una actividad empresarial –de manera que se pueda descartar la figura de autofinanciamiento– y de la independencia, o no, de la forma jurídica adoptada por el agente económico. Este debate será abordado oportunamente más adelante.

Esto nos permite concluir, como será compartido a lo largo del presente informe, que el rol subsidiario del Estado debe funcionar siempre en equilibrio con la libertad de los ciudadanos y nunca en detrimento de esta, relegando la actuación pública, de ser necesario, a las funciones primordiales para las cuales fue diseñada.

²⁰ 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.

²¹ A mayor abundamiento se puede revisar el comentario de la autora en el mismo texto sobre la Resolución N° 2470-2010/SC1-INDECOPI (Caso Clínica Santa Teresa).

Principios aplicables en la evaluación de una actividad empresarial

No podemos dejar de mencionar algunas líneas sobre la influencia del marco jurídico del Derecho de la Competencia –materializado a través de la LRCD– y que funge como límite a la actividad empresarial del Estado, como resguardo a la libertad de empresa, de los intereses privados, y como espada y escudo frente a los comportamientos indebidos entre los propios privados. Es a raíz de dicha ley que se incluyen en la revisión de las entidades jurisdiccionales conceptos vitales para el desarrollo de nuestra postura como lo son el “principio de primacía de la realidad” y el de la “teoría de los efectos”.

En relación con el primer concepto, el Tribunal Constitucional²² ha dictaminado que *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*. Del mismo modo, el artículo 5 de la LRCD reza lo siguiente:

“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”.

En lo referido al segundo concepto, la legislación que reprime la competencia desleal es enfática al castigar tanto las conductas en las que se evidencia un daño al mercado como las que, potencialmente, puedan hacerlo. Este tenor queda demostrado a lo largo de la LRCD y, particularmente, en su primer artículo:

“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”.

Tanto el principio de la primacía de la realidad como la teoría de los efectos son útiles para defender la postura que sostenemos en el presente informe, la misma que nos

²² EXP. N.º 1944-2002-AA/TC

permite establecer algunas diferencias con las conclusiones a las que arriban tanto la Comisión como la Sala tras la denuncia de Gremco, como se verá luego.

En suma, el marco teórico-normativo analizado evidencia que el modelo peruano de economía social de mercado ha buscado establecer un equilibrio entre la libertad de empresa y la intervención estatal justificada. A través del principio de subsidiariedad, se delimita claramente el rol empresarial del Estado, permitiéndole actuar solo cuando los privados no pueden satisfacer adecuadamente las necesidades. Este marco debe ser reforzado por herramientas jurídicas provistas por la LRCD que impone límites razonables a la actuación pública en el mercado, protegiendo tanto la eficiencia como el bienestar social. La correcta interpretación de conceptos como primacía de la realidad y teoría de los efectos será clave para evaluar los casos de posible competencia desleal y garantizar un entorno competitivo equilibrado entre actores públicos y privados.

Vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional en los aplicadores de justicia

Como hemos notado previamente, el caso concreto trae a colación otra dificultad vinculada con el vehículo jurídico mediante el cual la Comisión interpreta el concepto de “actividad comercial”: una sentencia del Tribunal Constitucional. No deja de ser un obstáculo que la interpretación provenga de un fallo de dicho colegiado en la medida en que las sentencias del máximo intérprete de la Constitución contienen determinados grados de vinculatoriedad de acuerdo con el contexto y vocación de su emisión. En el caso en autos, la Comisión declara improcedente la denuncia de Gremco apelando a que una sentencia del TC le conmina a hacerlo, mientras que la Sala revoca dicha decisión señalando que la sentencia no es, necesariamente, de obligatorio cumplimiento.

A efectos de dilucidar si la Sala pudo establecer tal argumento debemos entender los grados de vinculatoriedad de los fallos del TC y sus diferentes tratamientos. Al respecto, es menester revisar los alcances indicados en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004, vigente al momento de la denuncia y, a manera de contraste, el actual del 2021. Adelantamos que estos exponen dos fórmulas para comprender el grado de obligación de las sentencias del TC, las mismas que no sufrieron mayores modificaciones, al menos en lo que a su procesal refieren.

Código Procesal Constitucional de 2004	Código Procesal Constitucional de 2021
<p>Artículo VI del Título Preliminar</p> <p>Control Difuso e Interpretación Constitucional</p> <p><i>“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.</i></p> <p><i>Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.</i></p> <p><i>Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”</i></p>	<p>Artículo VII del Título Preliminar</p> <p>Control difuso e interpretación constitucional</p> <p><i>“Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.</i></p> <p><i>Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.</i></p> <p><i>Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.</i></p>
<p>Artículo VII del Título Preliminar</p> <p>Precedente</p> <p><i>“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.</i></p>	<p>Artículo VI del Título Preliminar</p> <p>Precedente vinculante</p> <p><i>“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.</i></p> <p><u><i>Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la</i></u></p>

	<p><u>reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.</u></p> <p><u>En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta”.</u></p>
--	--

Como se observa, salvo el intercambio del número de artículo y una ligerísima modificación en la redacción en el Código Procesal Constitucional de 2021, el control difuso e interpretación constitucional se mantiene virtualmente idéntico. En el tratamiento del precedente vinculante ocurre algo similar a pesar de que el nuevo Código introduce nuevos supuestos aplicables para crear, modificar, apartar o dejar sin efecto un precedente y para los procesos de acción popular.

Así las cosas tenemos que ambos Códigos –el derogado y el actual– señalan que las sentencias del Tribunal pueden ser de dos tipos: parte de una doctrina jurisprudencial o precedente vinculante. En el caso de la definición del precedente vinculante la explicación se evidencia de la sola lectura del Artículo VII del Título Preliminar del Código del 2004 y del Artículo VI del Título Preliminar del Código de 2021: un precedente vinculante es el que dice serlo en la sentencia que lo contiene. Para el caso de las sentencias que pueden ser parte de la doctrina jurisprudencial, la invocación es indirecta –no se define de manera expresa el concepto de doctrina jurisprudencial– pero ello se logra revisando con detenimiento el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código del 2004 y del artículo VII del Título Preliminar del Código de 2021.

Cuando se dictamina que “*los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*” el legislador pretende decir que los jueces –y en buena cuenta todo órgano que aplique justicia, sea también en instancia administrativa– deben

interpretar preceptos y principios constitucionales en conformidad con lo dictaminado previamente por el TC. En otras palabras, los jueces o aplicadores de justicia deben guiarse por las interpretaciones previas del Tribunal Constitucional. Esto genera una suerte de peso especial a la jurisprudencia de dicho órgano, lo que convierte a las sentencias que no son precedente vinculante en “doctrina jurisprudencial”.

Al respecto, autores como Luis Sáenz Dávalos²³ elaboran sobre la diferencia de estas dos fórmulas permitidas por el sistema legal peruano. Una manera de separar la doctrina jurisprudencial de los precedentes vinculantes es según su forma de establecimiento: mientras que la doctrina jurisprudencial nace o es individualizada en función de la ratificación de casos –es decir, se deduce cuando se le empieza a reiterar o ratificar en nuevas sentencias, generándose seguridad jurídica en cierta materia–, el precedente se detecta a partir del caso que en principio lo crea, pues aparece desde aquel momento en que se le instituye de modo expreso.

En ese orden de ideas, la doctrina requiere necesariamente de una iteración por parte del colegiado que fortalezca una determinada interpretación constitucional sobre determinado hecho jurídico en una aplicación sostenida en el tiempo. Ello nos invita a concluir, también, que una única sentencia del Tribunal que sea novedosa en determinada materia no podrá ser declarada como doctrina jurisprudencial pues carece de una interpretación sostenida ya sea en volumen y en tiempo.

Distinto es el caso de un precedente vinculante, pues se entiende que incluso cuando basta solo una sentencia para declararse como tal, tanto el trabajo interpretativo como la discusión jurídica entre magistrados, así como los niveles de análisis y meditación y las circunstancias especiales de los hechos y derechos analizados le imparten especial significado. Siguiendo con el precitado autor ²⁴, otra diferencia entre doctrina jurisprudencial y precedente se da por su contenido y aplicación:

“Mientras que la doctrina jurisprudencial constitucional se traduce en criterios o raciocinios generales establecidos a la luz de las interpretaciones (...), el precedente se manifiesta bajo la forma de reglas o fórmulas cuasi normativas estructuradas para dar

²³ Sáenz, Luis R. (2022) La doctrina jurisprudencial vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional.

²⁴ Ídem.

respuesta a determinado tipo de casos (...) Si bien en ambos escenarios, se despliega un esfuerzo interpretativo, la doctrina propone líneas de raciocinio abiertas en tanto que el precedente respalda respuestas concretas en clave de reglas”.

Ambas categorías cumplen funciones distintas dentro del sistema de interpretación y aplicación. La doctrina jurisprudencial consiste en criterios interpretativos generales que el Tribunal desarrolla al revisar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, con un razonamiento abierto y orientador. En cambio, el precedente aparece como una regla o fórmula estricta destinada a resolver un tipo específico de controversias, proporcionando soluciones concretas y obligatorias para casos análogos.

En ese sentido, y en palabras del autor, *“la doctrina es mucho más elástica o flexible y por consiguiente puede ser pertinente para todo caso en el que se haga necesario ratificar los significados de la norma constitucional cuando aquella ha sido interpretada, en tanto que el precedente es mucho más limitado desde que solo sirve para controversias con determinadas características ligadas al caso en el que se le estableció”*. A saber, el propio Tribunal Constitucional define el contenido del precedente vinculante en la sentencia contenida en el Expediente N° 0024-2023-AI/TC cuando apunta que:

“El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga (...) la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia”

Finalmente –y con ello señalamos qué grado de vinculatoriedad tiene cuál fórmula– se indica que un elemento diferenciador entre ambas fórmulas, quizás de mayor comprensión a la luz de las ya tratadas, es el factor de obligación respecto de las instancias inferiores, sean judiciales o administrativas. Los enunciados de los artículos VI y VII del Título Preliminar del actual y del anterior Código Procesal Constitucional nos permiten establecer, como desarrollaremos oportunamente luego, que, en primer lugar, existe una obligación universal lata de los aplicadores de la justicia –administrativos, judiciales o de cualquier otro fuero– de revisar toda sentencia del Tribunal Constitucional cuya materia se relacione con la disputa jurídica que se encuentren resolviendo.

En caso hallen doctrina jurisprudencial los aplicadores tendrán un derrotero referencial de aplicación abierta y menos restrictiva para adecuar dicha doctrina al caso en concreto y, en función de los aspectos similares o diferentes, se decanten por una interpretación que puede o no estar vinculada con lo que previamente falló el Tribunal Constitucional. No así en caso los aplicadores de justicia encuentren un precedente vinculante relacionado directamente con el caso que intentan resolver, pues en esa situación la obligación no solo es la de considerar lo previamente resuelto por el máximo intérprete, sino que aplicar los criterios de manera idéntica.

De esta manera, se concluye que la obligatoriedad de los fallos del TC parte de una premisa básica: todos deben revisar sus sentencias, pero solo decantarse por el criterio seguido en ellas en caso sea un precedente vinculante; es decir, en caso ello se indique expresamente en el *corpus* de la sentencia.

Por otro lado, el propio TC también brinda contenido a la doctrina jurisprudencial en la sentencia contenida en el Expediente N° 3741-2004-PI/TC sobre el recordado precedente “Salazar Yarlenqué” que, sin perjuicio de haber sido dejado sin efecto, nos es útil para efectos de la definición: *“la jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”*, entendiéndose la frase “cada caso que va resolviendo” como una necesaria consecuencia de casos similares con criterios interpretativos similares extendidos en el tiempo.

Así las cosas, no es pues lo mismo el precedente que la doctrina, puesto que es mucho más abierta que el primero y sus alcances aplicativos no se determinan de la misma forma. Si bien ambas resultan de obligatoria revisión para el aplicador de justicia, esta ocurre en diferente grado: en el caso de la doctrina jurisprudencial la obligación se acota a la necesaria evaluación para producir un fallo; en otras palabras, que quien dirima conozca de las posibles perspectivas del máximo intérprete de la Constitución, mientras que en el caso del precedente la obligación se traslada a una aplicación en completa sintonía con lo sentenciado.

Así las cosas, y en el caso en autos, el hecho de que la Sala determine que la sentencia del TC referida por la Comisión no es un precedente vinculante, significa por contraposición que corresponde a sentencias que pueden ser parte de la doctrina jurisprudencial, cuya interpretación es más laxa y amplia y, por ende, contiene un grado menor de obligatoriedad.

Como ya se indicó, todas las sentencias del TC funcionan, como mínimo, como guía para el juez o miembro del cuerpo colegiado del fuero administrativo para perfilar una decisión jurídica. Esta premisa parte, también, por el valor de la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho. Al respecto, somos de la opinión de que esto se puede afirmar porque, en ciertos casos, como los precedentes constitucionales vinculantes y la doctrina jurisprudencial, las decisiones judiciales no solo resuelven casos concretos, sino que también crean pautas generales y obligatorias.

Ello ocurre especialmente cuando las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efectos directos que deben ser seguidos por otros jueces, cumpliendo así una función normativa dentro del sistema jurídico. Desde una perspectiva teórica, y como indica Indacochea²⁵, esto se justifica en la medida en que dichas decisiones modifican o complementan el orden jurídico, y por tanto, cumplen los criterios para ser consideradas fuentes del Derecho.

Sin perjuicio de eso, sí es posible separarse del sendero trazado por una sentencia única o novedosa, que incluso no sea parte de doctrina jurisprudencial alguna, siempre que medie una razón debidamente motivada. Justamente, en el caso que nos convoca la Sala presenta una fundamentación práctica para desviarse de la jurisprudencia de la sentencia referida a la primacía de la realidad, por lo que, *prima facie*, consideramos que cumple con los requisitos para desvirtuar una sentencia del Tribunal.

Ahora bien, ¿cómo se mide la validez o el peso del fundamento con el que se sustenta la divergencia de un criterio instaurado por el TC que no es un precedente de observancia obligatorio? La respuesta a esa pregunta coincide con el consecuente análisis del segundo problema identificado, pues su respuesta fundamentada es la que permitirá el peso suficiente para marcar una distancia justificada con el TC y lograr que la Sala tenga un criterio distinto.

²⁵ Indacochea, Ú. (2015). La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del Derecho. *Themis-Revista de Derecho*, (67), 309–318.

5. Posición de las partes

De manera que los tres problemas jurídicos identificados en el tercer acápite puedan evaluarse de manera satisfactoria, es necesario repasar el detalle de las posturas de las partes involucradas.

5.1. Posición de Gremco Publicidad S.A.

La dueña del estadio Monumental sabe que la Constitución prioriza la competencia exclusivamente entre privados y que, como excepción, permite la operación subsidiaria del Estado. Por ese motivo considera ilícito que se alquile el estadio propiedad de la UNMSM para la celebración de conciertos multitudinarios. La razón principal de ello es que, hasta mediados del 2012, habría existido una oferta privada suficiente reflejada en otros recintos (como el Estadio Alejandro Villanueva – Matute, el Jockey Plaza, el Jockey Club del Perú, la Explanada Sur del Estadio Monumental²⁶ o el centro de convenciones María Angola, entre otros), donde efectivamente se llevaron a cabo diversos eventos musicales.

La denunciante indica que se configura una vulneración al artículo 14.3 de la LRCD puesto que una modalidad de violación de normas es atentar contra el artículo 60 de la Constitución, el cual contiene una prohibición para la actividad económica estatal que no sea subsidiaria. Profundiza señalando que el caso concreto difiere de aquellas excepciones contenidas en el artículo 58 de la norma fundamental, puesto que si bien la UNMSM es una casa de estudios pública y la educación de este tipo es orientada por el Estado, la universidad no actúa en calidad de institución educativa, sino como actor inmobiliario que cede el uso de su terreno para la organización de eventos.

En otras palabras, Gremco señala que la universidad compite en un mercado de cesión contractual de predios, y no en uno educativo, por lo que no proceden las excepciones indicadas en la Constitución, vulnerando el artículo 14.3 de la LRCD. A continuación, presentamos de manera detallada los argumentos mencionados.

Se supera el primer requisito de violación al rol subsidiario: la actividad de la UNMSM califica como empresarial

²⁶ Gremco señala que, pese a tener un nombre que puede generar confusión, la Explanada Sur del Estadio Monumental es un predio independiente al Estadio Monumental y sus explanadas particulares, siendo que pertenecía al momento de los hechos al Grupo Interbank.

A Gremco le basta con argumentar que la UNMSM no cumple con ningún rol subsidiario en el mercado analizado para concluir que afecta el artículo 60 de la norma fundamental y, por consiguiente, vulnera el mandato contenido en el artículo 14.3 de la LRCD, frente a lo cual el Indecopi debe declarar fundada su denuncia.

La empresa se sirve del precedente de observancia obligatoria de la Pollería El Rancho. Dicha resolución, fechada en 2010, resultó de una denuncia que hizo la Pollería El Rancho, un restaurante de pollo a la brasa ubicado en la ciudad de Puno, a la Universidad Nacional del Altiplano (UNAP) por presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, toda vez que la casa de estudios competía contra ella al operar una pollería y parrilla dentro del campus, lo que según la denunciante constituía una actividad empresarial de tipo estatal que infringía el principio de subsidiariedad.

En su oportunidad, la Sala del Indecopi resolvió que la actividad empresarial de la UNAP era ilícita porque no cumplía con los requisitos constitucionales y estableció como precedente vinculante una metodología para estimar la legalidad de la actividad de la universidad, convirtiendo este análisis en obligatorio para posteriores denuncias por violación de normas conforme a la LRCD.

Sirviéndose de esta resolución, Gremco sostiene que la conducta de la UNMSM coincide con ser una actividad empresarial que ubica al Estado como un operador económico ilícito, puesto que interviene en un mercado a través de cesiones contractuales de infraestructura para la organización de eventos de distinta naturaleza, lo que resulta en una actividad idéntica a la realizada por la denunciante, que es una persona jurídica privada. Es decir que Gremco se equipara con la Pollería El Rancho (ambas empresas privadas que ofrecen un servicio determinado) y señala como afectante a la UNMSM, quien hace las veces de la UNAP (institución pública, específicamente una universidad, que realiza un servicio idéntico al de la denunciada).

Más aún, Gremco advierte –siguiendo lo indicado en el precedente de la Pollería El Rancho– que la actividad llevada a cabo por la universidad está catalogada como empresarial, puesto que no nace a partir de la potestad *ius imperium* del Estado ni tampoco es una prestación asistencial. Lo primero pues el alquiler de predios con el fin de organizar eventos públicos no es una actividad derivada de una potestad soberana reservada únicamente al Estado, mientras que en el segundo caso tampoco existe una prestación asistencial de carácter público al no perseguirse un fin enfocado en nivelar las diferencias sociales y/o patrimoniales en los sectores más urgidos. Esto último puesto que el público objetivo en las actividades descritas –conciertos musicales

multitudinarios– se conforma por personas de niveles socioeconómicos de mayores recursos que pueden pagar determinados precios.

De esta manera, la denunciante concluye que la entidad pública lleva a cabo una actividad empresarial, cumpliéndose con el requisito de la primera de dos fases para la configuración de la vulneración al artículo 14.3 de la LRCD.

Se supera la segunda fase de la metodología por afectación al rol subsidiario

Gremco continúa invocando el precedente del Indecopi, esta vez desde la segunda fase, referida a la concurrencia de tres hitos, como se indica a continuación.

(i) Ley expresa

Para la denunciante no existe una ley expresa que faculte a la UNMSM a alquilar sus predios para conciertos de música. Dado que el precedente de la Pollería El Rancho refería a una disputa similar, tanto así que la ley analizada es la misma –la Ley Universitaria anterior–, Gremco simplemente invoca la conclusión arribada por la Sala en ese caso. En aquella oportunidad, la segunda instancia del Indecopi determinó que la Ley Universitaria no contemplaba que la UNAP pudiera ofrecer servicios gastronómicos, puesto que no había demostrado que su pollería se vinculara, de alguna manera, con algún *“fin de investigación científica relacionado a las carreras que se imparten en la universidad ni tampoco [...] que se procure una finalidad formativa”*²⁷.

En otras palabras, al no estar relacionada la actividad empresarial con el fin académico, la Ley Universitaria no podía ser invocada como norma habilitante. Toda vez que no existía otra ley emitida por el Congreso que facultara a la UNAP a vender pollo a la brasa, la Sala determinó que la respuesta al primer hito de la segunda fase de la metodología era negativa: no existía una ley expresa habilitante.

Haciendo eco de esa conclusión, Gremco arguye que tampoco existe una norma expresa emitida por el Congreso en el caso seguido contra la UNMSM, pues la Ley Universitaria vigente al momento de la denuncia tampoco preveía que la suscripción de contratos de alquiler de un estadio –en similitud con la instalación de una pollería– fuera una actividad que tuviera un fin académico o, para tal caso, perseguido por la universidad.

²⁷ Ver Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

(ii) Análisis de subsidiariedad

En este caso, la aplicación del artículo 60 de la Constitución para determinar cualquier afectación que podría surgir a este importa un análisis de conceptos específicos al Derecho de la Competencia como, por ejemplo, el de mercado relevante. Como indica el Indecopi en el precedente de la Pollería El Rancho, *“esta es una herramienta trascendental porque permite identificar cuáles son los competidores directos de la empresa estatal, de ser el caso que existan empresas privadas en el mercado”*²⁸. Como se desglosa, es posible concluir que, en sentido estricto, el valor subsidiario de la actividad estatal se ve revelado en este hito.

Dentro del análisis del mercado relevante debe realizarse un contraste de los eventuales competidores del Estado en su variante geográfica –la delimitación territorial del mercado– y en una variante de producto –la delimitación referida al tipo o clase del bien o servicio ofrecido– con el objetivo de ubicar fuentes alternativas de aprovisionamiento. Este ejercicio permite concluir si los consumidores –en este caso, los espectadores– pueden encontrar sustitutos en la oferta privada y, en caso así sea, argumentar que el Estado está impedido de actuar como agente económico.

Para Gremco el mercado producto se encuentra contenido en la oferta de cesión de infraestructura para la organización de eventos públicos vinculados con la música. En él concurren un número importante de empresas privadas distintas a ellos, como el Club Alianza Lima a través del Estadio Alejandro Villanueva – Matute, el Jockey Club del Perú y San Miguel Global Opportunities (parte del Grupo Interbank) a través de la Explanada Sur del Estadio Monumental y el Jockey Plaza, entre otras.

Por su parte, el mercado geográfico resulta ser la provincia de Lima, pues en este espacio se realizan los eventos referidos y, además, resulta ser el domicilio y lugar de ejecución de las actividades de las empresas citadas previamente. Por estas razones Gremco afirma que el mercado relevante está compuesto por una oferta privada suficiente en la ciudad de Lima, por lo que la actividad llevada a cabo por el Estado, a través de la UNMSM, no es subsidiaria y debe proscribirse.

(iii) Alto interés público o manifiesto interés nacional

La denunciante indica que no se cumpliría con este requisito porque la Ley Universitaria vigente al momento de la disputa no contiene ningún dispositivo que indique la

²⁸ Ídem

importancia de satisfacer alguna necesidad en la población que se derive de la cesión de uso del estadio San Marcos para celebrar eventos públicos. En otras palabras, basta que no se mencione la satisfacción de un interés público para concluir que no se cumple con el último hito de la segunda fase de la metodología.

Para fortalecer este punto la denunciante se sirve de una conclusión arribada por la Sala en el precedente de la Pollería El Rancho referido a que se entenderá la justificación de alto interés público cuando la ley expresa que autoriza la actividad así lo indique. Sin embargo, cuando el texto de la norma no señale la justificación, se verificará el incumplimiento. En este caso, Gremco sostiene que la explicación es inexistente.

Así las cosas, de manera que para la denunciante la actividad de la universidad consistente en el alquiler de su estadio es de carácter empresarial y que, además, no se cumple con ninguno de los requisitos de la segunda fase de la metodología en vista de que no hay ley expresa, no se justifica la subsidiariedad del Estado al haber oferta privada suficiente, ni tampoco se justifica el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, se incurre en una afectación contra el artículo 60 de la Constitución por parte de la denunciada. Por este motivo, y al participar en un mercado *prima facie* reservado para los privados, la UNMSM atenta contra el artículo 14.3 de la LRCD y debe dejar de alquilar su estadio.

5.2. Posición de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

La UNMSM argumenta que su actividad no es empresarial y que, aun si lo fuera, el precedente de la Pollería El Rancho no le aplica. La procuraduría de la universidad sostiene que su actividad no puede ser considerada como empresarial puesto que, en realidad, lleva a cabo la figura jurídica de administración de bienes públicos –autorizada por la Constitución, la Ley Universitaria, el Código Civil y otras normas– y el consecuente deber de conservación o mantenimiento de estos que exigen los dispositivos jurídicos citados. En ese sentido, la UNMSM actúa en un régimen diferente al de actividad empresarial.

En un segundo momento, la universidad sostiene que, y sin perjuicio de anterior, la Ley Universitaria vigente al momento, así como otras normas vinculadas con la cesión de sus predios, la facultan para alquilar el estadio San Marcos a manera de autofinanciamiento, procurando así que el dinero ingresado se utilice con fines educativos garantizando una inversión adicional y necesaria en la universidad, puesto que no le alcanza con lo que recibe del Estado.

Para sostener lo anterior la universidad invoca un argumento importante para el presente debate –el mismo que ha sido introducido previamente como un primer problema jurídico de “forma”– cuando cita la sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC en la cual el TC se plantea los alcances de la actividad empresarial estatal en un caso similar. Como ya hemos adelantado, la universidad cita aquella sentencia para concluir que no lleva a cabo actividad empresarial bajo ninguna definición aplicable por el marco del Derecho de la Competencia y que, en realidad, debe entenderse esta conducta como un autofinanciamiento, que se ubica fuera del ámbito de aplicación del artículo 14.3 de la LRCD, según ha revelado el TC previamente.

Finalmente, la defensa de la casa de estudios presenta un argumento adicional que pretende esclarecer que el precedente de la Pollería El Rancho invocado por la denunciante no le es aplicable, si bien es similar en algunos puntos, el presente es supuesto diferente, con características distintas a las denunciadas por Gremco.

No se lleva a cabo actividad empresarial

La universidad sostiene que los inmuebles que gestiona –entre ellos su estadio– se encuentran en un régimen de administración de bienes autorizados por leyes especiales que, a su vez, permite el alquiler de los mismos. Insiste en que tanto la Constitución, la Ley Universitaria, su Reglamento, el Código Civil y el Reglamento de la Ley General del Sistema de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA (en adelante, “DS 07-2008”) indican que el alquiler de bienes propios es una modalidad contractual permitida y cuyo fin tiene un carácter económico y social.

Así, la UNMSM pretende señalar que la cesión en uso de su infraestructura –ilícita desde el punto de vista de Gremco– se encuentra determinada por varias disposiciones normativas en virtud de su calidad como administradora de bienes públicos que busca subsistir y no en calidad de empresa o de agente económico, lo que la excluye del ámbito de la norma de competencia toda vez que este régimen –dispuesto por mandato normativo– es diferente al de actividad empresarial.

Posteriormente, la universidad insiste en que, además de los términos ya planteados, la sentencia del TC recaída en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC confirma que esta no realiza una actividad empresarial. La UNMSM señala que para cumplir con la metodología del precedente de la Pollería El Rancho, debe comparecer el presupuesto fundamental de la primera fase; es decir, que la actividad desarrollada por la denunciada constituye como actividad empresarial. La sentencia del TC recoge argumentos

similares a los que se convocan por las partes en el proceso seguido. En resumen, y sin perjuicio de que se analizará con mayor detalle la sentencia en secciones posteriores, el TC dispuso lo siguiente:

- La actividad empresarial tiene como fin necesario la producción del lucro, entendido como el aumento de réditos, ganancia económica o enriquecimiento.
- El estadio Nacional es un recurso para el Instituto Peruano del Deporte, conforme se señala en la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte – Ley 28036. Dicha norma también indica que el IPD tiene como uno de sus fines conservar dicho espacio y mantenerlo en buen estado.
- Por lo anterior se concluye que, siempre que el fin sea el de la conservación del estadio, el IPD puede buscar maneras de autofinanciarse. Una manera de autofinanciamiento es el alquiler del recinto para eventos de distinta naturaleza.
- En ese sentido, no puede considerarse el autofinanciamiento como una actividad empresarial, pues el objetivo del IPD, dictaminado por ley, no es el de lucrar concurriendo en el mercado como un agente económico adicional, sino el de salvaguardar la infraestructura deportiva con los réditos conseguidos.
- En síntesis, dado que el IPD no lucra con el dinero que recibe por alquilar el estadio Nacional, pues por mandato legal lo reinvierte para su mantenimiento, entonces el arrendamiento no puede ser una actividad empresarial. Según la UNMSM la misma lógica debiera aplicarse al caso en concreto en la medida en que alquila un estadio de su propiedad con el único objeto de reinvertir el dinero para su mantenimiento.

Así las cosas, la universidad invoca la sentencia del Tribunal para indicar que el máximo intérprete de la Constitución ya ha declarado, previamente y en un caso similar, que el autofinanciamiento, provisto en la misma Ley Universitaria, no puede considerarse como una actividad empresarial.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley Universitaria faculta a la UNMSM a alquilar su estadio

Seguidamente, la UNMSM asegura que la autorización para alquilar su estadio sí se encuentra en la Ley Universitaria, permitiéndole el autofinanciamiento. Con ello se busca garantizar que, incluso cuando invocando el argumento anterior bastaría para probar que la universidad no incurre en actividad empresarial, tampoco puede considerarse que supera el primer hito de la segunda fase de la metodología del precedente de la Pollería El Rancho ya que sí existe una ley expresa habilitante que le permite alquilar el predio con fines de autofinanciamiento.

El artículo 79 de la Ley Universitaria vigente al momento brinda un permiso general para que las universidades *“establezcan órganos y actividades dedicadas a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios; y que la utilidad resultante es recurso de cada universidad”*. El motivo de dicha disposición es que el presupuesto brindado por el Estado no es suficiente para que las universidades públicas logren el potencial deseado, por lo que se les permite recaudar recursos directamente, siempre que los utilicen para los fines dictaminados en la ley, es decir, educativos y/o académicos.

Es claro que el alquiler del estadio San Marcos genera ingresos a la universidad, los mismos que se adhieren al patrimonio directamente recaudado por ella. Estos ingresos son gestionados con el único destino que permite la norma: el autofinanciamiento con fines educativos en la medida en que se inyectan para mantener en buen estado la infraestructura de la ciudad universitaria. Justamente, la UNMSM presenta documentos financieros y contables que sustentan que el dinero recibido por el alquiler del estadio San Marcos se reinvierte en el mismo estadio, en la biblioteca, en las instalaciones deportivas y en instalaciones para la investigación.

No se puede extrapolar el precedente de observancia obligatoria al caso particular

La universidad culmina su defensa señalando que la similitud del caso de la UNAP contra la Pollería El Rancho debe ser desestimada, pues contiene supuestos diferentes al caso concreto. La UNMSM insiste en que los hechos del precedente no aplican de manera análoga pues, en ese caso, no existía artículo alguno en la ley habilitante –Ley Universitaria– que permitiera a una entidad educativa pública la venta de pollo a la brasa. Caso contrario a lo que ocurre con la posibilidad de alquiler del estadio San Marcos y reinvertir los réditos en la propia universidad, pues la misma ley sí dispone la libertad de administrar los bienes propios para perseguir fines académicos y/o culturales, como la propagación de la música y el arte.

Cualquier interpretación contraria no solo atentaría contra la Ley Universitaria, los reglamentos vinculados y el Estatuto de la institución, sino también contra los alumnos, pues ya ha quedado demostrado que con el solo aporte de las arcas fiscales la universidad no podría permitirse un ambiente propicio para una educación de calidad.



6. Análisis de las posiciones de las instancias del Indecopi

A continuación, habiendo delimitado las posturas de las partes del procedimiento, se detallan las posiciones de la Comisión y de la Sala. Vale resaltar que este acápite, más allá de replicar las decisiones de ambas instancias, contiene una valoración de dichas decisiones que expone los puntos positivos y negativos del razonamiento de la autoridad. Primero se brinda un detalle sucinto de cada una de las cuatro resoluciones del expediente y sus fundamentos, siendo que de manera inmediata pasamos a valorar la decisión de cada una de estas.

6.1. ¿Hizo bien la Comisión en declarar improcedente la denuncia?

Mediante la Resolución N° 114-2013/CCD-INDECOPI la Comisión declara improcedente la denuncia de Gremco. En primer lugar se establece que la denunciante, al ser una entidad educativa pública, se rige bajo la Constitución, la Ley Universitaria vigente al momento de los hechos y su Estatuto, y que, bajo el artículo 79 de la citada ley, puede llevar a cabo actividades económicas, siempre que sean compatibles con la finalidad educativa que persigue.

Conforme al artículo 2 de la Ley Universitaria uno de los fines de estas son la formación de profesionales, la conservación de la cultura y el fomento del intelecto y de las artes. Se colige, entonces, que las entidades públicas adscritas a la Ley Universitaria pueden intervenir en el mercado siempre que las actividades persigan un fin vinculado, entre otros, a la formación académica y cultural y al fomento de las artes, y que cualquier captación patrimonial derivada de estas actividades se denominará autofinanciamiento, en la medida en que ellas mismas pueden captar las subvenciones para operar, además de las que les entrega el Estado.

Frente al argumento invocado por la UNMSM referido a que esta no realiza actividad empresarial a la luz de la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia indica que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de investigación y control normativo y que sus decisiones contienen una fuerza vinculante trascendente que establece el criterio que deben seguir tanto los ciudadanos como las entidades administrativas y judiciales al momento de resolver disputas. Como se aprecia, la primera instancia se sirve de un argumento relacionado con el grado de vinculatoriedad de las sentencias emitidas por el TC.

Analizando el caso en concreto, la Comisión advierte que el alquiler del estadio San Marcos y el ingreso de réditos por esa actividad –posteriormente distribuidos para mantener la infraestructura y actividades universitarias– es compatible con los fines de

la universidad indicados en la Ley Universitaria y que, por lo tanto, es una forma de autofinanciamiento.

En ese caso, los supuestos de la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC resultan ser análogos a los de la denuncia de Gremco, por lo que es menester remitirse a lo dictaminado por el Tribunal Constitucional en dicha oportunidad. En vista de que el máximo intérprete de la Constitución concluye que el autofinanciamiento no corresponde a una actividad empresarial, la Comisión determina que la UNMSM no incurre como un operador económico sobre el que se puedan extender las obligaciones contenidas en la LRCD y, por lo tanto, no cabe invocar una acción contra la universidad bajo los supuestos planteados, por lo que procede a dictaminar la improcedencia de la denuncia.

Como se aprecia, la Comisión realiza un análisis legalista, pues partió de la premisa de que la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC, habiéndose emitido por el máximo intérprete de la Constitución, zanjaba el debate en una improcedencia en la medida en que, al no configurarse una actividad empresarial por parte de la denunciada no era esperable por parte de la Comisión un pronunciamiento de fondo. En resumidas cuentas, la Comisión importa al caso en autos una decisión que sería análoga y que, por haber sido emitida por la máxima entidad jurisdiccional del país, debe prevalecer.

Como se ha reiterado anteriormente, la relevancia central de este primer análisis por parte de la Comisión se encuentra en la interpretación de autofinanciamiento que, a la postre, permite concluir que no se genera una actividad empresarial y que, para resolverla, reitera lo contenido en una sentencia del TC que es, bajo su criterio, vinculante. En ese sentido, ¿se puede decir que la primera instancia produce una respuesta satisfactoria?

Convengamos en que la respuesta es esperable. Lo que hace la Comisión es un cotejo de la información de la denuncia y de los argumentos de la UNMSM con los hechos y argumentos de la sentencia del expediente N° 07644-2006-PA/TC para concluir que los casos son análogos, pero no evalúa el mérito o la aplicación del autofinanciamiento. Así, lo indica la propia resolución que declara la improcedencia de la denuncia:

“En consecuencia, este órgano colegiado analizará la conducta cuestionada, teniendo en cuenta los criterios establecidos por el máximo intérprete de la Constitución mediante Sentencia del 15 de diciembre de 2006, expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC”.

A criterio de la Comisión debe prevalecer la opinión del Tribunal Constitucional bajo la cual, si la ley expresa –Ley del IPD en el caso de la sentencia del TC y Ley Universitaria vigente al momento de la denuncia para el caso de Gremco– permite el autofinanciamiento y este se realiza conforme a los fines perseguidos por la institución –la manutención del estadio Nacional y la promoción del deporte por parte del IPD y la difusión de la cultura y la creación artística e intelectual por parte de la UNMSM– entonces no se considerará como actividad empresarial el alquiler del estadio San Marcos.

Más bien, el único análisis jurídico que realiza la Comisión es que, siendo análogos ambos casos, debe interpretarse el caso denunciado en los mismos términos indicados por el TC en vista de la fuerza vinculante de sus sentencias:

“[A] propósito de los criterios interpretativos expedidos por el Tribunal Constitucional, es importante recordar que de acuerdo con el artículo 1 de la Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho colegiado es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad de las leyes. En tal sentido, tanto la Primera Disposición Final de la referida ley orgánica como el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establecen que los jueces y, naturalmente, los demás órganos que aplican el derecho, deben interpretar las normas de conformidad con los preceptos y reglas que se establezcan en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad.

Estas disposiciones materializan la denominada fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, que puede ser entendida como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en un Estado Constitucional, que exige que todos los poderes públicos e incluso los ciudadanos se encuentran efectivamente vinculados y, en tal medida, limitados por los criterios y orientaciones establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de interpretación de los derechos y principios constitucionales”.

Mientras que la decisión de declarar improcedente la denuncia de Gremco podría ser correcta y esperable en la medida en que la Comisión actúa dentro del estándar legal al situarse en un caso análogo respecto de una discusión jurídica que cuenta con un pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, creemos que su posición no es deseable si queremos prevalecer la subsidiariedad del Estado, que justamente tiene mandato constitucional. ¿Por qué? Dos son los motivos.

El primero, porque el cuerpo colegiado de la Comisión prefiere adherirse a una sentencia del Tribunal Constitucional que no necesariamente demanda obediencia, como luego explicaremos. El segundo, porque teniendo motivos e instrumentos suficientes para

concluir que la sentencia del Tribunal tiene falencias importantes no expone con una adecuada motivación los errores de la misma, prefiriendo ignorarlos. Nos referimos, principalmente a que con la sentencia citada el TC se desentiende de la primacía de la realidad y contempla una acepción equivocada de actividad empresarial basada en una aparente relación intrínseca con el lucro, lo que la postre vacía de contenido el rol subsidiario del Estado que se encuentra expresamente indicado en la norma fundamental.

Frente a esta situación, ¿cómo debió resolver la primera instancia? En primer lugar, esta no debió concluir que la sentencia del Expediente N° 07644-2006-PA/TC resultaba ser un precedente vinculante de eficacia *erga omnes* o, incluso, parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, sino una sentencia aislada –y errónea– sobre la cual se permite un sano disenso para prevalecer, justamente, un mandato constitucional. En segundo lugar, la Comisión debió advertir las falencias de la sentencia del TC invocada, referentes a que, bajo el concepto de la primacía de la realidad y la teoría de los efectos de la LRCD, una actividad empresarial debe ser entendida como independiente del lucro, que por ese motivo la actividad de la UNMSM no configura como autofinanciamiento y que puede por su sola condición afectar el mercado analizado. Ello puesto que reconocer el criterio del TC es desconocer el contenido, objeto y fin del artículo 60 de la Constitución.

Ahora bien, es importante enfatizar, como hemos comentado previamente, que no se sugiere en estas líneas que la Comisión aplique un control difuso de la legislación de competencia desleal. Ello no resulta posible puesto que bajo los preceptos del que en ese momento era un precedente de observancia obligatoria vigente del TC, contenido en el expediente N° 3741-2005-AA/TC, conocido como el caso “Salazar Yarlénqué”²⁹, cualquier control difuso desde una instancia administrativa como la Comisión del Indecopi solo cabía contra una ley, norma con rango de ley y reglamento, no contra una sentencia del Tribunal Constitucional que no tiene dicho rango.

En esa línea, postulamos que, sin perjuicio de que la Comisión declarara la improcedencia con motivo de hacer valer un pronunciamiento del Tribunal

²⁹ Al momento de la publicación de la resolución de la Comisión que declara la improcedencia, e incluso de la Sala que revoca la misma, se encontraba vigente el precedente Salazar Yarlénqué en el que se permitía a las instancias administrativas aplicar el control difuso de constitucionalidad contra leyes o normas con rango de ley y sus reglamentos. Fue poco después que se publica el precedente conocido como Consorcio Requena que proscribió el precedente Salazar Yarlénqué.

Constitucional, cabía una sana identificación respecto de que dicho pronunciamiento no tenía la calidad de precedente vinculante y que su contenido atentaba contra el propio rol subsidiario en la medida en que reconocer que el autofinanciamiento no puede ser considerado como actividad empresarial permitiría que toda entidad pública utilice este pretexto para realizar cualquier actividad e introducirse en mercados con suficiente participación privada, afectando la balanza que, justamente, se encuentra en equilibrio por motivo del artículo 60 de la Constitución. En cambio, la criticada decisión del TC ignora el hecho empírico de que cualquier agente de mercado, se autofinancie o no, puede generar una disrupción concurrencial que afecte la competencia. Es decir, se desentiende de la realidad, considerando que la actividad empresarial está motivada por el lucro, creando jurisprudencia a partir de una figura equivocada.

Dicho ello, somos de la opinión de que, en un escenario ideal, pero considerando que la Comisión resulta en una primera instancia cuya valoración del caso puede ser corregida por un segundo órgano de vocación revisora, hubiera sido preferible que la Comisión, rechazando la denuncia, realice las atenciones mencionadas en su documento final, identificando los alcances lesivos de la sentencia del TC invocada por la UNMSM.

6.2. ¿Fue correcta la revocatoria de la improcedencia por la Sala?

Tras la apelación de Gremco la Sala publica la Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI a través de la cual revoca la decisión de la primera instancia. Para ello produce dos argumentos: que, efectivamente, la sentencia del TC que influye en el criterio de la Comisión no es un precedente que genere una obligatoriedad erga omnes y dos, que dicha sentencia tiene una interpretación inadecuada del concepto autofinanciamiento al desconocer el principio de primacía de la realidad y la teoría de los efectos, siendo que sí es posible calificar la actividad de la UNMSM como empresarial y salvaguardar el espíritu del artículo 60 de la Constitución.

Como se aprecia, este es el punto neurálgico del primer problema jurídico –el de carácter “formal”– identificado previamente: la Sala argumenta que, admitiendo que existe una sentencia de la más alta autoridad jurídico-constitucional, el cuerpo colegiado puede diferir de ella cuando la razón es suficientemente justificada y debidamente motivada. Ello resulta en el punto del debate relacionado con la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional y su efecto en las instancias administrativas.

Como hemos adelantado, nuestra postura es a favor de la interpretación hecha por la Sala, lo que sin duda motiva una explicación profunda de nuestra posición, la misma

que incluye, entre otros, la revisión de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el expediente N° 01396-2017-PA/TC en la que dicha corte se pronuncia expresa y puntualmente respecto del presunto desacato realizado por la Sala al revocar la improcedencia de la Comisión en el presente expediente. Para efectos de una argumentación más ordenada recordaremos a continuación el contenido y alcance de dicha sentencia.

¿Qué dice la sentencia recaída en el expediente N° 01396-2017-PA/TC?

El fallo, distinto a los referidos anteriormente en este trabajo, aborda un conflicto entre el IPD y el Indecopi a raíz de una denuncia que presentara Gremco Publicidad S.A., la misma denunciante del caso en autos, por presunta competencia desleal. El IPD alegó que el Indecopi vulneró su derecho a la inmutabilidad de la cosa juzgada al reabrir un caso que ya había sido resuelto por el propio Tribunal en 2006. Este caso refiere, justamente, a la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC sobre la denuncia de Gremco contra el IPD por alquiler del estadio Nacional, donde se estableció que el alquiler de dicho recinto para eventos no deportivos no constituía actividad empresarial ni violaba el principio de subsidiariedad económica del Estado.

El TC consideró que al momento de revocar la decisión de la Comisión en la denuncia de Gremco contra la UNMSM, la Sala actuó fuera del marco normativo al desconocer un fallo del Tribunal con autoridad de cosa juzgada. Este precisó que el hecho de que el pronunciamiento previo no haya sido declarado precedente vinculante no lo eximía de cumplimiento, ya que todas las interpretaciones de ese colegiado son obligatorias para las entidades públicas conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, ninguna autoridad administrativa puede revisar, reinterpretar o dejar sin efecto una decisión firme del máximo intérprete de la Constitución.

Además, el TC señaló que el arrendamiento del Estadio Nacional por parte del IPD tenía un fin legítimo: generar recursos para el mantenimiento de las instalaciones deportivas y promover la práctica del deporte como parte de las obligaciones estatales en una economía social de mercado. Por tanto, esa actividad no podía ser considerada competencia desleal, sino una forma de autofinanciamiento compatible con la Constitución. La actuación de la Sala en el expediente en autos, al reabrir el caso y sostener lo contrario, vulneró la seguridad jurídica y la autoridad del Tribunal.

Toda vez que desconocer una sentencia con autoridad de cosa juzgada configura una violación del orden constitucional, el Tribunal declaró fundada la demanda del IPD, anuló

la resolución del Indecopi que contradijo al máximo intérprete –esto es, la N° 0416-2014/SDC-INDECOPI que da mérito al presente acápite– y dejó sin efecto todas las actuaciones posteriores.

A continuación, y teniendo en consideración lo indicado por el TC en este último fallo, presentamos nuestro análisis de este primer problema jurídico que, si bien se relaciona al debate de jerarquía de las decisiones de un órgano jurídico superior –el Tribunal Constitucional– su superación nos permite continuar con los asuntos de “fondo” relativos al rol subsidiario del Estado.

¿Qué argumentos presenta la Sala para revocar la improcedencia?

a) La sentencia del TC no es vinculante

La Sala indica que la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC invocada por la UNMSM no es de observancia obligatoria para el Indecopi. Para sostener ello argumenta que la Comisión habría interpretado contradictoriamente los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional vigente en ese momento: mientras artículo VI favorece el control difuso y la interpretación constitucional, sin indicar que existe una obligación de aplicar el mismo criterio utilizado por el TC³⁰, el artículo VII refiere a los alcances del precedente, disponiendo que solo serán vinculantes aquellas sentencias que así lo expresen en su texto, siempre que precisen los términos de sus efectos³¹.

³⁰ “Artículo VI:

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”

³¹ “Artículo VII

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

En ese sentido, la Sala concluye que, debido a que el Código Procesal Constitucional anterior no puede contradecirse a sí mismo, los artículos VI y VII no pueden referir a la misma materia, pues esto genera un dilema respecto de quién o qué dispone el precedente, si acaso el magistrado o el texto mismo de la sentencia. Para resolver esta problemática la Sala aplica el método de interpretación sistemática, apuntando que, por el artículo VI (interpretación constitucional) el juez está obligado a tomar en cuenta los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución, pero no necesariamente a decantarse por un mismo criterio, mientras que por el artículo VII (precedente vinculante) el magistrado siempre deberá decantarse y vincularse por aquella sentencia que se declara como precedente.

Así las cosas, toda vez que el TC no ha indicado de manera expresa –léase literal– que la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC constituye un precedente vinculante, esta no obliga al Indecopi a aplicarla como tal. Como corolario, la Sala indica que si el legislador se ha encargado de realizar dicha atinencia referida a la diferencia entre una sentencia que es precedente vinculante y una que no lo es, pues debe respetarse dicha diferencia.

b) La UNMSM es un operador económico que realiza actividad empresarial

Una vez aclarado el debate de “forma” sobre vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, la Sala se sirve del criterio de primacía de la realidad para determinar que la actividad de la UNMSM tiene la estructura y la capacidad para generar un efecto distorsionador del mercado, por lo que debe considerarse como empresarial. Dicha fundamentación pretende, en el fondo, impedir que por una sentencia única el TC vacíe de contenido al rol subsidiario del Estado e impedir que se utilice libremente el argumento del autofinanciamiento para que las empresas públicas copen el mercado de las privadas.

Así, la Sala recurre a una explicación objetiva y práctica de los hechos: el alquiler del estadio San Marcos es una manera de hacer empresa que tiene impacto en el mercado de la organización de eventos públicos multitudinarios y esta operación se aleja de los preceptos comunes para los cuales el aparato estatal está concebido.

La definición de actividad empresarial que acoge la Comisión, aplicando el criterio del TC, es incorrecta porque independiza la búsqueda de lucro con los hechos fácticos de concurrencia en el mercado determinado. En ese sentido, no es relevante la necesidad de buscar o no el lucro, sino el efectivo impacto en el mercado de la conducta.

En buena cuenta, la UNMSM actúa como un operador económico pues su concurrencia en el mercado se produce en las mismas condiciones que todas las demás empresas privadas, afectando el mercado a través de la oferta de bienes y servicios. Para sostener aquello la Sala cita otra sentencia del Tribunal –la recaída en el expediente N° 8152-2006-PA/TC que sí resulta ser un precedente de observancia obligatoria– bajo el cual se delimita que *“el principio de subsidiariedad establece un límite a la actuación del Estado en la Economía, pues éste no puede actuar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad”*. De este modo, la Sala pretende demostrar que una ficción jurídica no puede imponerse frente a la realidad.

¿Qué argumentamos nosotros?

Un análisis ligero de la Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI que revoca la improcedencia declarada por la Comisión concluiría que la Sala antagoniza al Tribunal Constitucional y que, incluso, relativiza la fuerza vinculante de sus sentencias. Un estudio más profundo del pronunciamiento, como el que se pretende en estas líneas, permite concluir que el criterio de la Sala resulta sensato y termina, justamente, por fortalecer la LRCD al determinar el derrotero para estandarizar el concepto de actividad empresarial y hacer prevalecer el espíritu del artículo 60 de la norma fundamental.

La resolución que revoca la improcedencia intenta responder a dos preguntas. Primero, si acaso una sentencia del TC puede inaplicarse en determinados supuestos y, segundo, si acaso en el caso concreto –supuestamente análogo a aquel invocado en una sentencia del Tribunal– se viene desarrollando una actividad comercial al alcance de la competencia desleal. A continuación, acompañamos nuestra opinión de la respuesta de la Sala en los mismos términos en que esta presenta el caso, es decir, a partir de los dos argumentos desarrollados.

a) ¿La sentencia contenida en expediente N° 07644-2006-PA/TC es obligatoria para el Indecopi?

Nuestra opinión, alineada con la de la Sala, es que no, pues la sentencia en particular no es un precedente vinculante puesto que no se indica expresamente en el cuerpo de la sentencia, tal como requiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente al momento de los hechos, que señala que *“las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”*.

En la medida en que en ninguna parte del texto de la sentencia del expediente N° 07644-2006-PA/TC –particularmente en el Resuelve, donde suele colocarse el reconocimiento expreso– aparece que deba considerarse la misma como un precedente vinculante, lo desarrollado en esta, y particularmente el criterio de actividad comercial determinado por el Tribunal, no resulta de obligatorio cumplimiento para los órganos jurisdiccionales peruanos.

Al respecto, somos de la opinión de que lo anterior es incontrastable en tanto resulta de una aplicación de manual, en el sentido más literal. En este caso, es evidente que el legislador redacta un artículo en el Código Procesal Constitucional que no invita al debate por cuanto es sumamente claro: un precedente vinculante es el que dice serlo. La Sala se sirve de ese dispositivo para concluir que, en la medida en que la sentencia del Tribunal Constitucional que invoca la Comisión para declarar la improcedencia de la denuncia de Gremco no dice ser un precedente vinculante, no se configura como tal y no obliga al Indecopi a seguir determinado criterio.

Consideramos positivo el criterio de la Sala respecto de que, al cumplirse con el presupuesto normativo –clarísimo– respecto de que en la medida en que la mención de precedente no se encuentra presente en el texto, este no es tal. Esta interpretación es adecuada porque permite que el Tribunal, cuando así lo decida, pueda dotar de mayor firmeza y protección jurídica a determinados derechos cuya tutela reviste especial cuidado –aplicando lo indicado en el artículo VII–, pero también permite una postura más laxa del criterio cuando medien situaciones excepcionales en donde pueda haber una opinión diferente, sobre todo cuando, como hemos mencionado, la sentencia del TC priva de contenido, paradójicamente, al mandato constitucional del rol subsidiario del Estado en la economía.

En otras palabras, la existencia de un precedente vinculante constitucional está conferido por una literalidad, determinado por la necesaria mención de este en el texto de la sentencia. Caso contrario –es decir, si no aparece mencionado como precedente vinculante– no lo será. Sin embargo, es importante mencionar que partimos de la premisa de que todas las sentencias del TC generan el deber de ser revisadas por todos los aplicadores de justicia, por lo que sí es una obligación para la Sala revisar la sentencia invocada por la Comisión y, en ese sentido, emitir las razones por las cuales considera que esta no debe aplicarse al caso concreto.

No resulta cierto que la perspectiva de la Sala elimina cualquier tipo de análisis del criterio jurisprudencial de un fallo que no es precedente vinculante, todo lo contrario. El estándar identificado por la segunda instancia del Indecopi requiere en absolutamente

todos los casos que el operador jurídico revise la sentencia del Tribunal Constitucional que se encuentre vinculada con su caso, bien para argumentar su adhesión a ella o bien para, en casos excepcionales, separarse de esta.

En otras palabras, el presupuesto normativo de exigir la literalidad de la palabra “precedente de observancia obligatoria” para que sea considerado como tal es positivo pues resulta técnico y, a la vez, democrático. Permite la defensa férrea de los derechos y su interpretación restrictiva para el caso de los precedentes de observancia obligatoria, pero también brinda opciones para aplicar otros derechos de manera contextualizada, siempre que, y esto es esencial, se motive adecuadamente. En síntesis, la lógica incluida por la Sala permite el disenso, reconociendo el carácter democrático del Derecho como una ciencia viva y orgánica cuya aplicación puede variar en matices.

Así las cosas, el hecho de que la Sala determine que la sentencia del TC no es un precedente vinculante, permite cuestionar el criterio del propio Tribunal en sede administrativa, lo que es bienvenido en la medida en que la sentencia criticada debilita la lucha contra la LRCD. Sin embargo, aún resta preguntarnos qué vinculatoriedad le queda a una sentencia del Tribunal Constitucional que no resulta ser un precedente vinculante. La respuesta es que, por su calidad de pronunciamiento final del máximo intérprete de la Constitución, aún mantiene cierta fuerza. Ello se indica en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del anterior Código Procesal Constitucional que repasamos anteriormente:

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

(...)

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Como ya se indicó, todas las sentencias del TC fungen, como mínimo, como guía para el juez o miembro del cuerpo colegiado del fuero administrativo para perfilar una decisión jurídica. Esta premisa parte, también, por el valor que se le da a la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho. Esto se puede afirmar porque, en ciertas ocasiones, como los precedentes constitucionales vinculantes y la doctrina jurisprudencial, las decisiones judiciales no solo resuelven casos concretos, sino que también crean pautas generales y obligatorias para situaciones venideras.

Ello ocurre especialmente cuando las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efectos directos que deben ser seguidos por otros jueces, cumpliendo así una función

normativa dentro del sistema jurídico. Desde una perspectiva teórica, y como indica Indacochea³², esto se justifica en la medida en que dichas decisiones modifican o complementan el orden jurídico, y por tanto, cumplen los criterios para ser consideradas fuentes del Derecho.

En el caso que nos convoca la Sala presenta una fundamentación sólida para desviarse de la jurisprudencia de la sentencia en tanto permitir el criterio del TC significa debilitar el rol subsidiario del Estado en la medida en que el autofinanciamiento puede ser utilizado como argumento para que múltiples entidades estatales irrumpen los mercados en donde ya operan los privados. Para sostener ello la Sala invoca algunos principios de la Ley de Represión de la Competencia Desleal como el de primacía de la realidad y la teoría de los efectos y que, de manera indirecta, el criterio del Tribunal afecta derechos constitucionales tales como libertad de empresa y libertad de contratación al permitir que empresas públicas operen en el mercado de las privadas sin justificación. En ese sentido, consideramos que *prima facie* se cumple con los requisitos excepcionales para desvincularse de la sentencia del Tribunal.

Ahora bien, ¿cómo se mide la validez o el peso del fundamento con el que se sustenta la divergencia de un criterio instaurado por el TC que no es un precedente de observancia obligatoria? La respuesta coincide con el consecuente análisis del segundo problema identificado, pues su respuesta fundamentada es la que permitirá el peso suficiente para marcar una distancia justificada con el TC y lograr que la Sala tenga un criterio distinto.

Como se observa, si bien nos encontramos analizando el denominado problema “forma”, para resolver este necesariamente debemos evaluar las materias del tema de “fondo”. En otras palabras, el argumento que sustenta la excepcionalidad de la decisión de la Sala por apartarse de un fallo del TC está vinculado con el argumento que presenta sobre el concepto de actividad empresarial, el mismo que analizaremos luego.

Finalmente, no es posible ignorar el fallo reciente contenido en la sentencia del expediente N° 01396-2017-PA/TC a través de la cual el TC determinó que el hecho de que una sentencia que no haya sido declarada como precedente vinculante no eximía

³² Indacochea, Ú. (2015). La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del Derecho. Themis-Revista de Derecho, (67), 309–318.

a la Sala del Indecopi de su cumplimiento, ya que todas las interpretaciones de ese colegiado son obligatorias para las entidades públicas. El TC indicó que:

“9. Para este Colegiado, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, al revocar la Resolución 016-2013/CCD-INDECOPI, que desestimó la denuncia presentada por Gremco Publicidad SA, ha actuado de manera reñida con la Constitución, al desacatar lo expresamente indicado en dicha sentencia, arguyendo, para tal efecto, que ese pronunciamiento “no constituye precedente” (...) como si jurídicamente fuera viable desacatar: (i) lo resuelto en una sentencia que, con calidad de cosa juzgada, ha desestimado la puntual reclamación efectuada por dicha empresa; y (ii) las interpretaciones realizadas por este Tribunal Constitucional”

“10. Independientemente de que este Tribunal Constitucional fije, con carácter de precedente, algunas reglas muy puntuales, no puede soslayarse que, conforme a lo estipulado en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, todas sus interpretaciones son vinculantes. Es un error grave y, a la vez, inexcusable, asumir que solamente son obligatorios sus pronunciamientos en los que expresamente se consigne que tienen la calidad de precedente, en tanto obvia que, en lo concerniente a la guarda de la Constitución (lo que incluye la materia económica), este Colegiado siempre tiene la última palabra, en el ámbito de sus competencias”

Lo mencionado por el Tribunal Constitucional resulta inquietante puesto que no reconoce la diferencia expresa entre los artículos VI y VII del Título Preliminar del anterior Código Procesal Constitucional, los mismos que se ha mantenido invariables en sus núcleos tras la publicación del nuevo código en 2021. ¿Cuál es el fin, entonces, de que el legislador haya diferenciado –y confirmado aquello tras una modificación del código– un supuesto de precedente vinculante y uno sin precedente vinculante sino para indicar que existen sentencias del Tribunal que son más vinculantes que otras?

Lo mencionado líneas arriba por los magistrados del Tribunal reduce la diversidad de pronunciamientos del TC a un solo escenario: que los aplicadores de justicia “copien y peguen” todos los criterios de este tribunal y se ciñan exactamente a lo dictaminado por este, atentando contra la independencia de los jueces y vocales de salas administrativas, vulnerando el principio del control difuso –aunque no aplique para el caso en autos– y, en suma, impidiendo el desarrollo del Derecho como ciencia orgánica y cambiante en donde se saluda el intercambio de ideas fundamentadas.

Si bien partimos de la premisa de que una sentencia del Tribunal Constitucional podrá mantener una fuerza obligacional mayor, en la que justamente se espere que los aplicadores de justicia promuevan el criterio del TC bajo los mismo términos, la posibilidad de la defensa de los derechos más amplios solo se logra si, además, se

garantizan mecanismos obligacionales de “menor jerarquía”, como los que produce la doctrina jurisprudencial, entendida como el resultado de aquellos pronunciamientos iterados en el tiempo que afianzan un criterio fundamentado en la seguridad jurídica.

Incluso así, vale decir que la sentencia contenida en el expediente N° 07644-2006-PA/TC que invoca la UNMSM no es ni precedente vinculante, como ya se ha reiterado, ni parte de la doctrina jurisprudencial, puesto que no pertenece al *corpus* de sentencias similares que hayan sido determinadas bajo criterios similares en un tiempo determinado. En otras palabras, ni siquiera la sentencia criticada contiene el siguiente nivel obligacional de la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, es importante concluir que, en sintonía con la antes expresado, este fallo sí genera una obligación en el aplicador de justicia: su necesaria revisión y, al momento de la emisión de la resolución por este, la necesaria motivación de su disenso.

b) ¿La UNMSM puede desarrollar actividad empresarial?

La Sala se dedica a analizar el concepto mismo de actividad empresarial brindado por el expediente N° 07644-2006-PA/TC con el objetivo de desarticular su aplicación en el caso y brindar un argumento suficientemente motivado. Tal como se ha mencionado, en esa oportunidad, el Tribunal concluye que el IPD no realiza actividad empresarial en la medida en que la conducta que realiza es la de autofinanciamiento: *“la actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro”* y, en la medida en que el IPD utiliza los réditos obtenidos del alquiler del estadio Nacional para conservar aquella infraestructura, entonces no genera lucro. Esto, como denota la Sala, es un criterio errado que revela la miopía empírica del Tribunal Constitucional vinculada con el hecho de que vacía de contenido el artículo 60 de la Constitución y, por consecuencia, el artículo 14.3 de la LRCD.

Como resuelve la segunda instancia del Indecopi, la actividad empresarial no debe determinarse bajo la persecución o no del lucro pues, independientemente de ese objetivo, un agente económico puede comportarse de manera desleal y afectar la competencia. Es decir, que para afectar de manera empírica el mercado, no importa que el agente tenga un fin lucrativo o no. En potencia, cualquier operador económico puede causar perjuicios en el mercado. De ahí que se recuerde la teoría de los efectos bajo la cual está construida la LRCD.

Asimismo, permitir que el autofinanciamiento sea motivo único para evadir las obligaciones de la competencia atenta contra el propio espíritu del rol subsidiario, pues se permitiría que, amparadas bajo la propia recaudación, las entidades públicas podrían

irrumper en diversos mercados reservados para los privados, compitiendo de manera desleal.

Como adelantamos, y sin considerar las actividades que nacen del *ius imperium* o de la prestación asistencial, no se requiere la preexistencia de una necesidad patrimonial, de un deseo pecuniario o de una forma determinada de ofrecer sus servicios a través de una organización societaria específica, permitiendo ampliar el alcance a diversos agentes que, en otras circunstancias, no podrían ser considerados como operadores económicos.

Asimismo, permitir que el autofinanciamiento sea motivo único para evadir las obligaciones de la competencia atenta contra el propio espíritu del rol subsidiario, pues se permitiría que, amparadas bajo la propia recaudación, las entidades públicas podrían irrumper en diversos mercados reservados para los privados, compitiendo de manera desleal. Coincidir con la lectura del Tribunal Constitucional en la sentencia resulta avalar un criterio que, de manera paradójica, se desentiende de un mandato constitucional. Como se indica en la Res. N° 0416-2014/SDC-INDECOP que revocó la improcedente de la Comisión:

“Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, esta interpretación del Tribunal Constitucional vacía totalmente de contenido el artículo 60 de la Constitución y el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, si se acogiera la interpretación de actividad empresarial adoptada en los considerandos citados líneas arriba; ocurriría que prácticamente cualquier actividad económica realizada por entidades estatales podría violar el principio de subsidiariedad. En efecto, si sólo se considerase como empresarial aquella actividad que se realiza con fines de lucro, prácticamente toda actividad estatal estaría exenta del artículo 60 de la constitución (...) sin tener en consideración el hecho objetivo de que en la realidad, su actuar si pudiera estar distorsionando la leal competencia en el mercado”.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia advierte que, bajo la premisa del Tribunal Constitucional, se podría “*abrir una caja de Pandora*” en la que, aunada a la idea de que el Estado no suele buscar una operación lucrativa en su intervención, prácticamente toda su actuación en la economía estaría libre de regulación.

En conclusión, el TC debió considerar que, bajo la realidad empírica y la efectiva defensa del artículo 60 de la carta magna –justamente la norma que debe defender–, cualquier agente, independientemente de su persecución de lucro, puede afectar la leal competencia. Lo importante es, entonces, el resultado potencial de una conducta, no si

esta viene acompañada con determinada prerrogativa como puede ser la búsqueda o no de hacer dinero.

Así las cosas, la Sala fundamenta su divergencia del criterio del TC invocando un argumento de primacía de la realidad con enfoque en la teoría de los efectos que protege la propia Constitución y la LRCD y que, sostenemos nosotros, es argumento suficiente para motivar un criterio distinto al provisto por la jurisprudencia del TC. Sin perjuicio de ello, la Sala fortalece su ponderación al servirse de otra sentencia del mismo Tribunal Constitucional, que sí resulta en un precedente de observancia obligatoria, para concluir que la actividad de la UNMSM debe considerarse como empresarial. Así, esta nueva sentencia recaída en el expediente N° 8152-2006-PA/TC delimita la comprensión de la subsidiariedad y brinda mayores luces sobre su aplicación:

“(...) conforme al principio de subsidiariedad (...) se establece un límite a la actividad del Estado, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado.

(...)

Ello es así porque el fundamento del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales (...) no están en condiciones de hacerlo.”

Resulta positivo que la Sala de cuenta de la importancia del rol subsidiario y que, bajo la premisa del TC en la sentencia invocada por Gremco, dicho rol quede desprotegido. A la larga, si bien el Tribunal en la sentencia criticada del IPD pretende asegurarse de que las entidades públicas puedan conservar y dar mantenimiento a aquella infraestructura con la que puede cumplir su objetivo –lo que sin duda es positivo– el razonamiento utilizado para arribar a esa conclusión termina por tener un impacto negativo mayor, vinculado con la privación de contenido de la subsidiariedad como función reguladora del mercado.

La premisa citada en la sentencia recaída en el expediente N° 8152-2006-PA/TC que invoca la Sala es extensa, refiriéndose de manera laxa a las formas en que el Estado puede afectar el mercado. Bajo esta lectura las empresas estatales son operadores económicos, es decir, agentes empresariales que, independientemente del modo y

objetivo –lucrativo o no– con el que concurra en el mercado, lo hacen con la posibilidad potencial de poder afectar el mismo.

El concepto de agente empresarial no necesariamente se define bajo las nociones de autofinanciamiento, sino que resulta ser más amplio. Por ejemplo, en el caso del precedente de la Pollería El Rancho, el restaurante instalado por la UNAP concurría como un agente empresarial en la medida en que incluso si su supuesto era el autofinanciamiento –pues los réditos de la venta de pollo a la brasa iban a la universidad– aun así generaba una injerencia en el mercado gastronómico. A saber, la Sala, citando la sentencia previa del TC, indica que:

“(…) no es la actividad empresarial o el ánimo de lucro, lo que configura una vulneración al principio de subsidiariedad, sino el simple hecho que actúe como operador económico, teniendo por efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado, ofreciendo bienes o servicios, pese a la existencia de una oferta privada”

Como podemos dar cuenta, la definición de operador económico y de agente empresarial sujeta tanto a los preceptos del artículo 60 de la Constitución y a los indicados en el artículo 14.3 de la LRCO, es bastante pragmática y simple: lo es aquel que concurra en el mercado, el que con su mera aparición en el mismo tenga la posibilidad de afectarlo. La Sala concluye esto también de manera concisa en la resolución que revoca la decisión de la Comisión:

“Lo relevante, en ese sentido, no es la forma jurídica de la entidad, sino la actividad económica realizada en un mercado, cualquiera que éste sea. Vender, comprar, arrendar en el mercado no es siempre una actividad empresarial, es en realidad una intervención en el mercado, independientemente de la finalidad con la que se realiza.

(…)

Es importante aquí precisar que tanto la Comisión como la Sala tienen el deber, al aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de analizar los casos a la luz del principio de primacía de la realidad, en virtud del cual no tiene sentido centrarse en la forma jurídica de una organización, o determinar si ha realizado o no actividad empresarial, sino en la realización de actividades económicas y por tanto conceptualizar a este agente, persona natural o jurídica, de derecho público o privado con o sin ánimo de lucro, como operador económico y sobre todo si su conducta incide en la estructura”.

Respecto del caso en concreto, tenemos que si bien la UNMSM no contempla un fin lucrativo en los réditos generados por el alquiler de su estadio para eventos culturales vinculados con conciertos –pues ha quedado demostrado que reinvierte el dinero para mantener el predio mismo y solventar gastos en los que incurre la universidad– sí realiza

una actividad empresarial en la medida en que concurre en el mercado de alquiler de infraestructura para la realización de conciertos públicos con determinado número de espectadores.

Del mismo modo, al citar la sentencia del expediente N° 8152-2006-PA/TC la Sala expande el peso de su justificación más allá del principio de primacía de la realidad y la teoría de los efectos, pues en aquel fallo –que, reiteramos, sí es un precedente de observancia obligatoria– se establece que una mala ejecución del rol subsidiario del Estado; esto es, una intervención de una entidad pública como agente empresarial en un mercado donde ya operan privados, es una vulneración de los derechos constitucionales de libertad de empresa y libertad de contratación puesto que se restringe la posibilidad de que los agentes privados compitan en igualdad de condiciones con otros, sin tener que soportar la intromisión del aparato público en un espacio que solo está reservado para ellos.

Para ello reiteramos la primera cita del presente trabajo, inspirada en el trabajo de Kresalja y Ochoa³³: *“si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción (...) el sistema económico se asienta en el ejercicio de la libertad de empresa, no en la creación y desarrollo de empresas públicas o estatales.*

Sin perjuicio de lo anterior, deseamos dejar constancia de que con esta opinión no se pretende erradicar la posibilidad de que el Estado pueda intervenir en un mercado. El aparato público está en condiciones de hacerlo si resulta ser una conducta avalada por su *ius imperium*, si se configura una asistencia social o si, tras hacerse la debida examinación, pueda intervenir de manera subsidiaria, superando la metodología tantas veces citada en este informe.

Bajo este punto de vista, sostenemos que aun cuando admitimos que no se encuentra exenta de polémica, la excepcional revocación de la Sala de la improcedencia determinada por la Comisión es oportuna, pues rectifica el concepto –en ese entonces disputado– de actividad empresarial y enmienda la miopía empírica de una sentencia del TC que terminaba por afectar un mandato constitucional expreso. Además, dirige el debate hacia la realidad empírica de los comercios y sus efectos en el mercado, a la tutela de derechos constitucionales como los de libertad de empresa, y no en función de

³³ Kresalja, B., & Ochoa, C. (2012). “El régimen económico de la Constitución de 1999” (p. 102). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

la búsqueda de lucro, lo que a su vez permite aterrizar el debate al impacto en razón de la leal competencia de aquellas instituciones que se autofinancian.

En conclusión, consideramos que si bien la Comisión emitió un pronunciamiento esperable, la Sala, en su calidad de instancia revisora, corrigió correctamente ello revocando la improcedencia de manera excepcional al establecer que la sentencia citada por la Comisión no era oportuna en la medida en que (i) cabía disenso de la autoridad administrativa al no ser la sentencia del TC invocada un precedente vinculante, siempre a través de una motivación adecuada, y (ii) contenía errores de fondo sobre el rol del lucro y autofinanciamiento en la actividad empresarial que terminaban por afectar severamente los principios de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el propio artículo 60 de la Constitución.

Por ello saludamos el análisis hecho por la Sala. La segunda instancia brinda contenido al concepto de actividad empresarial, permitiendo una lectura coherente con los preceptos constitucionales y de leal competencia. Enhorabuena, la interpretación de la Sala recoge con pragmatismo una realidad empírica en el mercado: que –por lo general– cualquier agente dentro de una esfera comercial, es decir, concurrente dentro del mercado de bienes y servicios entendido en su espectro más amplio, puede, eventualmente, afectar la competencia. No obstante ello, reconocemos que hubiera sido preferible que la Sala no condicione una definición del concepto de actividad empresarial, sino que brinde a la Comisión las herramientas suficientes para que esta, por sí sola, pueda conjeturar su propia dilucidación del término y coincidir con la postura última de la segunda instancia.

Culminada la discusión anterior, damos paso al siguiente momento del expediente, referido al pronunciamiento de la Comisión tras la revocatoria de la improcedencia por parte de la Sala.

6.3. En su segundo pronunciamiento, ¿fue correcto que la Comisión estime infundada la denuncia?

¿Qué argumenta la Comisión?

Entre la devolución del expediente a la Comisión y la emisión de una resolución por parte de esta ocurrieron diversos acontecimientos, incluida la suspensión del procedimiento. Una vez determinado que la UNMSM sí incurría en actividad empresarial y que debía de realizarse la metodología de la segunda fase del precedente de la Pollería El Rancho, la primera instancia paraliza el procedimiento y solicita a la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi – GEE pronunciarse sobre el mercado relevante

de alquiler de infraestructura para eventos deportivos y no deportivos. Como se observa, a partir de este momento el expediente se dedica a dilucidar el segundo y tercer problema jurídico vinculados con una aplicación de fondo de la norma de competencia misma.

Los informes realizados por la GEE estimaron los siguientes mercados: (i) el arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con asistencia de más de treinta (30) mil personas en Lima durante el 2008-2014 y (ii) el arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con asistencia de entre diez (10) mil y treinta (30) mil y personas para el mismo lugar y periodo.

Luego de la obtención de los informes del GEE y haberse delimitado el mercado relevante, la Comisión procede con la modificación de la imputación de cargos. Es importante notar que si bien los mercados relevantes resultan idénticos en cuanto a la identificación por número de asistentes, luego de la re-imputación de cargos se acota el período al 2008-2012 en la medida en que este comprende el tiempo entre la entrada en vigencia de la LCRD hasta la imposición de la denuncia de Gremco. Finalmente, tras recibirse los descargos de las partes se declara infundada la denuncia de Gremco a través de la Resolución N° 076-2017/CCD-INDECOPI.

Como se ha advertido, esta parte del informe aborda las impresiones del Indecopi sobre la segunda fase de la metodología sobre rol subsidiario del Estado. En vista de que sí se cumple con el precepto de actividad empresarial es menester que el Indecopi se pronuncie respecto de los tres hitos que, como hemos podido establecer previamente, son la brújula con la que cuenta la autoridad para determinar, o no, una afectación al artículo 14.3 de la LRCD.

Siguiendo la metodología, la Comisión evalúa el cumplimiento del primer hito sobre ley expresa aplicable. En relación con el segundo hito, para evaluar la subsidiariedad la autoridad requiere a sus técnicos la elaboración de estudios de mercado que revelen la cantidad y distribución de las empresas públicas y privadas en cuestión. Estos estudios arrojarán uno de tres escenarios de concurrencia recogidos en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM bajo el cual el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales, el mismo que también incluye en su artículo los criterios de la metodología del artículo 14.3 de la LRCD.

Esta norma, importante en la medida en que significa una positivización de los criterios del precedente de la Pollería El Rancho, señala tres posibles escenarios: (i) que una empresa estatal concurre con dos o más empresas privadas, (ii) que una empresa estatal concurre con una empresa privada, o (iii) que sin concurrir ninguna empresa privada hay una exclusiva participación de la empresa estatal. Dependiendo de estos escenarios es que se decreta la suficiencia o insuficiencia de oferta privada para que, posteriormente, se estudien las posibles barreras de entrada para determinar si, en efecto, se cumpliría la subsidiariedad en estricto.

Finalmente, en cuanto al tercer hito la Comisión analiza la justificación de la presencia estatal mediante la existencia de interés público o una manifiesta conveniencia nacional. A continuación repasamos la opinión de la Comisión respecto de cada uno de los hitos descritos.

a) Existe una ley expresa

La norma expresa que rige en esta disputa es la Ley Universitaria vigente al momento de los hechos. Específicamente, sus artículos 12 y 79 permiten que instituciones públicas puedan prestar servicios –y cobrar por ellos– siempre que estos sean afines a los objetivos de la universidad.

Dado que estos artículos, como veremos luego, identifican el fomento de la cultura como un fin de la universidad, y el arrendamiento del estadio San Marcos para conciertos garantizaría aquello, es congruente afirmar que esta puede ser una actividad perseguida por la institución educativa, por lo que resulta compatible con las normas de competencia. Además de ello, la Comisión establece que debe tenerse en consideración que los inmuebles propiedad de la UNMSM se encuentran sujetos a los regímenes de cesión de propiedad, conforme al Código Civil, mediante el cual se faculta la prerrogativa de uso.

b) Es correcta la intervención subsidiaria pues la oferta privada es insuficiente

En cuanto al segundo hito de la segunda fase de la metodología vinculado con el examen de subsidiariedad, los informes de la GEE le permiten concluir a la Comisión que, bajo las múltiples premisas que ofrecen los estudios del mercado de alquiler de infraestructura para la realización de eventos públicos, son dos los mercados. Ambos se circunscribe a la ciudad de Lima durante el periodo 2008-2012 en función del arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos, pero difieren en la asistencia. El primero prevé eventos de más de treinta

(30) mil personas en Lima y el segundo de entre diez (10) mil y treinta (30) mil y personas.

En el caso de los eventos de más de treinta (30) mil personas se está frente a un escenario en el que, por el aforo, solo dos predios se encuentran en capacidad de ser ofertados: el estadio San Marcos y el estadio Monumental, por lo que nos ubicamos en el escenario en el que coexisten una empresa pública (la UNMSM) y una privada (Gremco). Asimismo, se estima que el estadio Monumental carece de la capacidad inmediata de absorción puesto que no podría cubrir la posible demanda liberada por el estadio San Marcos en el supuesto en que este se retire del mercado. En otras palabras, la oferta privada no se daría abasto en caso se prohibiera la participación de la UNMSM, puesto que no podría absorber, además del público que aloja, otras treinta (30) mil personas, pues se superaría el aforo³⁴. Ello deja en una situación de abandono a los consumidores de este sector.

En el mismo sentido, la GEE identificó la existencia de barreras de entrada vinculadas con los altos costos de construcción de un recinto que albergue eventos de esta cantidad de personas, la escasez de terrenos y la imposición de límites regulatorios vinculados con la industria específica, lo que revela la presencia de costos hundidos relacionados con el levantamiento de un predio que finalmente disuadirían a potenciales interesados. En esa línea, la ausencia demostrada de oferta privada permite al Estado operar como empresario en el mercado identificado.

En el caso de los eventos de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, la Comisión replica a la GEE en cuanto a que, si bien existe una mayor cantidad de inmuebles privados en los cuales se podría llevar a cabo eventos de ese calibre –además del estadio Monumental, el sector H del Jockey Plaza y la Pelouse del Jockey Club, entre

³⁴ Vale recordar que el Indecopi indica que si bien el estadio Monumental tiene capacidad para cerca de ochenta (80) mil espectadores, ello solo aplica para partidos de fútbol. Para conciertos, la normativa de seguridad y defensa civil nacional y municipal no permite el uso completo del aforo. Además, para efectos de esta denuncia, los palcos –que ocupan alrededor de veinte (20) mil asientos– eran propiedad de la Asociación de Palquistas, una entidad privada con la que había que negociar directamente y con la que, usualmente, no se obtenía la ocupabilidad total de los asientos. Por último, es necesario señalar que incluso cuando se haya rentado todo el estadio, por la naturaleza de la instalación del escenario, siempre habrá una tribuna (usualmente la norte o la sur) que no se encuentre ocupada, descartándose de inmediato la presencia de otras quince (15) mil personas y que, aún así ocupando parte de la cancha para el público, no se suele completar el aforo. En conclusión, la ocupabilidad del Monumental para conciertos tiene como tope en el mejor caso, aunque sea poco probable, de sesenta y cinco (65) mil espectadores, siendo que sería muy complejo que pueda trasladarse el público de dos estadios a uno si ambos preveían más de (30) mil personas.

otros– estos no fungirían como sustitutos debido a que encuentran limitantes para ser contratados por los organizadores de eventos públicos. Algunos de estos limitantes son clausura al momento del análisis de mercado, difícil acceso y sobre regulación que impide apoyo de auspiciadores y, por tanto, ser atractivos para el financiamiento de inversionistas.

Del mismo modo, en vista de que la infraestructura que pueda suplir aquella demanda debe tener un aforo que albergue hasta treinta (30) mil personas, incluso cuando puedan celebrarse conciertos en espacios con aforos menores, el único inmueble que cumple con esa condición es el estadio Monumental. Así las cosas, estamos en un escenario igual al anterior pues coexisten una oferta privada con otra pública. Por este motivo, tampoco concurre la posibilidad de que se pueda absorber la demanda liberada del estadio San Marcos en caso este se retire del mercado.

Por último, la Comisión señala que aplican las mismas barreras de entrada que en el anterior mercado analizado en virtud de que para suplir esta necesidad se requieren predios de iguales proporciones que llevan a idénticos costos hundidos derivados. De esta manera, para ninguno de los dos mercados analizados la oferta privada resulta suficiente, por lo que la UNMSM puede ocupar un lugar como agente empresarial.

c) Se configura un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional

Para culminar con la metodología, la Comisión opina que la actividad que se desea preservar a través de la irrupción de la entidad estatal en el mercado de arrendamiento de infraestructura para conciertos es de alto interés público, pues se relaciona con el fomento de la cultura. El hecho de que el impulso y desarrollo de la cultura –entendida en este caso como cultura artístico musical– es un bien resguardado por el numeral 8 del artículo 2 de la Constitución³⁵ evidencia la justificación de un interés público.

Por estos motivos expuestos es que la Comisión determina como infundada la denuncia de Gremco y permite a la UNMSM participar en este mercado.

³⁵ *“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

(...)

8) A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.

¿Cuál es nuestra posición?

Los siguientes acápite presentan, si se quiere, la parte neurálgica del informe toda vez que la resolución de la Comisión contiene –en nuestra opinión– una serie de aciertos y errores que son necesarios exponer.

En el caso de la postura sobre la existencia de una ley expresa nuestra opinión concuerda mayoritariamente con la de la Comisión, salvo en un punto que nos parece adecuado corregir, como se revela seguidamente. Donde discrepamos con distancia es en el desarrollo del segundo hito sobre el examen de subsidiariedad, pues sostenemos que los insumos utilizados en el análisis de mercado de la Comisión resultan insuficientes y que, contrariamente a lo que se concluye, no permite definir la capacidad de absorción del estadio Monumental. Finalmente, tampoco estamos de acuerdo con el tercer hito vinculado con la justificación del interés público puesto que el fundamento del interés público se encuentra en otra norma, no en la que indica la Comisión.

a) Autorización por ley expresa del Congreso de la República

Previa valoración de la decisión de la Comisión consideramos pertinente detenernos en algunas cuestiones doctrinarias breves del concepto de “ley expresa”. En primer lugar, notamos que la intervención del Estado como agente en la economía es un supuesto extraordinario; es decir, una singularidad de la regla que merece una aplicación restrictiva. En ese sentido, la necesidad de que el dispositivo normativo que materialice la acción subsidiaria del Estado sea una ley –y no una disposición de menor rango– cobra sentido por lo excepcional que resulta el rol subsidiario del Estado. En otras palabras, es lógico que solo por la máxima disposición normativa –una ley– se pueda establecer este tipo de dispensa.

Las leyes son producto del consenso en un órgano parlamentario con representación popular, que cuenta o debería contar con intervenciones de la sociedad civil, el Ejecutivo y entidades técnicas, y que es debatida posteriormente ante un pleno, por lo que se entiende que solo mediante este proceso de debate puede generarse una excepción suficientemente válida a las reglas del juego.

Surge el hecho de que la excepción en cuestión deba ser mediante ley y no una norma con rango de ley. Esta diferencia es importante por los mismos argumentos indicados en el párrafo precedente y nos permite establecer el origen de la norma que permite el rol subsidiario. Esta debe entenderse como “ley expresa” en la medida en que es emitida

única y exclusivamente por el parlamento, no siendo aplicable, por ejemplo, a decretos legislativos o de urgencia emitidos por el Ejecutivo que cuentan rango de ley³⁶, ya que estos no atraviesan necesariamente un debate popular ni técnico y nacen más bien de una delegación de facultades otorgada *ex ante* por el Congreso al Presidente.

Ahora bien, el carácter “expreso” de la ley tiene como objetivo hacer más exclusiva aún la aplicación de la subsidiariedad. Como indica el precedente de la Pollería El Rancho, lo expreso refiere a que la facultad para realizar determinada actividad empresarial se encuentra de manera “clara y patente” en la ley. Esto es, que sin necesariamente estar determinada de manera literal, no debe quedar duda de que la entidad pública se encuentra facultada para llevar a cabo tal o cual actividad empresarial. Dicho de otra manera, no puede permitirse un lenguaje ambiguo o una interpretación laxa del texto de la norma, sino que este debe ser concluyente para el revisor. Ello quedará en evidencia con la siguiente explicación de cómo aplica el requisito de ley expresa al presente caso.

La ley expresa que permitiría a la UNMSM realizar actividad empresarial –el alquiler de su estadio para conciertos públicos– es la Ley N° 23733, Ley Universitaria vigente al momento de la denuncia, a todas luces emitida por el Congreso³⁷. Según apunta la Comisión son dos los artículos que brindan el carácter de “expreso” a la actividad empresarial cuestionada:

“Artículo 12.- Las Universidades pueden organizar institutos, escuelas, centros y otras unidades con fines de investigación, docencia y servicio.

(...)

Artículo 79.- Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicadas a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad. La utilidad resultante es recurso propio de cada Universidad”.

Opinamos que la lectura de dichos artículos debe ser realizada de manera inversa, pues primero debe analizarse el 79 y luego el 12. En virtud de ello tenemos que una casa de estudios pública puede “establecer (...) actividades dedicadas a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios” y, luego, que estas pueden “organizar (...) otras unidades con fines de (...) servicio”. Esto permite concluir que la UNMSM puede establecer actividades dedicadas a la producción de bienes económicos y a la

³⁶ Ver fundamentos 57 a 71 de la Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI

³⁷ Vale decir que esta fue derogada el 09 de julio de 2014 por la Ley 30220, actual Ley Universitaria.

prestación de servicios –como alquilar el estadio de su propiedad– y organizar otras unidades con fines de servicios, como conciertos de música a través del alquiler del estadio de su propiedad.

Si bien coincidimos con la Comisión en la medida en que sí se refleja de manera expresa la facultad de la UNMSM de alquilar el estadio San Marcos, hubiéramos reforzado dicha facultad con la mención del literal c) del artículo 4 de la ley. A saber:

“Artículo 4.- La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes de la República e implica los derechos siguientes:

(...)

c) Administrar sus bienes y rentas, elaborar su presupuesto y aplicar sus fondos con la responsabilidad que impone la ley”.

Como se observa, la anterior Ley Universitaria establecía claramente en su artículo cuarto que las instituciones eran autónomas para determinar la administración de sus bienes y rentas, siendo una manifestación de ello la libertad de alquilar su estadio.

Sin embargo, queda por esclarecer una cuestión no menor en cuanto a las libertades para usar –o delegar el uso– de los bienes: el vínculo con el fin de la universidad que, conforme al artículo 79 de la Ley, debe ser compatible con la actividad realizada. Así, se invoca el literal a) del artículo 2 de la norma:

“Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales (...).”.

Compartimos la opinión de la Comisión en lo referente a que el alquiler del estadio para conciertos musicales es una forma de transmitir la cultura en el más amplio sentido, por lo que dicha actividad sí es compatible con los fines de la institución, concluyéndose que la anterior Ley Universitaria, emitida por el Congreso de la República, contiene una disposición expresa que le permite a la UNMSM ceder en uso su infraestructura para celebrar conciertos musicales públicos.

Finalmente, notamos que la Comisión también tiene a bien invocar otra ley que le permitiría argumentar que, en realidad, son dos las normas que sustentan la actividad empresarial. Nos permitimos discrepar de esta argumentación.

La primera instancia del Indecopi aduce que, sin perjuicio de la anterior Ley Universitaria, la Ley que comprende los inmuebles de la UNMSM en el Código Civil –

Ley N° 24365, también faculta a la institución a realizar la actividad empresarial detallada. Los que se invocan son los artículos primero y segundo:

“Artículo 1.- Están comprendidos en el Código Civil los inmuebles de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Artículo 2.- Autorícese a dicha Universidad a dar en garantía los bienes inmuebles de su propiedad, así como las rentas provenientes de ellos para obtener préstamos y avales y a suscribir toda clase de contratos destinados a la construcción y reconstrucción de edificios para fines solamente académicos o de inversión en las propiedades inmuebles de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos”.

A criterio de la Comisión el propio Congreso ha estipulado que los inmuebles de la universidad se encuentran comprendidos bajo las prerrogativas del Código Civil, siendo que una de ellas es la del arrendamiento, como se estipula en los artículos 1666 y siguientes. En buena cuenta, toda vez que la Ley N° 24365 señala que a los inmuebles de la UNMSM –entre ellos su estadio– les aplica las disposiciones del Código Civil –entre ellas las de arrendamiento– entonces dicha institución sí puede disponer de su infraestructura.

Esta argumentación no resulta determinante y, al contrario, podría ser problemática por cuanto los fines perseguidos son muy estrechos y no necesariamente guardan relación con los fines identificados en la Ley Universitaria que permiten la justificación cultural. Conforme al artículo 2 de la Ley N° 24365, la suscripción de contratos, entre ellos los de alquiler, son para *“fines solamente académicos o de inversión”*, por lo que podríamos cuestionar cualquier otro fin distinto a estos. En esa medida, resulta problemático que solo se cite el fin académico pues no necesariamente este se vincula con el fin artístico-cultural que sí se encuentra amparado en el literal a) del artículo 2 de la Ley Universitaria aplicable, en la medida en que no necesariamente lo académico resulta ser lo cultural y que algunos podrían considerar que un concierto de música no se desliga de lo académico.

De este modo, lejos de resultar en dos leyes expresas que permiten a la UNMSM superar satisfactoriamente el primer hito de la metodología del precedente de la Pollería El Rancho, creemos que únicamente la primera de ellas –la Ley Universitaria vigente al momento de la denuncia– basta, siendo las disposiciones relevantes las del artículo 79 y 12 de la norma, que a manera de complemento, aportamos que debe citarse como refuerzo adicional el literal a) del artículo 2 y el literal c) del artículo 4. No así la Ley N° 24365 que señala que a los inmuebles de la UNMSM les aplica las disposiciones del

Código Civil, pues en este caso no se permite la persecución expresa de un fin artístico-cultural, sino meramente académico.

b) Evaluación del carácter subsidiario de la actividad empresarial

Seguidamente, es necesario valorar los argumentos brindados por la Comisión en su evaluación del carácter subsidiario de la actividad empresarial realizada por la UNMSM. Como se adelanta en la Resolución N° 076-2017/CCD-INDECOPI, dicho hito implica una serie de complejidades que lo vuelven el más acucioso de los tres incluidos en la segunda fase de la metodología.

Esta parte de la diligencia requiere (i) delimitar el mercado relevante, lo cual resulta vital para establecer los competidores directos de la universidad, o la falta de ellos, en el mercado de concurrencia de alquiler de infraestructura para eventos públicos y posibles sustitutos, y (ii) evaluar de la oferta privada en la medida en que pueda atender la demanda liberada por la universidad y el concurrente estudio de barreras de entrada al mercado particular.

Así, invocamos la practicidad del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM del FONAFE que, como se explicó de manera previa, establece la política de actividades empresariales e invoca principios muy parecidos a los recogidos posteriormente por el Indecopi:

“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 privadas se considera suficiente (...)

(...)

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”.*

Dado el tecnicismo que involucra realizar un estudio cabal del mercado de alquiler de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos en

un espacio y tiempo determinados, la Comisión requiere la producción de un estudio de mercado relevante a la GEE. Dicha delegación se hace por cuenta del artículo 30³⁸ del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2009-PCM, siendo que queda suspendido el procedimiento hasta la obtención del Informe N° 024-2016/GEE.

Para efectos de un pulcro desarrollo de nuestra opinión, primero se hará un repaso de dicho informe y posteriormente se presentará una opinión de la manera en que la Comisión toma en consideración lo reflejado en este, señalando las conclusiones positivas y las oportunidades de mejora.

b.1) Diagnóstico del mercado relevante hecho por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi en el Informe N° 024-2016/GEE

La GEE concluye que el mercado relevante en el que habría operado la UNMSM corresponde al de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos en el periodo 2008-2014 en la ciudad de Lima, siendo que luego la re-imputación de cargos acotó dicho periodo hasta el 2012. La Gerencia identifica algunas características importantes del mercado investigado que pueden influir en su delimitación. En esa medida, es importante tener en consideración que:

- En este mercado los organizadores pueden decidir entre alquilar todo el recinto o una parte de este, dependiendo del aforo que esperen en el evento. Esto permite afirmar que, si acaso se pronostica una elevada asistencia, se puede solicitar alquilar una parte del predio o todo el predio, incluso cuando la asistencia final del evento sea menor al aforo esperado. En ese sentido, es más relevante la cantidad esperada de público por sobre la cantidad que efectivamente asistió, y la definición de mercado y la búsqueda de establecimientos sustitutos debe tener ello en mente.

Como ejemplo de lo anterior, si bien el estadio San Marcos tiene autorización para albergar una capacidad de hasta cuarenta y tres (43) mil espectadores, por las condiciones del evento musical o la expectativa de asistentes, se puede decidir alquilar todo o parte del predio. Si el artista es comparativamente menos

³⁸ Cuando el pronunciamiento de un Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor, o de una Comisión o Dirección, requiera del previo pronunciamiento de otro de los órganos que conforman la estructura orgánica del INDECOPI, se suspenderá el trámite del primero, el mismo que continuará una vez emitido el pronunciamiento solicitado.

conocido, se puede preferir alquilar solo el sector norte del recinto pues se espera una acogida menor. En cambio, si el artista es de talla mundial, se puede preferir el alquiler del sector norte, oriente y occidente, además del campo.

Este es el argumento central con el cual se configuran dos mercados diferentes en los que participa la UNMSM: su estadio puede albergar dos tipos de eventos en la medida en que los asistentes pueden variar entre más de treinta (30) mil y entre diez (10) y treinta (30) mil. La diferencia de aforo es determinante para afirmar que existen hasta dos mercados distintos en la oferta del servicio.

- Existen diversos motivos, distintos a los referidos a la asistencia, que pueden variar la demanda de un local. La GEE recoge algunos de ellos: costos y potenciales dificultades de negociación con propietarios, ubicación, vías de acceso y salida, tipo de infraestructura, facilidades logísticas o autorizaciones de las autoridades correspondientes, entre otras. Estos factores también pueden inclinar la decisión de los organizadores de preferir un predio sobre otro, más allá del aforo, y definir la capacidad de sustitución de uno y otro.

Así, el mercado relevante del Estadio San Marcos se identifica en dos que están delimitados por el aforo de las infraestructuras analizadas y por el periodo que se modifica hasta el 2012 tras la re-imputación de cargos:

- El mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil asistentes en Lima durante el periodo 2008-2014.
- El mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil asistentes en Lima durante el periodo 2008-2014.

En el primer caso solo se identifican tres competidores que pueden albergar dicha cantidad de personas: el estadio Nacional (que no está contemplado como parte de la presente denuncia), el estadio San Marcos y el estadio Monumental, siendo este último el único de propiedad privada. En buena cuenta, no existe un recinto privado tan grande más que el estadio Monumental que pueda sostener eventos de más de treinta (30) mil espectadores.

De esta manera, y para efectos de la presente denuncia, en caso los estadios públicos se retirasen del mercado, entre ellos el Nacional y el de San Marcos, el estadio de la “U” sería el único al cual se podría acudir. Ello genera un problema de capacidad puesto que este recinto no podría albergar la cantidad de público liberado de la UNMSM que, como hemos visto, tiene aforos similares, puesto que si se realizan dos conciertos de más de treinta mil (30) en ambos estadios el mismo día, los que asistieron al estadio San Marcos no podría trasladarse al Monumental pues sobrepasarían el aforo.

Del mismo modo, se establecieron como barreras de entrada para el potencial levantamiento de nuevos predios privados las siguientes:

- La escasez de terrenos ubicados en zonas céntricas de Lima en cuyo espacio se pueda construir una infraestructura de más de treinta (30) mil asistentes.
- Los límites regulatorios y de consumo que impedirían el levantamiento de infraestructura en lugares céntricos de Lima, como la obtención de diversos permisos y la poca rentabilidad por falta de conciertos o de público interesado.

La existencia de estas barreras permite concluir que la oferta privada se mantendría escasa y que, en un futuro cercano, el Monumental no contará con alternativas privadas para satisfacer conciertos masivos.

En el segundo mercado –conciertos para una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas– se identifica que la oferta privada se compone de al menos siete establecimientos: Estadio Monumental, Predio de Global (cerrado indefinidamente al momento de redacción de Informe), Sector H del Jockey Plaza, La Pelouse del Jockey Club, Ex Centro de Equitación del Jockey Club, la Tribuna Popular del Jockey Club (cerrada indefinidamente al momento de redacción del Informe) y la Explanada Sur del Estadio Monumental.

Esto permite afirmar que, dependiendo del mercado evaluado, puede o no existir oferta privada que opere como sucedáneo en caso los recintos más utilizados para conciertos musicales no puedan estar disponibles en una fecha determinada.

En este caso, como la GEE ha estimado que se pueden albergar de diez (10) mil hasta treinta (30) personas, el predio privado debería tener una capacidad de, por lo menos, treinta (30) mil personas, sin perjuicio de que se puedan celebrar eventos con menor aforo en el mismo local. Es decir, el aforo de la oferta debe analizarse de manera global, puesto que un recinto que no esté condicionado para el margen de treinta (30) mil

personas no podría recibir la demanda liberada de San Marcos si, por ejemplo, en ese lugar se celebrase un concierto con esa esa cantidad de personas

¿En qué repercute esto? Pues en que el Monumental es el único recinto privado que cumple con esas condiciones y, por consecuencia, nuevamente se repite el escenario del mercado analizado anterior en el que existe una oferta privada y una oferta pública. Por este motivo el Monumental tampoco podría absorber la demanda liberada del estadio San Marcos en caso este no participara en el mercado.

Finalmente, se identifican las mismas barreras de entrada de potenciales competidores, relacionadas con las dificultades y desincentivos derivados de los costos hundidos para los privados por levantar un predio de iguales condiciones.

Una vez la Comisión vuelve a imputar los cargos en función los mercados descritos por la GEE, esta sugiere la necesidad de realizar un segundo informe bajo el cual se delimite el mercado de alquiler de infraestructura para eventos deportivos, en la medida en que es necesario conocer esta información para analizar el verdadero uso efectivo y eventual disponibilidad de los estadios pues, como se sabe, tienen, antes que nada, la naturaleza de coliseos deportivos.

De esta manera, se ordena a la Comisión una segunda suspensión del procedimiento, tiempo en el cual la GEE publica el Informe N° 032-2017/GEE que concluye lo siguiente:

- El mercado relevante del estadio Nacional durante el periodo 2008-2014 (acotado al 2012 tras la re-imputación), se define por el arrendamiento de infraestructura para partidos de la Selección Peruana de Fútbol en calidad de local, que se identifique de forma clara y distinta con la historia del equipo.
- En ese mercado relevante, no se ha encontrado oferta privada disponible. Ello porque el Nacional tiene una tradicional identificación con el equipo peruano de fútbol: es la *"la casa de la selección"*. Si bien esta ha albergado partidos en estadios privados como el Alejandro Villanueva – Matute, propiedad del club Alianza Lima, y el Monumental, propiedad de Universitario de Deportes, existe un arraigo unánime de la escuadra bicolor al estadio Nacional.
- Asimismo, una barrera, en sintonía con lo planteado en el primer informe de la GEE, es que el proceso para disponer de un estadio suele tomar tiempo y esfuerzos, además de acarrear complicaciones inmobiliarias.

- Por otro lado, en el caso del estadio San Marcos no se han organizado partidos de fútbol profesional de primera división ni de la Selección durante el periodo 2008-2014 (2012). Por ello, en atención a lo solicitado por la Secretaría Técnica de la Comisión, no corresponde definir su respectivo mercado relevante ni tampoco realizar el análisis de oferta privada disponible y de barreras a la entrada.

A partir de este nuevo estudio de la GEE la Comisión cuenta con mayores insumos para determinar la disponibilidad de los recintos deportivos más allá de su uso para conciertos musicales, lo que a la larga debiera permitir un análisis más completo de la posibilidad de que sean sustitutos a los que ya existen para ambos mercados analizados. Tras la recepción del mismo, la Comisión levanta la segunda suspensión del procedimiento y procede con la publicación de la resolución final de primera instancia.

b.2) Análisis del examen de subsidiariedad bajo las conclusiones de los informes de la GEE del Indecopi

Cabe preguntarnos ahora si, en el hipotético caso en que se retire el estadio San Marcos –como pretende Gremco–, ¿se podrían albergar en otros recintos conciertos para treinta (30) mil personas o entre diez (10) y treinta (30) mil personas? A continuación, evaluamos la decisión de la Comisión según los dos mercados identificados en función de la capacidad de absorción y, en caso fuera necesario, de las barreras de entrada.

- **Alquiler de infraestructura para eventos no deportivos de más de treinta (30) mil asistentes: capacidad de absorción**

La primera instancia concluye que la oferta para este mercado estaría constituida por los estadios Nacional (ajeno al presente procedimiento), San Marcos y Monumental, siendo que la única oferta privada es la del Monumental.

Se hace una atinencia respecto del fenómeno bajo el cual, cuando el estadio Nacional estuvo cerrado por refacciones entre el 2010 y el 2011, la mayoría de eventos se trasladaron al estadio San Marcos y no al Monumental. A nuestro criterio, esto revela una cuestión importante: que el estadio propiedad de Gremco no resulta ser un sustituto adecuado del recinto propiedad de la UNMSM. Los motivos –con los cuales coincidimos– serían los siguientes:

- El Monumental no resulta tan atractivo para los empresarios pues estos deben negociar con tres entidades distintas para alquilar la mayor extensión del recinto: con Gremco para la infraestructura, con el Club Universitario de Deportes para

el acceso de los músicos y del público a la cancha y con la Asociación de Palquistas para el uso de los palcos. Estas tres personas jurídicas no suelen tener la mejor coordinación según ha revelado la GEE, por lo que resulta poco atractivo negociar con ellas. Esto repercute en una preferencia por utilizar el predio de la UNMSM por sobre el que es propiedad de Gremco.

- Durante el periodo investigado ocurrieron ciertos eventos de naturaleza violenta en el Monumental, principalmente propiciados por hinchadas de los equipos de fútbol locales y/o visitantes, lo que ocasionó clausuras por parte de la Municipalidad de Ate. Estas y otras potenciales clausuras significan un desincentivo para la organización de eventos en este recinto.
- La propia ubicación resulta en un elemento disuasivo para los empresarios en la medida en que el Monumental se sitúa en el distrito de Ate que, en comparación con la ubicación del estadio San Marcos en el céntrico distrito del Cercado de Lima, cerca de avenidas importantes, resulta lejana para el público limeño en general, así como complicada para el ingreso y la salida por tener vías de tránsito deficientes.

Sin embargo, dado que el estadio Monumental sigue teniendo un desempeño en el mercado para eventos de más de treinta (30) mil personas, debe procederse con el examen de subsidiariedad, siendo que la Comisión concluye que nos encontramos frente a un escenario de concurrencia conformado por una empresa privada y una empresa estatal.

En ese sentido, y bajo la interpretación antes revisada del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM en el que el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales con carácter subsidiario que realiza el Estado, tenemos que no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención del estadio San Marcos no es subsidiaria, se debe demostrar que la oferta privada puede satisfacer la demanda liberada y que, en caso esta no sea suficiente para satisfacerla, no existan barreras que limiten la entrada de posibles competidores.

Vale decir que este examen es preclusorio, por lo que en el supuesto en que el Monumental no pueda cubrir la demanda liberada por la UNMSM, recién se evaluarán las barreras de entrada. Seguidamente, en el escenario en que sí existan barreras razonables que impidan la participación de nuevos competidores, se determinará que el Estado puede ejercer un rol subsidiario en este mercado.

La Comisión opina que existe una limitación en la oferta privada del Monumental para absorber la demanda que libere el estadio San Marcos. La razón se debe a la naturaleza misma del mercado. ¿Cómo así? Pues porque puede ocurrir que ambos recintos alberguen conciertos en la misma fecha, con lo cual el Monumental, debido a que tiene dimensiones similares y un aforo parecido, no podría absorber a los espectadores provenientes del estadio San Marcos.

En conclusión, el Monumental estaría incapacitado de cubrir la demanda liberada pues no contaría con capacidad para albergar, además del público que asistiría al Monumental, al que se libere de San Marcos. Ello dejaría sin oferta a parte importante de los consumidores de este mercado. Dicho razonamiento se aprecia en el siguiente extracto de la resolución de la Comisión que declara infundada la denuncia:

“En esa línea, en caso se arriende el Estadio Monumental para realizar un evento, se observa que la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada) de dicho establecimiento resulta ser la misma, debido a que en el servicio analizado requiere toda la infraestructura, así como la habilitación de permisos (por ejemplo, emitidos por la Oficina de Gobierno Interior) para la realización de un evento no deportivo, por lo que no podría realizarse más de un evento en la misma fecha, por lo que existe una limitación en la oferta privada para absorber la demanda que libere el Estadio San Marcos”.

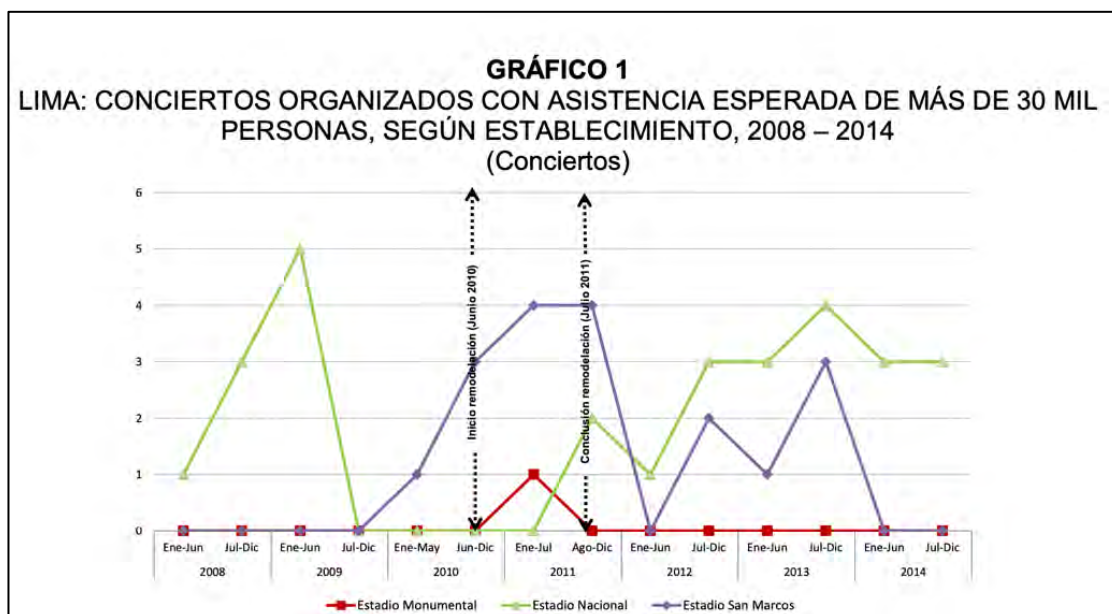
[el subrayado es nuestro]

Adelantamos que si bien nuestra conclusión es la misma que la de la Comisión –es decir, que el Monumental no estaría en la capacidad de absorber la demanda liberada de San Marcos– las razones por las cuales arribamos a dicha interpretación son diferentes ya que consideramos una mayor cantidad de variables no observadas por la primera instancia del Indecopi.

La Comisión incurre en un error al no evaluar las variables que le permitirían arribar a una conclusión objetiva y considerar como único motivo el hecho de que ambos estadios no puedan albergar más de un evento en la misma fecha. Como demostraremos, la experiencia empírica del periodo evaluado revela que la realización de dos conciertos para más de treinta (30) mil personas en un mismo día es prácticamente nula.

Antes de introducir los detalles que consideramos necesarios estudiar para determinar que, en efecto, el Monumental no cuenta con capacidad de absorción, es menester detenernos a cuestionar la única razón que es introducida por la Comisión. Sirviéndonos de la información recopilada por la GEE tenemos que, para el mercado de más de treinta

(30) mil asistentes en el periodo investigado de cuatro (04) años, entre el 2008 y el 2012 –como se recuerda, la Comisión modificó la imputación de cargos dentro de este periodo– hubo un total de treinta (30) conciertos en los tres recintos que, justamente, permiten el aforo del mercado analizado.



Cuadro elaborado por la GEE. Solo debe considerarse hasta julio-diciembre de 2012.

La distribución fue la siguiente: catorce (14) conciertos se celebraron en el estadio San Marcos, quince (15) en el estadio Nacional –que estuvo cerrado por refacciones durante algunos meses entre el 2010 y el 2011– y solo uno (01) en el estadio Monumental. En conclusión, tenemos que para poder absorber la demanda del estadio San Marcos, el Monumental tendría que haber albergado catorce (14) conciertos al adicional que efectivamente organizó. Esta capacidad de absorción no parecería tan complicada si consideramos que el periodo investigado finalmente evaluado por la Comisión –entre enero del 2008 y diciembre de 2012– es de cuatro (04) años, lo cual es un lapso relativamente extenso.

Así, si se eliminara al estadio San Marcos de la ecuación tendríamos que en cuatro (04) años el Monumental habría tenido que organizar un total de quince (15) conciertos, lo que equivale a 3.75 conciertos al año o, lo que es lo mismo, un concierto cada 3.2 meses. Vistos los números desde esa perspectiva, no pareciera difícil que el Monumental pueda absorber la demanda liberada de la UNMSM.

En los cuatro (04) años estudiados, ninguno de los quince (15) conciertos ocurrieron en la misma fecha. El único caso de superposición de conciertos en cualquiera de las tres sedes ocurrió el 23 de noviembre de 2011 cuando Fania All Stars organizó un evento

en el estadio Nacional y Lady Gaga realizó un concierto en San Marcos, pero este hallazgo no tiene relevancia debido a que la capacidad de absorción se debe analizar respecto del estadio San Marcos, no del Nacional. Sin perjuicio de ello, los casos efectivos de superposición siguen siendo ínfimos y podrían resolverse con una simple coordinación entre organizadores y predios.

Incluso atendiendo al hecho de que sí se celebraron en San Marcos dos conciertos en una misma semana –Iron Maiden el 23 de marzo de 2011 y Shakira el 25 de marzo de 2011– el propio GEE señala que esto es, justamente, una prueba de que los locales pueden condicionarse a ventanas más estrechas y que ese no es motivo para señalar que un recinto se encuentra incapacitado de albergar un concierto.

Vale decir que incluso cuando dos organizadores distintos pretendan realizar un evento el mismo día, el nivel de diligencia y de análisis del mercado de los organizadores reduce en prácticamente cero la posibilidad de que se realicen en el mismo espacio durante el mismo momento.

Tenemos así que, si solo se considerasen los conciertos, el Monumental sí podría absorber la demanda liberada por San Marcos y la UNMSM no vería justificada su concurrencia en ese mercado, amparándose de manera preliminar la denuncia de Gremco. En esa línea, si solo se analizara la variable que utilizó la Comisión, tendríamos una respuesta distinta en la medida en que quedaría demostrada la capacidad de absorción del Monumental.

Continuando con nuestra postura, es indispensable traer a colación otros factores más allá del hecho –falso– de que no se podría trasladar la oferta de un estadio a otro porque habría conciertos que podrían realizarse el mismo día. La disponibilidad del estadio Monumental es diferente a la de San Marcos pues, como se sabe, el primero es, eminentemente, un estadio de fútbol en donde de manera sostenida se organizan partidos, mayoritariamente, del club Universitario de Deportes, que ejerce las veces de local. Esto nos permite concluir que, aquellos días en donde la “U” o cualquier otro equipo juegue, no habrá disponibilidad para la celebración de conciertos en el coloso de Ate³⁹.

³⁹ Incluso si se planteara la posibilidad de que los partidos se jueguen en la mañana y se lleven a cabo los conciertos en las noches, el tiempo no es suficiente para instalar los escenarios y servicios varios que se estilan en un recinto de la envergadura del Monumental. Por ese motivo, se descarta por completo la posibilidad de que se lleve a cabo un concierto el mismo día en que se realice un partido.

Según la información recogida por la GEE en su Informe N° 032-2017/GEE, en donde realizó un análisis de mercado exclusivamente de la práctica del fútbol y de la ocupabilidad de los estadios, se reveló que el Monumental albergó durante los cuatro (04) años analizados 145 partidos de fútbol, distribuidos de la siguiente manera:

- 06 partidos internacionales de la selección peruana de fútbol.
- 110 partidos de Universitario de Deportes en calidad de local, tanto en torneos nacionales como internacionales.
- 29 partidos de la Universidad San Martín de Porres en calidad de local, tanto en torneos locales como internacionales, en la medida en que el estadio fue ocasionalmente cedido a ese club durante el periodo investigado.

En ese caso, y con el fin de graficar la periodicidad de ocupabilidad del Monumental, se concluye que, entre enero de 2008 y diciembre de 2012, es decir, en un lapso de 1,462 días, se celebraron 145 partidos de fútbol y un concierto, todos ellos realizados en jornadas diferentes. Para efectos de demostrar que el Monumental estaba, o no, en condiciones de absorber la demanda de San Marcos, debemos sumar la cantidad de eventos musicales a absorber (14), más la cantidad de conciertos del Monumental (01), más los días de partido (145).

En conclusión, el Monumental habría ocupado en un lapso de 1,462 días, 160 días para partidos de fútbol, para conciertos propios y para conciertos absorbidos por San Marcos o, lo que es lo mismo, se habría celebrado en el Monumental un evento –concierto o partido– cada nueve (09) días, aproximadamente.

Desde esa perspectiva, podría parecer razonable para algunos que cada nueve (09) días se lleve a cabo un evento en el Monumental. Sin embargo, sabemos que tanto partidos como conciertos –sobre todo, estos últimos– requieren de un tiempo adicional para instalar los equipos necesarios para el evento, como el escenario, las estructuras, el sonido, la iluminación, las pantallas de video y servicios varios para el público, desde puestos de comida, posta médica y hasta servicios higiénicos. En el caso de los partidos de fútbol, si bien el acondicionamiento del estadio no requiere de tanta logística, es necesario que el campo de juego, como insumo principal, se mantenga en buen estado, por lo que sería necesario considerar el tiempo de mantenimiento del campo de juego y demás instalaciones.

Asimismo, en partidos internacionales, tanto de la selección o de campeonato internacional de clubes, es una costumbre muy arraigada que los equipos visitantes hagan un reconocimiento del campo de juego, por lo que, mínimo, debieran de estar

disponibles un día antes del partido. Todos estos hallazgos, ignorados por la Comisión, deben ser parte de un nuevo cálculo vinculado con la ocupabilidad del estadio. Así, deben considerarse los días adicionales que tomaría la instalación de un concierto, el mantenimiento de la cancha o el reconocimiento de la misma por los equipos visitantes cuando haya encuentros internacionales.

La GEE ya nos brindó una pista sobre el número aproximado de días para instalar y desinstalar equipos en los conciertos de más de treinta (30) mil espectadores, o los que originalmente hayan pretendido esa cantidad de público. En ese sentido, vuelve a ser de utilidad la mención a los conciertos que se celebraron en el estadio San Marcos en una misma semana: Iron Maiden el miércoles 23 de marzo de 2011 y Shakira el viernes 25 de marzo. Vale decir que para ambos conciertos se separó todo el estadio, a pesar de que finalmente asistieron menos personas de las estimadas, 30.000 en el caso de Iron Maiden y 21.288 para Shakira.

Lo que nos permite demostrar la referencia anterior es que cuando el espectáculo ha tenido una acogida importante, y se ha previsto utilizar todo el recinto para albergar el mismo, es posible armar y desmantelar la infraestructura necesaria en un periodo cercano a tres días, en la medida que el primer concierto se realizó un 23 de marzo y el segundo y 25 del mismo mes. Eso nos arroja que instalar y desinstalar los equipos y la infraestructura para el artista, entre otros, puede tomar entre un día y medio a dos días, aproximadamente.

En el caso de conciertos de más de treinta (30) mil espectadores que incluyan más asistentes que Iron Maiden y Shakira es posible asegurar que el plazo de montaje se pueda extender hasta tres días y aplique el mismo para desinstalar los equipos y acondicionar el estadio para el partido.

Sumamos datos que si bien son de otros años y contextos pueden ser útiles para sostener estos números. El cantante de Pink Floyd, Roger Waters, realizó un concierto en el año 2018 en el estadio Nacional de Costa Rica, con un aforo aproximado de cuarenta y dos (42) mil personas para el que se necesitó de una semana, “trabajando noche y día”⁴⁰ para que hasta 250 personas instalaran los equipos, incluyendo el escenario, la pasarela y una pantalla gigante utilizada por el artista. Asimismo, en su

⁴⁰ Conforme revela el diario costarricense La Nación en el siguiente enlace: <https://www.nacion.com/viva/musica/ni-lluvia-ni-viento-han-detenido-los-trabajos/S43BZ7OL5ZBODKUESEAF3D7KWA/story/>

visita a Lima en el 2023, Waters eligió el estadio Nacional de Lima para dar un concierto similar, en el que se reportó una asistencia multitudinaria y la presencia de varios contenedores que habrían llevado números equipos e instalaciones desde El Callao⁴¹.

Bajo el supuesto anterior tendríamos que, para cada concierto de esta envergadura, debieran de sumarse un promedio de dos días y medio previo a la celebración y dos días y medio posterior al mismo, lo que inhabilita el recinto por un tiempo total de seis (06) días, sumado el propio día del evento. Estos datos nos permiten concluir que por concierto celebrado en el Monumental (01), sumado a los absorbidos por la demanda liberada de San Marcos (14) debemos considerar como ocupados la siguiente cantidad de días: $06 \times 15 = 90$.

Ello nos indica que se deben sumar a los 160 días en que hay concierto y partido los 90 días que tomaría acondicionar y a dismantelar los equipos que traigan los músicos para sus conciertos. Este resultado da un total de 250 días.

Asimismo, para mantener el campo de césped natural del estadio Monumental, se tiene que similares prestaciones, como la cancha del estadio Nacional, en donde también se celebran conciertos de música y tiene características muy similares a las del Monumental, suelen tomar, por lo menos, treinta (30) días por año⁴². En esa línea, se deben agregar 120 días adicionales en la medida en que el periodo investigado es de cuatro (04) años. Esto arroja un resultado de $250 + 120$ días en los que el Monumental se encuentra incapacitado, resultando en 370.

Finalmente, en el caso del reconocimiento de la cancha el día previo de partidos internacionales, tanto de la selección peruana como los encuentros de copa de los equipos que utilizaron el Monumental en el periodo investigado, tenemos que deben sumarse tres (03) días para los partidos que la selección peruana jugó en el estadio, además de diez (10) días por los partidos internacionales jugado de local por la “U” entre

⁴¹ De acuerdo con El Comercio y RPP, cuyas noticias se pueden revisar en los siguientes enlaces: <https://elcomercio.pe/luces/musica/roger-waters-en-lima-superioridad-estetica-y-un-valiente-manifiesto-politico-en-uno-de-los-conciertos-del-ano-pink-floyd-estadio-nacional-this-is-not-a-drill-noticia/> y <https://rpp.pe/musica/conciertos/roger-waters-derrumbo-el-muro-de-la-censura-e-injusticia-en-peru-cronica-noticia-1519872>

⁴² Instituto Peruano del Deporte. Plan de Mantenimiento a las Infraestructuras Deportivas a Nivel Nacional del IPD – 2024.

el 2008 y el 2012 y siete (07) por los partidos de la Universidad San Martín en ese mismo lapso⁴³. Ello suma un total de veinte (20) días adicionales.

En ese caso, de los 1,462 días que tiene el periodo investigado, el Monumental estaría ocupado en 390 de ellos, sin tener en cuenta eventuales extensiones que puedan surgir por multas y/o sanciones administrativas por disturbios futbolísticos⁴⁴ o de otra índole como, por ejemplo, pedidos expresos de artistas para reservar una fecha determinada o el poder de negociación de cantantes o bandas que, por su popularidad, pueden elegir la fecha de su presentación por sobre otras.

El ejercicio anterior indica que, en una situación normal, sin contratiempos, el Monumental debiera de celebrar eventos –partidos, conciertos y otros– en 390 días de 1,462, lo que resulta, aproximadamente, en un evento cada 3.7 días. Esto es inviable a nivel logístico y, aunque lo fuera, cualquier situación extraordinaria que obligara a un cambio perjudicaría la capacidad del estadio de absorber la demanda liberada de San Marcos.

A saber, realizar eventos en un estadio cada 3.7 días resulta logísticamente inviable, ya que el tiempo de montaje y desmontaje entre un evento y otro es considerable. La complejidad de coordinar equipos, infraestructuras y servicios, más la necesidad de garantizar la calidad y seguridad de cada evento, hace que un intervalo tan corto incremente costos y riesgos que afecten la experiencia. Esto se agudiza si consideramos las deficiencias del Monumental que han sido notadas por los informes de la GEE, vinculadas con la lejana ubicación, la dificultad del acceso y la negociación con tres personas jurídicas diferentes. Por esto mismo, el estadio de la “U” no se encuentra con la capacidad de absorber la demanda del estadio San Marcos.

Así las cosas, arribamos a la misma conclusión que la Comisión –no hay capacidad de absorción– pero no a partir del criterio facilista de la primera instancia del Indecopi que, como hemos probado, no resulta tampoco idóneo, sino desde una revisión más elaborada, con más y mejores insumos y con un análisis más amplio que no se agota solamente en descartar la posibilidad de que dos conciertos se puedan realizar el mismo

⁴³ La información ha sido proporcionada por la central de estadísticas de la página *Transfermarkt*.

⁴⁴ Recordemos que el Monumental ha sido escenario de un cúmulo de eventos que han permitido el cese de sus operaciones y el cierre al público. El más recordado es, sin duda, el penoso asesinato de Walter Oyarce por parte de David Sánchez Manrique Pancorvo y José Luis Roque Alejos durante un partido entre Alianza Lima y la “U” en 2011, donde el Monumental fue suspendido, originalmente, con quince (15) fechas.

día, sino que involucra una ocupabilidad global del recinto, considerando partidos de fútbol, conciertos, instalación de equipos y mantenimiento de las canchas.

Nuevamente, la Comisión se ha colocado en un supuesto que no analiza la realidad objetiva ni todas las variables necesarias, prefiriendo centrarse en un argumento que es cuestionable y que por sí solo no concluye la incapacidad del Monumental de absorber la demanda liberada.

Sin perjuicio de ello, insistimos en que tampoco han sido estimados de manera fáctica otros conceptos variables que pueden ocurrir como, por ejemplo, sanciones de inhabilitación del estadio Monumental, particularmente respecto de los sucesos como el lamentable fallecimiento de un hincha, u otros eventos de naturaleza inesperada como, por ejemplo, la reprogramación de partidos y/o conciertos por el motivo que fuere, la incompatibilidad general de fechas o, incluso, por propia iniciativa del artista, así como cualquier evento de fuerza mayor que se haya registrado entre el 2008 y el 2012.

Estos nuevos datos –variables por su naturaleza y cuya recopilación precisa se dificulta– sustentan más aún la posición de que el Monumental no se encontraría en la capacidad de absorber la demanda liberada del estadio San Marcos.

- **Alquiler de infraestructura para eventos no deportivos de más de treinta (30) mil asistentes: barreras de entrada**

Dado que ha quedado determinado que en el eventual caso en que el estadio San Marcos desaparezca del mercado, el Monumental no podría hacer frente a la demanda liberada por este, es necesario proceder con establecer si las barreras de entrada de posibles competidores identificadas por la Comisión son, efectivamente, tales. En el caso en que estas sean superables, la UNMSM no podría actuar como agente en este mercado. Caso contrario, si acaso quedara demostrado que las barreras impiden la entrada de ofertantes privados, queda confirmada la potestad de la UNMSM de cubrir la demanda del mercado bajo el rol subsidiario del Estado.

Las barreras identificadas por la GEE, que la Comisión hace suyas, corresponden a los esfuerzos sobredimensionados que se requieren para ingresar a competir en este mercado:

- La escasez de terrenos ubicados en zonas céntricas de la ciudad de Lima, para la construcción de un estadio de más de treinta (30) mil asistentes.

- Los límites regulatorios y de consumo que impedirían el levantamiento de infraestructura en lugares céntricos de Lima, como la obtención de diversos permisos y la poca rentabilidad por falta de conciertos o de público interesado.

La Comisión hace bien en concluir que la introducción de una empresa privada en este mercado solo tendría sentido si está dispuesta a asumir los costos hundidos que solo pueden ser recuperados en la medida en que la compañía se mantenga en dicho mercado.

Estamos de acuerdo con los motivos respecto de las barreras de entrada existentes consideradas por la Comisión, ya que reflejan con claridad la complejidad y el alto costo que enfrentan potenciales competidores en el mercado de arrendamiento de infraestructura para conciertos masivos. En particular, las barreras estructurales como los costos hundidos asociados a la construcción de nuevos estadios son una limitante significativa. Estos costos no solo incluyen la inversión inicial, sino también el tiempo prolongado de recuperación y la incertidumbre del retorno, factores que disuaden a los inversionistas de ingresar al mercado.

Además, las barreras representan obstáculos reales que no dependen de los operadores, sino de decisiones externas como las regulaciones municipales. La GEE cita casos puntuales como la negativa de permitir la construcción del estadio del Club Sporting Cristal o la suspensión de permisos en el distrito de Ate. Esto demuestra que el entorno normativo o político puede paralizar proyectos incluso cuando existe voluntad de inversión, lo que limita aún más la competencia en este sector específico.

Por último, la escasez de terrenos bien ubicados en Lima y la dificultad para conectarlos mediante transporte público refuerzan la conclusión de que estas barreras hacen que la actividad estatal, como la oferta del estadio San Marcos, tenga un carácter subsidiario. Esta situación justifica la intervención pública mientras no existan condiciones de mercado que permitan la entrada y permanencia sostenible de nuevos competidores que puedan cubrir la demanda de conciertos con asistencia mayor a treinta (30) mil personas.

- **Alquiler de infraestructura para eventos no deportivos de entre diez (10) y treinta (30) mil asistentes: capacidad de absorción**

De manera preliminar, la Comisión concluye, aplicando lo dispuesto por el GEE, que el otro mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, podría incluir

a los recintos cuyo aforo es menor al límite de treinta (30) mil asistentes en la medida en que, en algunos casos, se puede alquilar una parte de recintos más grandes o que recintos más pequeños se ubican dentro del rango del mercado analizado.

Seguidamente, se indica que del universo de predios no se han considerado aquellos que se encontraban cerrados al momento de la publicación de la resolución, como el denominado Predio del Global, con capacidad de hasta treinta (30) mil personas. Del mismo modo, otros establecimientos que solo permiten un aforo menor de diez (10) mil personas deben ser descartados pues no podrían ubicarse dentro del rango identificado. Aquellos eliminados por este motivo son el Ex centro de equitación del Jockey Club, la explanada Sur del Estadio Monumental y la explanada del Parque de la Exposición, distinta al anfiteatro. Tras desestimar los recintos anteriores, se contemplan los siguientes:

- Estadio Nacional (alquilando una parte)
- Estadio San Marcos (alquilando una parte)
- Estadio Monumental (alquilando una parte)
- Sector H del Jockey Club (con capacidad de hasta veinte mil personas)
- La Pelouse del Jockey Club (con capacidad de hasta veinte mil personas)

La Comisión decide acotar aún más la lista por el motivo de que el mercado relevante analizado –entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas– debe poder absorber la capacidad del estadio San Marcos. Como establecimos previamente, debido al aforo multitudinario del estadio de la UNMSM existe la posibilidad de que este albergue una cantidad mayor de personas que no pueda trasladarse a un recinto que tenga una capacidad menor.

En buena cuenta, si bien es cierto que en el estadio San Marcos pueden celebrarse conciertos con una asistencia relativamente menor en la medida en que se alquile solo una parte del estadio, por ejemplo Juanes en el 2012 –donde se separó la parte norte más la mitad del campo pensando que asistirían hasta veinte (20) mil personas– y estos eventos sí podrían haber sido absorbidos por el Sector H o la Pelouse del Jockey Club, estos predios no alcanzan el rango de treinta (30) mil que debe cumplirse para poder absorber una eventual liberación del público de San Marcos en caso se celebren conciertos hasta esa cantidad de personas.

En otras palabras, para descubrir si determinado recinto puede absorber la demanda liberada del estadio San Marcos se debe considerar el máximo posible de ocupación de

dicho estadio. Si un evento que fuera a realizarse en el estadio San Marcos albergara solo quince (15) mil personas, entonces sí existen locales alternativos que podrían absorber esa demanda, pero el punto clave está en cómo el Indecopi define el mercado relevante en la medida en que busca sustitutos plenos, no parciales.

Para que un local sea considerado sustituto real –pleno– y, por tanto, parte de la oferta privada disponible, debe ser capaz de albergar eventos en cualquier punto del rango entre diez (10) mil y treinta (30) asistentes. Como se ve, no se puede realizar un examen casuístico –supuesto en el cual se podrían considerar sustitutos parciales– pues siempre que pueda celebrarse un concierto de hasta treinta (30) mil personas en el estadio San Marcos, todos los demás recintos deben estar en la capacidad de absorber, al menos, esa cantidad de público. Por esos motivos se descartan el Sector H y la Pelouse del Jockey Club, quedando los siguientes:

- Estadio Nacional (alquilando una parte)
- Estadio San Marcos (alquilando una parte)
- Estadio Monumental (alquilando una parte)

De esta manera, e incluso considerando las características poco atractivas del estadio Monumental que pone en relieve la GEE, y que hemos nombrado antes en este documento, se estima esta como la única infraestructura privada que por su aforo puede satisfacer la demanda para la celebración de espectáculos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas. Por ese motivo, tenemos que para este mercado, así como en el caso anterior nos encontramos frente a un escenario en el que coexisten una empresa privada y una estatal.

Al igual que en la situación previa, para concluir que la intervención a través del estadio San Marcos no es subsidiaria, se debe demostrar que la oferta privada puede satisfacer la demanda liberada o que, en caso esta no sea suficiente para satisfacerla, no existan barreras de entrada. En este caso, sabiendo que es posible alquilar el estadio por partes y no completo, la Comisión también hace la atinencia referida a que la eventual capacidad de absorción de la oferta –la diferencia entre la capacidad instalada y la oferta utilizada– es la misma para ambos recintos. Por ese motivo es que no podría realizarse más de un evento en un solo día, siendo que la primera instancia estima que la oferta privada no se encuentra en condiciones de cubrir la demanda liberada por la UNMSM en caso se retire del mercado, por lo que este cumpliría de manera preliminar con el rol subsidiario.

Nuestra crítica al razonamiento de la Comisión resulta ser la misma que en el caso previo: no se utilizan los insumos necesarios para arribar a tal conclusión. El único comentario respecto de que el Monumental no podría recibir la oferta liberada de la UNMSM es, nuevamente, que *“no se pueden celebrar dos eventos en la misma fecha”*, pues la diferencia entre la capacidad instalada del Monumental y la oferta utilizada de San Marcos sería la misma; sin embargo, la Comisión no corrobora de manera empírica aquella premisa. Así como en el mercado de más de treinta (30) mil personas, no existe un adecuado contraste.

Como se recuerda, para el mercado anterior la Comisión insiste en que tampoco se puede realizar más de un evento en la misma fecha en ambos estadios, siendo que, como demostramos, ningún concierto realizado en el estadio San Marcos coincidía en fechas con el único realizado en el Monumental. Para corroborar la capacidad de absorción fue necesario introducir algunas variables de ocupabilidad adicionales, como los partidos de fútbol, el tiempo de instalación de los equipos para los conciertos y otros factores individuales que pudieran surgir en el momento.

Un primer acercamiento de análisis en este escenario podría llevarnos a concluir que no es necesario introducir otras variables en la medida en que, a diferencia del mercado analizado previamente, la cantidad de conciertos destinados a un público de entre diez (10) mil a treinta (30) mil personas es tal que sí se configura un sobre-posicionamiento de eventos en una misma fecha. En otras palabras, como los conciertos para una menor cantidad de público ocurren con mayor frecuencia, sí puede suceder que algunos conciertos en el estadio San Marcos fueron celebrados el mismo día que los que se realizaron en el Monumental, por lo que este no podía absorber la demanda.

A saber, según la GEE se realizaron durante el periodo investigado (2008-2012) un total de doscientos veinte (220) conciertos cuyo aforo fue de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas. Como se aprecia, la cantidad de conciertos es considerablemente mayor que la del mercado para más de treinta (30) mil personas por lo que, de manera preliminar, es posible asumir que la ocupabilidad de todos los predios con capacidad para albergar el rango de público estimado para este mercado es mayor y que, por tanto, la capacidad del Monumental de absorber la oferta liberada de San Marcos es más estrecha.

Por motivos de mantener solo como predios sustitutos a los que puedan absorber hasta las treinta (30) mil personas, por cuanto es necesario considerar un escenario en el que San Marcos hubiera organizado un concierto que originalmente estaba destinado más

de treinta (30) mil asistentes pero al que asistieron menos, se debe considerar la intercambiabilidad del estadio Monumental y del estadio San Marcos.

Por ejemplo, solo en el caso del estadio San Marcos sabemos que se celebraron dieciséis (16) conciertos que, independientemente de la asistencia final, estaban programados para recibir entre diez (10) y treinta (30) mil asistentes entre los periodos 2008-2012. Es importante recordar que podemos asumir que los organizadores tenían programada una asistencia determinada que finalmente los inclinó a utilizar el estadio San Marcos porque, como se ha establecido previamente, los estadios se pueden alquilar por zonas.

Zona habilitada (capacidad máxima)	Nombre del concierto (año)	Asistencia	Nombre del concierto (año)	Asistencia
ESTADIO COMPLETO: 52 954 personas	Gianmarco (2012)	52 954	Iron Maiden (2011)	30 000
	Bon Jovi (2010)	47 000	Shakira (2011)	21 288
	Metallica (2010)	45 217	Aerosmith (2011)	20 796
	Jesús Adrian Romero (2013)	40 000	Fiesta Latina (2011)	20 000
	Juan Luis Guerra (2011)	38 712	Lady Gaga (2012)	19 851
	Green Day (2010)	35 000	Marc Anthony (2011)	15 000
	Fiesta Latina (2010)	35 000	Festival Salsa Giants (2013) ^{NI}	4 505
	Fania All Stars (2011)	30 000		
	Pearl Jam (2011)	30 000		
OCCIDENTE + CAMPO: 20 000 personas	Lima Hot Festival (2010)	20 000		
NORTE + MITAD DE CAMPO: 20 000 personas	Juanes (2012)	10 000	Tercer Cielo (2013)	nd
	Blur (2013)	7 000		
NORTE: 15 000 personas	Acustirock 3 (2012)	10 878	Evanescence (2012)	5 545
	Calle 13 (2011) ^{NI}	10 000	Acustirock 5 (2014)	5 000
	Acustirock 4 (2013)	9 627	Juntos por el Rock (2013)	3 983
	Slayer (2011)	8 000	Noel Gallagher's High Flying Birds (2012)	3 616
	Gustavo Cerati (2010)	7 000	Bad Religion (2011)	2 000
	Korn (2010)	6 000	Jorge Gonzales Ríos (2012)	2 000

Cuadro elaborado por la GEE. Solo debe considerarse los conciertos entre 2008 a 2012.

Es por ello que puede haber una incongruencia entre el espacio alquilado (por ejemplo, la tribuna norte del estadio San Marcos con capacidad de hasta quince mil personas) con la cantidad final de asistentes (el concierto de Gustavo Cerati del 2010 en esa misma zona, en la que finalmente asistieron siete mil personas). Como señalamos previamente, se debe tomar en consideración el espacio alquilado antes del concierto o, lo que es lo mismo, la cantidad proyectada y no la cantidad efectiva de asistentes, pues este es el número que estimaron originalmente los organizadores y lo que los habría motivado a alquilar determinado predio o determinado espacio dentro de un predio.

Dentro del periodo investigado en San Marcos se celebraron once (11) conciertos en los que se proyectaba una asistencia de entre diez (10) mil a treinta (30) mil personas. Si

bien en ocho (08) de ellos hubo una asistencia menor a diez (10) mil, este factor no es determinante en la medida en que, como mencionamos en el párrafo previo, importa el público estimado –bajo el cual se hace la reserva y alquiler del estadio– y no el público que finalmente asistió al evento.

Así las cosas, tenemos que en once (11) ocasiones se pudo haber trasladado la demanda al Monumental, alquilándose solo una parte. Como se aprecia, el número de conciertos es parecido a la cantidad que habría absorbido el mismo predio para el mercado de más de treinta (30) mil personas, que fue de catorce (14). Si bien esto es interesante si consideramos que los conciertos para público menor son abrumadoramente mayores queda demostrado que, finalmente, los otros predios más pequeños, incluso por debajo del aforo de diez (10) asistentes, suelen organizar la mayoría de eventos musicales.

Sin perjuicio de que, por la cantidad parecida de conciertos ya estaríamos en condiciones de reconocer que no se podría absorber la demanda, en honor a la objetividad, y en la medida en que defendemos una postura que revisa los insumos con detenimiento para llegar a una conclusión práctica, analizamos las variables revisadas previamente

Así las cosas, teníamos que, además de los días reservados para los conciertos debían separarse los días promedio en los que tomaba montar y desmontar la infraestructura necesaria para los conciertos de esta envergadura, los días en los que había un partido de fútbol, los días en los que se hacía mantenimiento de las canchas del Monumental y los días en los que los equipos visitantes hacían reconocimiento del campo de juego en las competiciones internacionales.

Vale señalar que, si bien casi todas las variables mantienen la misma lógica de días en la medida en que son externas a los conciertos, hay una que se ve directamente vinculada: la cantidad de días promedio que toma montar y desmontar conciertos. A continuación veremos la razón del cambio de criterio de este factor. Anteriormente se consideró un promedio de tres días para los conciertos de más de treinta (30) mil personas, pero considerando que en este mercado los conciertos tienen menos aforo y, por ello menos equipos, sostenemos que un tiempo prudente de instalación y desinstalación de equipo puede ser de dos días. En ese caso, deben sumarse cuatro (4) y no seis (6) jornadas al cálculo final, además del propio día del concierto.

Todas esas variables, en el contexto actual del mercado de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, en las que se trasladarían once (11) conciertos al Monumental, suman la siguiente cantidad de días en las que el recinto estaría ocupado:

- Cantidad de conciertos: 11
- Días promedio que toma montar y desmontar conciertos: 44 en total (cuatro días en vez de seis, a diferencia del mercado anterior)
- Días de partidos de fútbol: 145 en total
- Días de mantenimiento a las canchas: 120 en total
- Días de reconocimiento del campo: 20 en total

Lo anterior suma un total de 340 días de ocupabilidad del estadio en un periodo de 1,462 días, lo que nos permite concluir que el Monumental tendría que albergar un evento – sea cualquiera de los señalados en los puntos anteriores– cada 4.3 días. Si bien es un rango mayor al identificado para el caso del mercado de más de treinta (30) mil personas –en donde el resultado arrojó un evento cada 3.7 días– sigue siendo sumamente acotado, por lo que se concluye que esta eventual absorción también resulta inviable a nivel logístico y, aunque lo fuera, cualquier situación extraordinaria que obligara a un cambio perjudicaría la capacidad del estadio de absorber la demanda liberada de San Marcos puesto que no habría suficiente margen.

Por los motivos indicados previamente la conclusión sobre la absorción del Monumental en el eventual caso de la retirada de la UNMSM es la misma para ambos mercados analizados: el estadio de la “U” no se encuentra en capacidad de tomar el público saliente de la UNMSM. No obstante ello, y como hemos expuesto, somos sumamente críticos con la ligereza con la que la Comisión evaluó –o, en realidad, no evaluó– los insumos mínimos necesarios para concluir que, en ambos tipos de mercado, el Monumental no podía absorber la eventual demanda liberada del estadio San Marcos.

- **Alquiler de infraestructura para eventos no deportivos de entre diez (10) y treinta (30) mil asistentes: barreras de entrada**

La Comisión determina que las barreras son las mismas que las identificadas en caso del mercado de eventos con asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas. Ello se debe a que los potenciales predios que debieran de levantar los competidores interesados en ingresar a este mercado son los mismos en envergadura y tamaño que en el anterior, puesto que el rango de treinta (30) mil asistentes debe estar incluido.

Así, la escasez de terrenos y los costos vinculados con el levantamiento de las infraestructuras siguen siendo limitantes importantes para la introducción de nuevos competidores. En vista de que los motivos son idénticos a los ya expresados para el mercado de más de treinta (30) mil asistentes, nuestra opinión para las barreras de entrada en este caso también coinciden con las de la Comisión, es decir, convenimos en que existen barreras estructurales que impiden el surgimiento potencial de nuevos competidores.

Ante ello, se reitera la conclusión de la Comisión: la actividad empresarial ejercida por la UNMSM en este mercado es subsidiaria puesto que la oferta privada no es suficiente para proveer el servicio demandado, siendo que opinamos de manera similar en cuanto al resultado –este es, la superación del examen de subsidiariedad como segundo hito de la metodología del precedente de la Pollería El Rancho– pero no en cuanto a la manera de arribar al mismo en la medida en que la capacidad de absorción de una eventual demanda liberada de la empresa estatal sigue mayores y diferentes criterios.

c) Análisis del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional

Tras haber analizado los dos hitos previos de la segunda fase de la metodología, cabe elaborar el tercero: aun cuando exista una ley expresa que avale, *a priori*, la presencia del Estado como empresario, e incluso cuando haya quedado demostrado que la oferta privada es insuficiente para satisfacer una necesidad, debe demostrarse que la oferta pública es materia de interés público o de conveniencia nacional.

Antes de evaluar la decisión de la Comisión, es necesario acotar el término, eminentemente subjetivo, de interés público. Para algunos autores⁴⁵, *“la precisión del interés general se revela imposible por ser un concepto de contenido contingente, variable según las épocas, las técnicas y las formas sociales”*. De esta posición, por ejemplo, se advierte el carácter mutable del concepto, con lo cual resulta impreciso definirlo de manera extensa, debiéndose siempre advertirse de un contexto temporal y geográfico particular.

⁴⁵ Cores Damiani, C. A. de, & Cal, J. M. (2007). El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, (11), 131–140.

Con el afán de superar esa aparente mutabilidad Escola⁴⁶ opina que el interés público “*el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable*”. Si bien consideramos la definición oportuna, tampoco está exenta de comentarios. Uno de ellos refiere al posible factor tiránico que nace a partir de la asignación a toda una comunidad de la apreciación mayoritaria de los individuos. Si bien el concepto de interés deviene de un consenso, este es únicamente respecto del que alcanza una colectividad determinada.

Sin perjuicio de ello, y a la luz del pragmatismo que abanderamos, somos de la opinión de que lo dictado por una mayoría es la forma más práctica de comprender las necesidades colectivas y, por consiguiente, de interpretar aquello para lo cual tienen un interés. La llamada “tiranía de la mayoría” no debe comprenderse respecto del resultado, sino del proceso deliberativo que antecede a la toma de una decisión. Justamente, es mediante el consenso y el debate –en democracia, por cierto– que las minorías tienen la posibilidad de verse reflejadas. Es por ello que nos acogemos a la definición de Escola, pues comprende un procedimiento deliberativo previo que evita una tiranía de la mayoría.

Así las cosas, la jurisprudencia peruana, liderada por la opinión del Tribunal Constitucional, como bien saben quiénes han leído nuestras discreciones sobre precedente vinculante, indica que por interés nacional debe comprenderse lo siguiente⁴⁷:

“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

(...)

Consecuentemente, el interés público 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

⁴⁶ Escola, H. (1989). El interés público como fundamento del derecho administrativo. Publicado en Revista de Derecho Público N° 10. Buenos Aires (160).

⁴⁷ Ver sentencias contenida en los expediente N° 0090-2004-AA/TC y 00026-2021-PI/TC.

en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

(...)

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. (...) la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso”.

Es claro que la noción que nos compete es profunda y que, muchas veces, su interpretación se somete a opiniones cuyo valor, objetividad o tecnicismo pueden ser puestos en tela de juicio. Precisamente, el expediente en autos es un ejemplo de cómo la autoridad administrativa no contempla el rigor suficiente.

También resulta amplio el debate en el que se cuestiona quién debe verter de contenido el concepto de interés público, si acaso el Congreso de la República al postular la ley habilitante de la actividad empresarial del Estado, o el Indecopi. Somos de la opinión de que el poder legislativo es el encargado de dar forma y sentido a las normas que emite su fuero puesto que, como en el caso del primer hito de la metodología –ley expresa habilitante– la restricción a la regla general de que el Estado no puede interferir en el mercado en donde compiten los privados debe provenir del consenso del parlamento.

En el presente caso se extrae el interés nacional no a partir de un consenso arribado a raíz del debate jurídico relacionado con la concurrencia del Estado como agente empresarial, sino a partir de la lectura de la norma fundamental: la Constitución. En este caso, la primera instancia del Indecopi interpreta el tercer hito de la segunda fase de la metodología en base a la carta magna. Uno de los primeros derechos enmarcados en dicho documento resulta ser identificado en el numeral 8 del artículo 2, bajo el cual toda persona tiene derecho:

“A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”

En vista de que se reconoce el derecho de estimulación artística y cultural, y sumado a que en la literalidad del artículo se indica al Estado como impulsor de la cultura, entonces la Comisión concluye que el aparato público cumple esa prerrogativa al promover un

espacio en el que se pueden desarrollar conciertos de música como expresión netamente cultural.

Así, el interés nacional se materializa por mandato constitucional, cumpliéndose el último hito de la metodología para el análisis de la permisibilidad del rol subsidiario. De esta manera, habiendo superado satisfactoriamente la pregunta de si es o no una actividad empresarial el alquiler de espacios para la celebración de conciertos públicos y habiendo superado los requerimientos de ley expresa, el examen de subsidiariedad – en la medida en que se ha demostrado que no hay oferta privada suficiente ni tampoco podría haberla– e interés público o manifiesta conveniencia nacional, la Comisión decide declarar infundada la denuncia de Gremco bajo el razonamiento de que el estadio San Marcos puede intervenir en el mercado bajo una premisa subsidiaria.

Si bien nuestra posición respecto de este tercer hito es distinta a la arribada por la Comisión, en la medida en que esta corresponde a la que emite la Sala, preferimos llevar aquel debate al siguiente punto.

6.4. ¿Hizo bien la Sala en confirmar la decisión de la Comisión?

Posición de la Sala

Posterior a la apelación de Gremco, la Sala confirmó la decisión de la Comisión que declaró infundada la denuncia, modificando el extremo referido a la justificación de interés nacional.

Gremco argumentó en su apelación que (i) en el caso del primer hito de la segunda fase de la metodología la Comisión hacía una interpretación retroactiva de la norma, pues la Ley Universitaria utilizada ya había quedado derogada; (ii) tampoco se hacía un estudio motivado de las razones por las cuales esta ley derogada permitiría a la UNMSM realizar actividad empresarial; y (iii) no se argumentaba de manera razonable el supuesto interés público o manifiesta conveniencia nacional al permitir que la universidad concorra con los privados en el mercado en la medida en que se citaba la Constitución y no la propia norma habilitante. Por su parte, y como respuesta a los argumentos de la apelante, la Sala indicó lo siguiente:

- Con referencia a la supuesta aplicación ultractiva de la Ley N° 23733 –que se vincula a su vez con el primer hito de ley expresa– se indica que, dado que en el tiempo en que se suscitaron los hechos, y que al momento en que fue planteada la denuncia la regulación universitaria se contenía en dicha ley, esta es la

aplicable a la controversia y no la posterior Ley N° 30220, con lo que no es válida la argumentación de Gremco.

- En relación con la motivación de las razones por las cuales esta ley derogada permitiría a la UNMSM realizar actividad empresarial, la Sala insiste en lo referido a que esta norma contiene en sus artículos 2 y 79 las habilitaciones para que la universidad pueda disponer su estadio en alquiler. Particularmente, indica que el artículo 79 no solo *“permite a las universidades realizar actividad de contenido económico, sino que delimitaba el ámbito de las prestaciones económicas que pueden ser brindadas”* y que el dispositivo *“establecía que las prestaciones empresariales que realicen las universidades deben ser compatibles con su finalidad”*, lo que se sostiene en la medida en que uno de los objetivos establecidos en la ley es la transmisión de la cultura. Por este motivo tampoco se atiende el fundamento de la apelante.
- En lo vinculado con el argumento de que la Comisión no motiva adecuadamente la razón de la justificación del interés público, la Sala acoge parcialmente el sustento de Gremco puesto que, si bien considera que finalmente se justifica la actividad empresarial de la universidad, este fundamento no se encuentra en la Constitución. La razón del derecho al fomento a la cultura pactado en el numeral 8 del artículo 2 de la Constitución, como pretende la Comisión, no es correcta puesto que esta no resulta ser la ley habilitante. Sin perjuicio de ello, si se revisa dicha ley, la propia Ley N° 23733 – Ley Universitaria en vigencia al momento de la denuncia y su artículo 2, se menciona que uno de los fines que persiguen las universidades es el de la conservación y transmisión de la cultura. En ese sentido, y como resulta lógico que los conciertos de música promueven la cultura sonora, se cumple con el interés público.

¿Cuál es nuestra postura?

Si bien saludamos los criterios sobre definición efectiva de actividad empresarial que se hizo en su oportunidad, y otros que se detallarán en este acápite, el razonamiento general de la Sala no podría resultar del todo positivo puesto que no realiza los cuestionamientos pertinentes referidos a los hechos por los que el segundo hito de la metodología, vinculado con el mercado relevante, no contempla los insumos básicos necesarios para sostener que –en ambos mercados– el estadio Monumental no se encontraba en condiciones de absorber la oferta liberada desde San Marcos. Si bien las

conclusiones arribadas son las mismas, la Sala pudo haber revelado la falencia probatoria de aquella conclusión de la Comisión.

Consideramos que la delimitación del mercado que llevan a cabo los informes de la GEE, sobre todo el N° 024-2016/GEE, asume algunos axiomas que no se encuentran debidamente fundamentados. A saber, el estudio acota el mercado de alquiler de infraestructura para conciertos de treinta (30) mil y entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas en función de variables objetivas como pueden serlo los aforos de distintos espacios y, particularmente, la posibilidad de alquilar la totalidad de los estadios o una parte de estos. Sin embargo, también introduce variables poco objetivas e insuficientes, cuya medida no es desarrollada de manera satisfactoria por la GEE. Resulta problemática la rapidez con la que la Comisión, sin ser cuestionada por la Sala, arriba a la decisión de que el Monumental no podría absorber la demanda eventual liberada por el estadio San Marcos.

Como hemos desarrollado ampliamente, el argumento de que en ninguno de los dos mercados estudiados el estadio de la "U" habría podido recibir la demanda liberada de la UNMSM en caso se hubieran celebrado dos conciertos el mismo día no solo es falsa – en la medida en que era virtualmente imposible que esto ocurriera– sino que, incluso así, una distribución que solo considerase conciertos no sería la correcta. Debieron sumarse al debate variables más sofisticadas vinculadas, entre otros, al tiempo que toma montar y desmontar los equipos para los conciertos y los días en los que el Monumental habría estado ocupado por cuestiones vinculadas al fútbol que, en buena cuenta, corresponde a su principal función.

Sin perjuicio de ello, la Sala hace bien al cambiar el paradigma con el que venía la Comisión respecto de la modificación del argumento del tercer hito sobre justificación del interés público resulta positivo. En primer lugar, el hecho de que el derrotero metodológico del precedente de la Pollería El Rancho en función del tercer hito referido a la demostración de un interés nacional en la actividad empresarial no requiere la interpretación de la autoridad administrativa, tan solo la comprobación de que el cuerpo normativo que la facultaría señala una razón de interés público. En otras palabras, el Indecopi no debe hacer una valoración de si acaso se cumple el objetivo de interés de la conducta, sino solo debe remitirse a revisar si la ley invocada señala que dicha conducta, en efecto, cumple con satisfacer un fin determinado para la población.

En segundo lugar, se precisa que la justificación que, como vimos, debe estar expresamente pactada y no debe estar sujeta a interpretaciones de la autoridad de competencia, debe provenir de la misma ley habilitante. Esto es, que debe revisarse el mismo documento del primer hito: la ley expresa que contiene el aval de la conducta. En el caso que nos convoca, la Comisión sustenta que el interés nacional de la intervención del estadio San Marcos en el mercado de alquiler de infraestructura para conciertos públicos de cierto aforo se encuentra amparado por el numeral 8 del artículo 2 de la Constitución. Sin embargo, la norma habilitante para que la UNMSM pueda, justamente, concurrir en el mercado indicado, es la Ley Universitaria vigente al momento, tal como lo señala el precedente de observancia obligatoria de la Pollería El Rancho:

“La autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito”.

Consideramos que la referencia a *“la ley que autoriza la actividad”* es un precepto suficientemente claro como para argumentar que esta es la que permite que la UNMSM pueda alquilar –y absorber los réditos derivados de esta contratación– siempre que los fines sean compatibles con su naturaleza de casa de estudios. En ese caso, la Comisión comete un error al alejarse de lo indicado por el precedente de la Pollería El Rancho y justificar el interés nacional en una norma que, si bien es la fundamental del sistema jurídico peruano, no es la que autoriza expresamente la actividad.

Así las cosas, hace bien la Sala en referir a la Ley N° 23733 – Ley Universitaria vigente al momento de los hechos, y no a la Constitución, para justificar el tercer y último hito de la segunda fase de la metodología para determinar la actividad subsidiaria. Dicha ley señala en el literal a) de su artículo 2 lo siguiente:

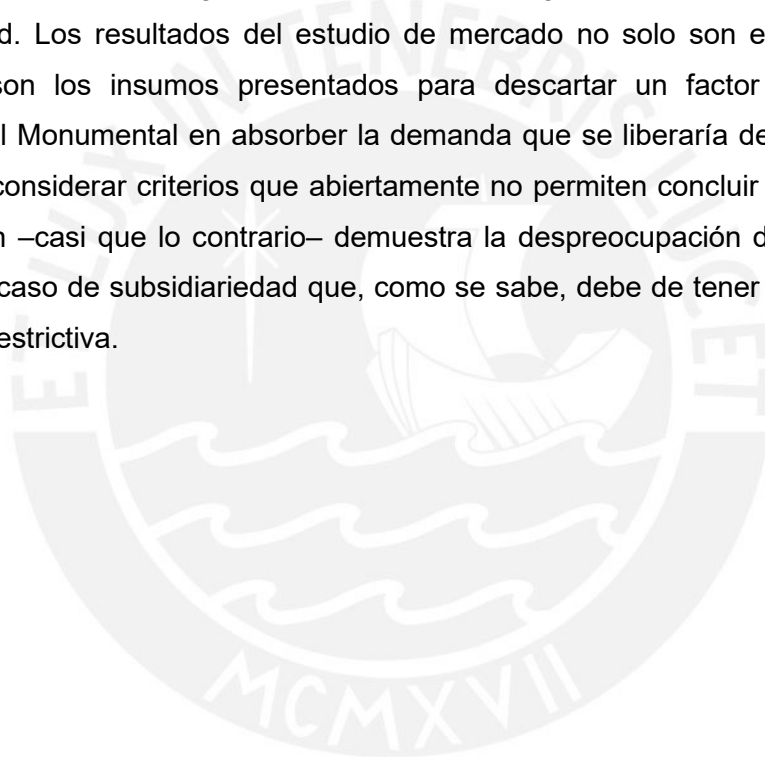
“Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales (...)”

En vista de que la metodología indica que tan solo debe la autoridad confirmar que el presunto interés público se encuentra plasmado en la norma habilitante, la Sala parece haber culminado su trabajo.

A manera de resumen concluimos en que la Sala decide de manera positiva en relación a dos argumentos presentes en el examen de la presunta vulneración al artículo 14.3 de la LRCD puesto que tiene una opinión correcta sobre (i) los alcances de la actividad empresarial, independizándola de la figura del autofinanciamiento, (ii) la ley expresa en lo referido al primer hito de la metodología del precedente de la Pollería El Rancho, y (iii) respecto del cumplimiento del tercer hito sobre interés general o manifiesta conveniencia nacional, en donde incluso corrige –de manera saludable– a la Comisión.

Sin embargo, la Sala es cómplice de la Comisión en un punto particularmente problemático de la decisión en la medida en que no cuestiona la ligereza con la que se lleva el segundo hito de la segunda fase de la metodología, vinculado con el examen de subsidiariedad. Los resultados del estudio de mercado no solo son equívocos, sino también lo son los insumos presentados para descartar un factor sustancial: la capacidad del Monumental en absorber la demanda que se liberaría del estadio de la UNMSM. Al considerar criterios que abiertamente no permiten concluir la incapacidad de sustitución –casi que lo contrario– demuestra la despreocupación del Indecopi de sustentar un caso de subsidiariedad que, como se sabe, debe de tener una aplicación sumamente restrictiva.



7. Conclusiones

- **El régimen económico de la Constitución peruana contempla un modelo ecléctico que admite la participación estatal en el mercado bajo condiciones específicas. Este dispensa es positiva en el marco de un Estado Social de Derecho.**

El análisis del presente expediente permite confirmar que la economía social de mercado, consagrada en los artículos 58 y 60 de la Constitución, y que se materializa a través del rol subsidiario del Estado, es un acierto.

Esta comprensión del régimen económico contempla las bondades de un sistema en el que los privados tienen la prerrogativa de la generación de riqueza en un espacio de sana competencia que promueve la eficiencia y la innovación, y en el que el Estado se avoca a la persecución de su fin teleológico en la medida en que garantiza la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos que no necesariamente se pueden proteger a través de la empresa privada.

Dicha estructura permite que los privados alcancen su potencial y un Estado focalizado y eficiente, en donde se armonicen los intereses de ambos que, en otras circunstancias se verían enfrentados, como lo son la eficiencia económica y la justicia social, evitando tanto el monopolio estatal como la omisión frente a necesidades insatisfechas de la población.

Uno de los aportes del presente informe es la defensa de una visión funcional del rol subsidiario. Esta perspectiva reconoce que, bajo ciertas condiciones, la participación estatal no solo no perjudica el mercado, sino que lo fortalece, mejorando la calidad, accesibilidad y asequibilidad de los servicios. Ello, siempre y cuando, se hayan delimitado concretamente los campos de influencia del aparato público y sus tareas hayan sido previamente definidas.

- **El principio de primacía de la realidad y la teoría de los efectos deben guiar el análisis de la legalidad de las actividades estatales en el mercado**

El Indecopi debe regirse por el principio de primacía de la realidad y la teoría de los efectos al momento de evaluar el mercado relevante en una denuncia de competencia desleal. El Derecho de la Competencia no es tanto entelequia en la medida en que la norma precede a la configuración del mercado; sino al revés, puesto que primero existe

un espacio económico en el que se encuentran oferentes y demandantes de un bien o servicio determinado que puede ser alterado por el comportamiento de los propios agentes o del propio regulador.

Las reglas por las cuales se debe guiar la autoridad de competencia pueden –y deben– desprenderse de la norma, pero la lógica que debe imperar debe ser la que se observa de manera palpable en el mercado. En ese sentido, se rescata una postura que vea al Derecho de la Competencia como una rama jurídica empírica, en constante investigación y acompañamiento de las novedades mercantiles y económicas, que tenga la sensibilidad para comprender las necesidades de los administrados en un mundo cambiante y volátil y que defienda la innovación y la libertad de empresa, pero sabiendo que sin la presencia del Estado no sería posible garantizar estándares mínimos.

Esta concepción permite superar las limitaciones dogmáticas de la doctrina o jurisprudencia que, como ocurre en el presente caso, y en particular con el crucial entendimiento de actividad empresarial y su relación con la figura de autofinanciamiento, pueden estar acompañadas de un matiz de licitud y justicia –e incluso avaladas por las máximas instancias– aun cuando contravienen los intereses de los consumidores.

- **La definición de actividad empresarial no se suscribe a la finalidad lucrativa del agente económico**

Uno de los principales aportes del caso es la superación del criterio tradicional que vincula actividad empresarial con la obtención de lucro para el autofinanciamiento. El expediente demuestra que incluso actividades estatales sin fines de lucro pueden afectar el proceso competitivo, configurando una conducta relevante en materia de Derecho de la Competencia. La Sala acierta al desvincular el concepto de empresa del ánimo de lucro, alineándose con el principio de primacía de la realidad.

El nexo causal entre lucro y actividad empresarial tampoco es desarrollado de manera oportuna por la Comisión, que considera este hecho como cierto siempre que existe una sentencia del Tribunal Constitucional que así lo indica. La miopía jurídica de la primera instancia del Indecopi se revela, sobre todo, cuando esta sentencia no tiene carácter de precedente vinculante, y que su contenido vacía incluso el contenido del precepto constitucional que se desea preservar. Esto nos permite traer a colación la crítica de una equivocada comprensión en temas constitucionales que se agudiza en la medida

en que la denuncia del caso en autos se encuentra íntimamente vinculada, justamente, con la aplicación de un término de carácter constitucional.

- **Las sentencias del Tribunal Constitucional son de obligatoria revisión por parte de los agentes jurisdiccionales**

La necesaria distinción que hace el Título Preliminar de Código Procesal Constitucional respecto de doctrina jurisprudencial y precedente vinculante nos permite concluir que existe una vocación de identificar dos grados de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional y que no todos sus fallos generan el mismo nivel de obligación de las demás instancias judiciales o administrativas.

El Tribunal puede emitir sentencias sin fuerza vinculante absoluta que refieran a materias determinadas y específicas, sin llegar a ser doctrina jurisprudencial. Por su parte, la doctrina jurisprudencial es aquella emitida por el Tribunal que, sostenida en el tiempo y referente a materias similares, genera un criterio uniforme mas no absoluto de cómo deben otros aplicadores de justicia aplicar determinado precepto constitucional. Por ese motivo, resulta en una guía abierta y menos restrictiva por la que los aplicadores se pueden decantar, o no.

El precedente vinculante, en cambio, refiere a un criterio que, por su gravedad e importancia debe ser respetado y seguido de manera idéntica por los demás aplicadores de justicia, sin que quepa una interpretación diferente. En ese sentido, la obligatoriedad es absoluta y los aplicadores deben ceñirse necesariamente a lo dictaminado por el Tribunal Constitucional. Este criterio se vuelve un precedente en la medida en que se encuentre necesariamente identificado como tal en el texto de la sentencia, tal como lo indica de manera expresa el Código Procesal Constitucional.

En el caso que nos convoca, el fallo emitido por el TC sobre el autofinanciamiento no corresponde a un precedente vinculante ni es parte de la doctrina jurisprudencial, por lo que su fuerza vinculante es la menor de las tres. Sin embargo, no es permisible que el aplicador de justicia se desentienda de esta sentencia, resultando en una obligación lata su revisión y, en caso la interpretación del colegiado sea distinta, su necesaria motivación.

- **La UNMSM puede participar válidamente en el mercado de alquiler de infraestructura para conciertos**

Si bien el presente informe y el expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI arriban a la misma conclusión –la UNMSM puede alquilar su estadio y concurrir en el mismo mercado que Gremco– los motivos difieren. Saludamos la rectificación del concepto de actividad empresarial que realiza la Sala y el desarrollo del primer y tercer hito de la segunda fase de la metodología del precedente de la Pollería El Rancho correspondientes a la demostración de una ley expresa y a la justificación por interés nacional, pero consideramos pernicioso el análisis del segundo hito.

El examen de subsidiariedad realizado por la Comisión y avalado por la Sala no contempla los insumos suficientes para poder sostener de manera oportuna que la oferta privada resulta insuficiente en el mercado analizado. En nuestra opinión la metodología del Indecopi tuvo una lectura muy estrecha de las condiciones particulares del mercado analizado y no respondió a la necesaria diligencia casuística que demanda un estudio solvente del mercado relevante que debió haber considerado factores variables y empíricos vinculados con las características particulares de los predios y mercados investigados. Sin perjuicio de ello, el resultado final continúa siendo el mismo: el estadio San Marcos sí puede concurrir en el mercado de alquiler de infraestructura para conciertos.

- **La metodología del precedente de la Pollería El Rancho es un instrumento necesario para evaluar la legalidad de la intervención estatal siempre que se consideren todas las variables del mercado analizado, particularmente las referidas al mercado relevante y a la capacidad de absorción**

La Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI representa un hito metodológico al establecer un análisis bifásico: primero, identificar si la conducta en cuestión califica como actividad empresarial; segundo, evaluar si esta cumple los tres hitos exigidos. Este enfoque permite estructurar el análisis con claridad y rigor, siendo especialmente útil en casos en que la entidad pública no tiene como fin principal el desarrollo de una actividad económica, como sucede con universidades o entidades de promoción cultural.

Sin embargo, por sí solo puede resultar inconsistente y arrojar un resultado que incluso es contrario a la norma, particularmente si el segundo hito referido al examen de subsidiariedad no se contemplan mínimas exigencias. El facilismo con el que es desarrollado por la Comisión y avalado por la Sala genera un escenario en el que la única variable analizada para determinar si el estadio San Marcos podía absorber la demanda liberada curiosamente permitía establecer una respuesta contraria.

El examen de subsidiariedad, como toda la metodología, debe comprender la mayor cantidad posible de variables del mercado determinado, por lo que importa un criterio que pondere favorablemente el estudio profundo de las circunstancias que rodean al mercado estudiado, así como propuestas creativas, planteando soluciones fuera de los marcos tradicionales, con enfoques no convencionales.

En el caso que nos convoca simplemente se necesitaba que tanto la Comisión como la Sala comprendieran el alcance del tipo de infraestructura que se encontraban analizando, en la medida en que, sabiendo que se trataba de un estadio de fútbol, podrían haber incluido en el análisis de absorción temas como ocupabilidad, disponibilidad temporal, ubicación, condiciones logísticas vinculadas a ese deporte.

- **Es necesario reforzar los criterios de predictibilidad y uniformidad en la actuación del Indecopi**

Finalmente, el expediente revela tensiones interpretativas que afectan la seguridad jurídica de los operadores económicos. La disparidad de criterios entre las instancias del Indecopi, así como la aplicación errática de precedentes jurisprudenciales, evidencia la urgencia de consolidar una doctrina administrativa coherente, que permita anticipar razonablemente los límites de la intervención estatal y que respete los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en materia de Derecho de la Competencia.

Confiamos en que el presente informe pueda brindar mayores luces sobre la comprensión del rol del Indecopi en el mercado, de la aplicación del rol subsidiario del Estado y de las variables necesarias para evaluar de manera correcta el desbalance que puede generarse entre dos acérrimos rivales que en la arena jurídica, así como en una cancha de fútbol, se han visto enfrentados incontable veces: la cuestión privada y la cuestión pública.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Miranda, E. (2014). *El modelo económico de la Constitución Peruana*. Publicado en *Ius et Veritas* N° 48. Revista editada por la Asociación Civil *Ius et Veritas*. Lima.

Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Editorial Comares.

Bullard González, A. (2011). *El Otro Pollo: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad*. Publicado en *Revista De Derecho Administrativo* N° 10. Lima.

Chamorro, C. (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*. Tesis de pregrado en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Cores Damiani, C. A. de, & Cal, J. M. (2007). *El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa*. Publicado en *Revista de Derecho* N° 11. Lima.

Cruces Burga, A. (2020). *El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad dentro del régimen de economía social de mercado en la Constitución de 1993*. Tesis de maestría en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Escola, H. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Publicado en *Revista de Derecho Público* N° 10. Buenos Aires.

Indacochea, Ú. (2015). *La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del Derecho*. Publicado en *Themis* N° 67. Revista editada por la Asociación Civil Themis. Lima.

Instituto Peruano del Deporte (2024). *Plan de Mantenimiento a las Infraestructuras Deportivas a Nivel Nacional del IPD*.

Kresalja, B. (2015). *¿Estado o Mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kresalja, B., & Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1999*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

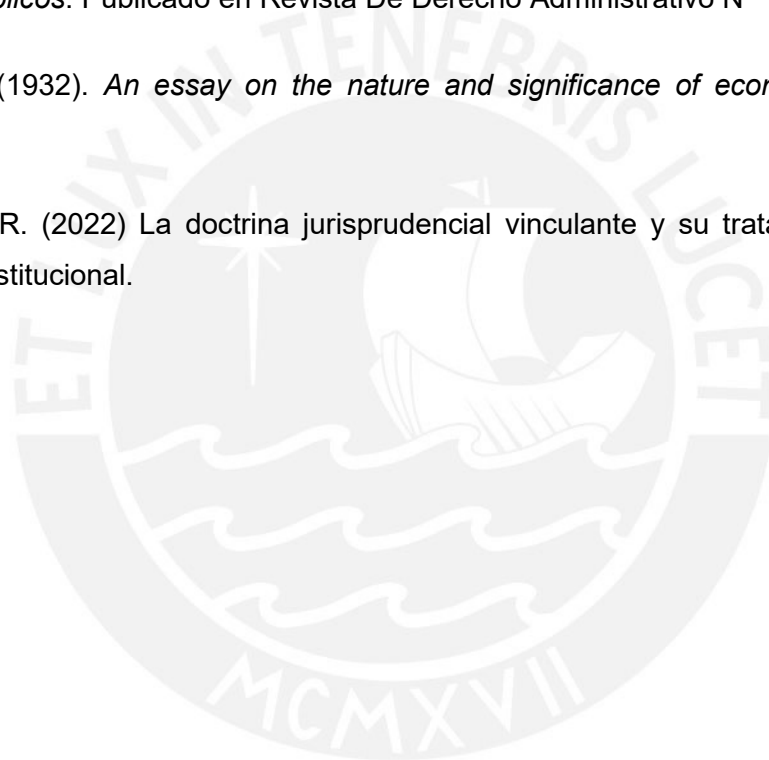
Maillo González-Orús, J. (2005). *Servicios de Interés General y artículo 86° del tratado CE: una visión evolutiva*. Fondo Editorial de la Universidad San Pablo-CEU.

Patrón Salinas, C. (2006). *El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica*. Publicado en Themis N° 52. Revista editada por la Asociación Civil Themis. Lima.

Quiñones Alayza, M. (2012). *Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos*. Publicado en Revista De Derecho Administrativo N° 12. Lima.


Robbins, L. (1932). *An essay on the nature and significance of economic science*. Macmillan.

Sáenz, Luis R. (2022) La doctrina jurisprudencial vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional.



ANEXOS





Res. N° 114-2013/CCD-INDECOPI
(denuncia improcedente)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000643

Resolución

N° 114-2013/CCD-INDECOPI

Lima, 15 de mayo de 2013.

EXPEDIENTE N° 175-2012/CCD

DENUNCIANTE : GREMCO PUBLICIDAD S.A.
(GREMCO)
IMPUTADA : UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(UNMSM)
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD
ACTIVIDAD : ARRENDAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA

SUMILLA: *Se declara IMPROCEDENTE la denuncia presentada por Gremco en contra de la UNMSM por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por supuesta infracción al artículo 60 de la Constitución, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se declaran IMPROCEDENTES los pedidos accesorios formulados por la denunciante.*

1. ANTECEDENTES

El 26 de julio de 2012, Gremco denunció a la UNMSM 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 (en adelante, la Constitución), supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, la actividad empresarial de Gremco consiste en promover eventos públicos, deportivos o no deportivos, en las instalaciones del Estadio Monumental del Club Universitario de Deportes, que incluye la cancha principal y explanada.¹ De esta manera, la denunciante concurriría en el mercado ofertando infraestructura a organizadores de eventos públicos en la ciudad de Lima, compitiendo con otras empresas o asociaciones privadas, que también ofertan el uso de locales tales como el Estadio Alejandro Villanueva del Club Alianza Lima, el Centro Comercial Jockey Plaza, el Jockey Club del Perú, la Explanada Sur del Estadio Monumental y el Centro de Convenciones del Hotel María Angola.

En este contexto, Gremco indicó que existiría oferta privada suficiente para la realización de eventos deportivos y no deportivos, pese a lo cual la UNMSM se encontraría realizando actividad empresarial al participar en el referido mercado a través de la cesión en uso de su infraestructura, en especial la de su Estadio, la misma que no sería subsidiaria, ni respondería a razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional y, por lo tanto, violaría lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.

¹ Gremco señaló que en el Estadio Monumental se habrían llevado a cabo diversos eventos como conciertos, eventos religiosos y partidos de fútbol de la selección peruana, del Club Deportivo Universidad San Martín de Porres y de la Copa Libertadores Sub 20, entre otros.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000644

Adicionalmente, Gremco indicó que al aplicarse la metodología de análisis desarrollada en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, se tendría que la actividad llevada a cabo por la imputada sería actividad empresarial.

Por dichas consideraciones, Gremco solicitó a la Comisión que ordene a la UNMSM que se abstenga de ofertar y celebrar contratos o actos jurídicos, sean a título oneroso o gratuito, mediante los cuales ofrezca y otorgue a organizadores o promotores de eventos públicos deportivos o no deportivos, recreacionales o de cualquier otra naturaleza, la cesión en uso de su infraestructura, en especial, de su Estadio.²

Mediante Resolución del 20 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Gremco por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría en el mercado ofertando el uso de su infraestructura, en especial, la de su Estadio a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima, sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

El 15 de octubre de 2012, la UNMSM presentó su escrito de descargos indicando que no se trataría de una empresa estatal, ni desarrollaría actividad empresarial, sino que, dentro de los actos de administración de bienes autorizados por leyes especiales³, se encuentra el alquilar bienes inmuebles de su propiedad con la finalidad de obtener rentas que coadyuven a cumplir sus fines académicos de investigación científica y tecnología.

Al respecto, la imputada señaló que si bien el Estado debería proveer los fondos económicos suficientes para cumplir con su finalidad social de brindar educación universitaria, ello no es tan exacto, debido a que, en virtud a las leyes anuales de presupuesto, el Estado sólo da una parte del mismo a cada Entidad (Recursos ordinarios provenientes del tesoro) y el resto está constituido por los recursos directamente recaudados.

En ese sentido, a decir de la UNMSM, la mayor parte de los recursos de una Universidad Pública, para cumplir su finalidad educativa, no provienen de los recursos ordinarios del Estado, sino de los recursos directamente recaudados por la misma, dentro de los cuales, en el caso de la imputada se encuentran los ingresos del alquiler de sus bienes, como en el caso de su Estadio.

El 25 de octubre de 2012, la UNMSM presentó un escrito indicando que, mediante sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció en un caso similar al presente, determinando que el arrendamiento del Estadio Nacional realizado por el Instituto Peruano de Deporte, no configuraría un supuesto de actividad empresarial. Asimismo, a decir de la imputada, el Tribunal Constitucional habría determinado que tales actos de administración, refiriéndose al arrendamiento del Estadio, no pueden entenderse como el ejercicio de una actividad empresarial.

Adicionalmente, el 8 de febrero de 2013, la imputada presentó un escrito reiterando los argumentos expuestos a lo largo del presente procedimiento.

Finalmente, el 18 de marzo de 2013, la UNMSM presentó documentación que acreditaría que los ingresos obtenidos por el arrendamiento de su Estadio serían empleados para el cumplimiento de sus fines.

² Gremco señaló que la medida correctiva debía extenderse al supuesto que la UNMSM pretendiera organizar directamente en sus instalaciones eventos deportivos o no deportivos, conciertos musicales, eventos religiosos y cualquier otro que esté destinado a espectadores que deban pagar por el ingreso a la imputada o cualquier socio en la organización del evento que se trate. Asimismo, Gremco manifestó que debía prohibirse que la UNMSM provea directamente o a través de terceros, cualquier servicio, producto o logística, relacionados con la organización de eventos públicos, tales como el armado de escenarios, publicidad o portafolios para protección de cancha de fútbol.

³ A decir de la imputada, tanto la Constitución Política (artículo 18), la Ley Universitaria N° 23733 (literal b del artículo 2), el Estatuto de la UNMSM, la Ley N° 24365, el Código Civil, la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA (literal a del numeral 2.3 del artículo 2), la habilita a arrendar sus inmuebles para autofinanciarse.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000645

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

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

“Artículo 14º.- 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 de una ventaja significativa por quien desarrolle actividad empresarial.”

Por su parte, el artículo 60 de la Constitución 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, la imputada 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. Aplicación al presente caso

En el presente caso, Gremco indicó que existiría oferta privada de infraestructura suficiente para la realización de eventos deportivos y no deportivos, pese a lo cual la UNMSM se encontraría realizando actividad empresarial al participar en el referido mercado a través de la cesión en uso de su infraestructura, en especial la de su Estadio, la misma que no sería subsidiaria, ni respondería a razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional y, por lo tanto, violaría lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.

Por su parte, la UNMSM precisó que no se trataría de una empresa estatal, ni desarrollaría actividad empresarial, sino que, dentro de los actos de administración de bienes autorizados por leyes



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000646

especiales⁴, se encuentra el alquilar bienes inmuebles de su propiedad con la finalidad de obtener rentas que coadyuven a cumplir sus fines académicos de investigación científica y tecnología.

Al respecto, la imputada señaló que si bien el Estado debería proveer los fondos económicos suficientes para cumplir con su finalidad social de brindar educación universitaria, ello no es tan exacto, debido a que, en virtud a las leyes anuales de presupuesto, el Estado sólo da una parte del mismo a cada Entidad (Recursos ordinarios provenientes del tesoro) y el resto está constituido por los recursos directamente recaudados.

En ese sentido, a decir de la UNMSM, la mayor parte de los recursos de una Universidad Pública, para cumplir su finalidad educativa, no provienen de los recursos ordinarios del Estado, sino de los recursos directamente recaudados por la misma, dentro de los cuales, en el caso de la imputada se encuentran los ingresos del alquiler de sus bienes, como en el caso de su Estadio.

De otro lado, la UNMSM presentó un escrito indicando que, mediante sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció en un caso similar al presente, determinando que el arrendamiento del Estadio Nacional realizado por el Instituto Peruano de Deporte, no configuraría un supuesto de actividad empresarial. Asimismo, a decir de la imputada, el Tribunal Constitucional habría determinado que tales actos de administración, refiriéndose al arrendamiento del Estadio, no pueden entenderse como el ejercicio de una actividad empresarial.

Sobre el particular, la Comisión aprecia que la UNMSM es una persona jurídica de derecho público interno; que se rige por la Constitución, la Ley N° 23733 - Ley Universitaria (en adelante, Ley Universitaria) y su Estatuto, contando con autonomía para organizar el sistema académico, económico y administrativo para el cumplimiento de sus fines; así como para formular e impartir la investigación humanística, científica y tecnológica con excelencia académica; siendo líder en la promoción de la creación cultural y artística.⁵

Al respecto, este colegiado considera que en el caso particular de las universidades nacionales, la promoción de la educación está consagrada en la Constitución⁶, constituyendo en consecuencia, una finalidad constitucional, razón por la que el Estado garantiza su gratuidad a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

De otro lado, la Ley Universitaria dispone en su artículo 79 lo siguiente:

"Artículo 79°.- Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicados a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad. La utilidad resultante es recurso propio de cada Universidad."

En ese sentido, la referida norma permite a las universidades la realización de actividades dedicadas a la producción de bienes y prestación de servicios, es decir la realización de actividades, siempre que sean compatibles con sus fines. En tal sentido, el artículo 2 de la Ley Universitaria establece como fines de las universidades:

⁴ Ver nota 3.

⁵ Ver la Ley Universitaria y el Estatuto de la UNMSM en el sitio web <http://www.unmsm.edu.pe/index.php?c=Home2&url=universidad-marcolegal>

⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 17°. 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.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000647

"Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- b) Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericana y universal.
- d) Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral, y
- e) Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto."

Sobre el particular, la Comisión considera que, de acuerdo con dichas disposiciones, toda actividad desarrollada por las universidades debe ser compatible con los fines establecidos por la Ley Universitaria. En este contexto, debe analizarse la denuncia presentada por Gremco, determinando previamente la naturaleza de la actividad cuestionada.

Al respecto, es pertinente indicar que, mediante Sentencia del 15 de diciembre de 2006, expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al arrendamiento llevado a cabo por una Entidad Estatal (IPD) en cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas mediante Ley Expresa, donde resolvió, en última instancia, que el arrendamiento del Estadio Nacional no puede ser considerado como actividad empresarial, en tanto tal actividad está destinada a autofinanciar al IPD con el objetivo de cumplir con su finalidad de promover el deporte, bajo los siguientes términos:

"(...)

§3. La actividad empresarial del Estado

11. En el presente caso, al interrogante de si el arrendamiento del Estadio Nacional puede considerarse como actividad empresarial, la respuesta es, entonces, negativa. En efecto, la primera es que se trata de 'recursos' para el IPD (artículo 84º, inciso 3, de la Ley N.º 28036 de Promoción y Desarrollo del Deporte). Ahora bien, éste constituye un organismo público descentralizado con rango ministerial con competencia en la formulación de la política educativa y el desarrollo del deporte, de modo que no constituye una empresa pública del Estado. Asimismo, se establece que su función es, entre otras, el 'Autorizar y regular la cesión en uso de los bienes y la concesión de la infraestructura deportiva *con fines de rehabilitación, mantenimiento y construcción de infraestructura*' (artículo 8º, inciso 18, de la Ley N.º 28036 de Promoción y Desarrollo del Deporte). Esta norma permite inferir que el objetivo de la cesión en uso y la concesión de la infraestructura se orienta al cumplimiento de fines de conservación de la infraestructura, finalidad que resulta constitucionalmente admisible.
12. Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley no puede considerarse como actividad empresarial, para así quedar proscrito por el artículo 61º de la Constitución. La 'promoción del deporte' (artículo 14º de la Constitución) constituye una *finalidad constitucional*. Esto significa que el Estado tiene obligaciones positivas para efectivizar tal promoción, cometido que ha de cumplirse, entre otros, a través de la creación y el mantenimiento de infraestructura deportiva. Tal imperativo deriva de la citada norma constitucional. Ahora bien, el mantenimiento y conservación de la infraestructura habilita o autoriza, en un Estado como el peruano escaso de recursos, a que éste deba autofinanciar los recursos orientados a tal finalidad.
13. El arrendamiento de infraestructura deportiva no puede, por ello, considerarse como 'actividad empresarial' y, conforme a ello, colegirse que ella se halla bajo la prohibición



establecida por el artículo 61º de la Constitución. En tal sentido, arrendamiento del Estadio Nacional por el IPD en aplicación del artículo 84, inciso b, de la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, no constituye una *aplicación* incompatible con el artículo 61º de la Constitución y, por ello, tampoco puede considerarse que lesione la libertad de empresa de la recurrente.

(...)ⁿ
(Subrayado agregado)

En dicha línea, a propósito de los criterios interpretativos expedidos por el Tribunal Constitucional, es importante recordar que de acuerdo con el artículo 1 de la Ley N° 28301 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho colegiado es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad de las leyes. En tal sentido, tanto la Primera Disposición Final de la referida ley orgánica⁷ como el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁸ establecen que los jueces y, naturalmente, los demás órganos que aplican el derecho, deben interpretar las normas de conformidad con los preceptos y reglas que se establezcan en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad.

Estas disposiciones materializan la denominada *fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional*, que puede ser entendida como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en un Estado Constitucional, que exige que todos los poderes públicos e incluso los ciudadanos se encuentran efectivamente vinculados y, en tal medida, limitados por los criterios y orientaciones establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de interpretación de los derechos y principios constitucionales.⁹

Como bien señala la doctrina mayoritaria, las sentencias del Tribunal Constitucional trascienden el caso concreto y vinculan a todos los órganos que componen el Estado, alcanzando su obligatoriedad no solo a la parte decisoria de la resolución, sino especialmente a aquellas consideraciones jurídicas o razonamientos que sustentaron el fallo¹⁰. Así, la jurisprudencia constitucional se convierte en una

⁷ **LEY N° 28301 - LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL.-

Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

⁸ **LEY N° 28237 - CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**
Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

(El subrayado es agregado)

⁹ ADRIÁN CORIPUNA, Javier. *"La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial"*. En: *"Estudios al precedente constitucional"*. GRANDEZ CASTRO, Pedro y Edgar CARPIO MARCOS (Coordinadores). Lima: Palestra Editores, 2007, p. 119.

¹⁰ A criterio del profesor Eguiguren, la vinculación de las sentencias constitucionales a la que nos referimos *"tiene entre sus notas particulares el comprender no solo a la parte dispositiva, esto es, al fallo de la sentencia, sino que alcanza también a la ratio decidendi de la misma, es decir, a los motivos o razones que fundamentan la decisión"*. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *"Estudios Constitucionales"*. Lima: Ara Editores, 2002, p. 384.

En la misma línea, el constitucionalista Bocanegra indica que las sentencias del Tribunal Constitucional trascienden el caso concreto, *"vinculando a todos los órganos constitucionales, Tribunales y Autoridades (...) alcanzando la sentencia asimismo no solo al tenor literal del fallo, sino también -en función de los especiales fines creadores de paz y seguridad jurídicas que el tribunal tiene que cumplir- a aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo"*. BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *"El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional"*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1992, pp. 58-59.

Finalmente, con el mismo criterio el constitucionalista colombiano Bernal, expresa que los criterios de las sentencias tienen fuerza obligatoria, al señalar que *"(...) parece claro que la parte resolutive de toda sentencia contiene siempre por lo menos una norma jurídica (...) Sin embargo, resulta meridiano que no son estas normas las que adquieren relevancia cuando se discute sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Quien invoca esta fuerza vinculante, por lo general apunta a la existencia de ciertas normas en la parte motiva de las sentencias"*. BERNAL PULIDO, Carlos. *"La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano"*. En: *"El Derecho de los derechos"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 208-209.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000649

verdadera fuente de derecho, necesaria para garantizar la seguridad jurídica, la unidad interpretativa del ordenamiento y la igualdad en la aplicación de la ley.

Por ello, si se tiene en cuenta la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional tenemos que, en el presente caso, Gremco ha cuestionado una actividad que ya ha sido materia de pronunciamiento por el referido tribunal en un caso similar, considerando que la misma no constituye actividad empresarial. En consecuencia, este órgano colegiado analizará la conducta cuestionada, teniendo en cuenta los criterios establecidos por el máximo intérprete de la Constitución mediante Sentencia del 15 de diciembre de 2006, expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC.

En el presente caso, luego de un análisis de los argumentos de ambas partes, los medios probatorios obrantes en el expediente, así como de la verdadera naturaleza de la conducta cuestionada¹¹, la Comisión considera que los ingresos obtenidos por el arrendamiento de la infraestructura de la UNMSM, en especial, la de su Estadio, constituyen los recursos directamente recaudados¹².

Asimismo, la UNMSM ha acreditado¹³ que dichos ingresos son empleados para el cumplimiento de los fines de la universidad, de acuerdo a lo establecido en la Ley Universitaria.¹⁴ Así, por ejemplo, mediante Resolución Rectoral N° 06127-R-10 del 30 de noviembre de 2010 se decidió *"Aprobar que los ingresos que se generen por el alquiler del 'Estadio Monumental de San Marcos' (eventos), se destinará un 30% como fondo intangible (10% para la Biblioteca Central, 10% para la implementación y mejoramiento de instalaciones deportivas y 10% para Investigación)"*¹⁵.

Del mismo modo, cabe recalcar que los fines de la Universidad, establecidos en el artículo 2 de la Ley Universitaria, tienen sustento en el artículo 18 de la Constitución:

"Artículo 18.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

¹¹ **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 efectúa sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

¹² **LEY N° 23733 - LEY UNIVERSITARIA**

Artículo 77.- Son recursos económicos de las Universidades:

- Las asignaciones provenientes del Tesoro Público;
- Los ingresos por concepto de leyes especiales; y,
- Los ingresos propios.

Artículo 79.- Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicados a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad. La utilidad resultante es recurso propio de cada Universidad.

¹³ Al respecto, mediante escrito del 18 de marzo de 2013, la UNMSM presentó documentación que detalla el destino de los ingresos obtenidos por el arrendamiento de su infraestructura.

¹⁴ **LEY N° 23733 - LEY UNIVERSITARIA**

Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

- Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericana y universal;
- Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral; y
- Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto.

¹⁵ Dicha Resolución se encuentra anexada al escrito presentado por la UNMSM el 18 de marzo de 2013. Asimismo, obra en dicho escrito el documento denominado "Comité de Gestión del Estadio Monumental", en el cual se detalla el monto recaudado por concepto del arrendamiento del Estadio y el destino de los ingresos recaudados, el mismo que es reinvertido en las instalaciones de la UNMSM y en cubrir los costos operativos derivados de la administración del Estadio.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000650

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes."

(El subrayado es agregado)

De un análisis de dichas disposiciones, la Comisión considera que el arrendamiento de infraestructura por parte de la UNMSM, en especial la de su Estadio, se encuentra alineado a los fines de la Universidad, recogidos no sólo por el artículo 2 de la Ley Universitaria, sino también por el artículo 18 de la Constitución.

Por ello, este colegiado considera que, el autofinanciamiento de la UNMSM por medio del arrendamiento de su infraestructura, es acorde a los fines de la Universidad, por lo que, conforme al razonamiento esgrimido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 15 de diciembre de 2006, expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, no configura un supuesto de actividad empresarial, correspondiendo declarar improcedente la denuncia interpuesta por Gremco en contra de la UNMSM.

De esta manera, contrariamente a lo solicitado por Gremco, en el sentido de que el arrendamiento de la infraestructura de la UNMSM debería ser analizada a la luz de los criterios establecidos en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, la Comisión considera que en el presente caso, no corresponde analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 60 con dicha metodología, debido a que el supuesto de hecho, es decir, que se trate de actividad empresarial, ha sido descartado por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, considerando que la cuestión principal ha sido declarada improcedente, corresponde a la Comisión declarar improcedentes los pedidos accesorios formulados por Gremco.

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 **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por Gremco Publicidad S.A. en contra de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos 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, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** los pedidos accesorios formulados por Gremco Publicidad S.A.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Luis Concha Sequeiros y la Sra. Teresa Ramírez Pequeño. Con la inhibición del Dr. Ramón Buenotizón Deza y Carlos Cornejo Guerrero.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



Res. N° 0416-2014/SDC-INDECOPI
(revoca improcedencia)

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : GREMCO PUBLICIDAD S.A.
DENUNCIADO : UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN
MARCOS
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD
PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA
ACTIVIDAD : ARRENDAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA

SUMILLA: se **REVOCA** la Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI del 15 de mayo de 2013, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que declaró improcedente la denuncia presentada por Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al haber infringido supuestamente el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

La Comisión, basada en una sentencia del Tribunal Constitucional que no constituye un precedente de observancia obligatoria para la Comisión ni para esta Sala, consideró que el arrendamiento de infraestructura por parte de una entidad estatal, que no tiene fines de lucro y cuyos ingresos son destinados a su autofinanciamiento, no constituye "actividad empresarial" y, por ende, no debería ser analizado a la luz del artículo 60 de la Constitución.

Esta Sala considera, sin embargo, que conforme al marco legal vigente, a los criterios establecidos por la doctrina y por el propio Tribunal Constitucional (en otro pronunciamiento), el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, se ve vulnerado si el Estado realiza actividad económica, de modo directo o indirecto, y ésta intervención genera, de modo alguno, un efecto distorsionador en el mercado. Ello, con independencia de la forma legal que el Estado adopte para realizar tal intervención o los objetivos o fines a los que destine sus fondos. Lo relevante, en ese caso, es analizar la misma actividad realizada como operador económico, cómo se ha realizado y los efectos que ha tenido en la estructura y funcionamiento del mercado.

En consecuencia, se ordena a la Comisión proceder a tramitar la denuncia de Gremco Publicidad S.A y analizar la actividad realizada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cómo se ha realizado y los efectos que ha tenido en la estructura y funcionamiento del mercado al arrendar su infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no

deportivos. Asimismo, se ordena a la Comisión analizar la procedencia de los pedidos accesorios formulados por Gremco Publicidad S.A.

Lima, 20 de marzo de 2014

I ANTECEDENTES

1. El 26 de julio de 2012, Gremco Publicidad S.A. (en adelante, Gremco) denunció a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (en adelante, la UNMSM) 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 contemplado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal); al haber cedido el uso de su estadio para la realización de eventos deportivos y no deportivos. En virtud de ello, solicitó a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) que ordene a la UNMSM que se abstenga de ofertar y celebrar contratos o actos jurídicos, sean a título oneroso o gratuito, mediante los cuales ofrezca y otorgue a organizadores o promotores de eventos públicos deportivos la cesión en uso de su infraestructura.
2. Según Gremco, la UNMSM concurre en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos (básicamente, conciertos, aunque también espectáculos deportivos) en violación del artículo 60 de la Constitución, dado que se trata de un supuesto de intervención en el mercado que no responde a razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Según Gremco en el referido mercado existe suficiente oferta privada, constituida, además del Estadio Monumental administrado por la propia Gremco, por el Estadio Alejandro Villanueva, el Centro Comercial Jockey Plaza, la Explanada Sur del Estadio Monumental y el Centro de Convenciones del Hotel María Angola.
3. El 20 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Gremco contra la UNMSM por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a que concurriría en el mercado ofertando el uso de su infraestructura, en especial, el Estadio Nacional, a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
4. El 15 de octubre de 2012, la UNMSM presentó su escrito de descargos señalando que dicha casa de estudios no es una empresa estatal ni desarrolla actividad empresarial, sino que, dentro de los actos de administración de bienes autorizados por sus leyes especiales se encuentra la facultad de arrendar su infraestructura con la finalidad de obtener rentas

que coadyuven a cumplir sus fines académicos de investigación científica y tecnología.

5. El 25 de octubre de 2012, la UNMSM presentó un escrito indicado que, mediante sentencia expedida en el Expediente No. 07644-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en un caso similar, señalando que el arrendamiento de infraestructura por parte de una entidad estatal con la finalidad de auto-financiarse no configuraría un supuesto de actividad empresarial.
6. El 18 de marzo de 2013, la UNMSM presentó diversa documentación que acreditaría que los ingresos obtenidos por el arrendamiento de su estadio serían efectivamente empleados en el cumplimiento de sus fines.
7. El 15 de mayo de 2013 la Comisión emitió la Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI, mediante la cual -siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en un pronunciamiento en particular- declaró improcedente la denuncia presentada por Gremco contra la UNMSM, al considerar que no se ha podido configurar el supuesto de violación de normas contemplado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dado que el arrendamiento de infraestructura con fines de autofinanciamiento no puede constituir un supuesto de “actividad empresarial” y, por ende, no podría violar el principio de subsidiariedad establecido por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
8. El 29 de mayo de 2013, Gremco presentó recurso de apelación contra la Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI, basándose en lo siguientes fundamentos:
 - i) No fue parte del proceso de amparo tramitado en el Expediente 07644-2006-PA/TC determinar si la actividad de arrendamiento de infraestructura por parte de la UNMSM constituye o no actividad empresarial. En ese sentido, la Comisión está asumiendo indebidamente que un mero considerando de una sentencia es un criterio vinculante.
 - ii) No es competencia del Tribunal Constitucional resolver incertidumbres jurídicas como determinar si un acto del Estado constituye o no actividad empresarial.
 - iii) El Tribunal Constitucional no le ha concedido expresamente a la sentencia emitida en el Expediente 07644-2006-PA/TC la calidad de precedente vinculante, tal como exige el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

- iv) En un proceso constitucional no se podría dilucidar un tema de esa naturaleza, ya que no se cuenta con una etapa probatoria.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

9. Luego de analizar los argumentos expuestos en la apelación y revisar los actuados del caso, la Sala considera que a fin de resolver el referido recurso es necesario determinar lo siguiente:
- (i) Si la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente 07644-2006-PA/TC resulta o no un “precedente vinculante” para la Comisión y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala).
 - (ii) Si la definición de “actividad empresarial” adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia a la que se refiere el literal i) anterior —según la cual operaciones de arrendamiento de infraestructura deportiva para la realización de espectáculos públicos no deben ser consideradas “empresariales”, siempre y cuando los recursos obtenidos de tales transacciones se dediquen a la creación y/o mantenimiento de infraestructura deportiva— resulta compatible o es relevante para los objetivos y una adecuada interpretación del artículo 60 de la Constitución y de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
 - (iii) Si el hecho de que la UNMSM arriende su infraestructura deportiva para la realización de espectáculos públicos —deportivos o no deportivos— podría constituir una violación de normas que distorsione la leal competencia en el mercado.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Marco teórico y legal

III.1.1 El principio de subsidiariedad en la Constitución Política del Perú

10. La Constitución peruana de 1979 otorgaba al Estado una amplia discrecionalidad para intervenir en la economía mediante la provisión directa de productos y servicios. En efecto, el artículo 13 de la Constitución Política de 1979 estableció genéricamente que: *“El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar objetivos de desarrollo”*.
11. Como puede apreciarse, el citado artículo establecía requisitos bastante generales y subjetivos para la intervención del Estado en la economía. Ello

otorgaba al Estado una amplia discrecionalidad para intervenir en diversos mercados como prestador directo de servicios y/o productor de bienes.

12. La Constitución vigente, sin embargo, aprobada en 1993 -dentro del contexto de liberalización de la economía que se producía a inicios de los años 90'- incluye en su artículo 60 el denominado "principio de subsidiariedad" de la actividad empresarial del Estado:

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede subsidiariamente realizar 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". (Énfasis agregado).

13. Este principio se incluyó en la Constitución de 1993 con la finalidad de limitar la capacidad del Estado de intervenir en la economía como proveedor de bienes y servicios, dado que en el régimen económico consagrado en dicha constitución se otorga un rol protagónico en los mercados a la iniciativa privada, mientras que al Estado se le asigna principalmente la función de brindar determinados servicios básicos orientados a promover un desarrollo en igualdad de oportunidades¹.
14. Dado que los beneficios sociales obtenidos del actuar del "Estado empresario" en el mercado han sido históricamente menores que los costos², la idea es que sólo en algunos casos excepcionales se recurra a este mecanismo de intervención en el mercado. Ello facilitaría que el Estado

¹ **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.

² Así, por ejemplo, el Instituto Peruano de Economía (IPE) estima que entre 1968 y 1990, las empresas estatales no-financieras acumularon pérdidas (a valor corriente) por aproximadamente US\$29.7 mil millones, suma que excede por varios miles de millones de dólares el monto de la inversión necesaria para cerrar la brecha de infraestructura de todo el país. Asimismo, para el año 2005, las pérdidas acumuladas de las empresas estatales no-financieras peruanas se estimaban en US\$34.2 mil millones (suma que excede en 53% el total de la deuda externa pública del Perú). Todos estas pérdidas, además, ni siquiera responden a la prestación de servicios públicos de calidad. En términos generales, los servicios públicos o bienes prestados por empresas estatales han sido de mala calidad y de cobertura insuficiente. Ver: PATRÓN SALINAS, Carlos. *El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Paper No. 50. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=yls_sela (visitado por última vez el 17 de marzo de 2014)

pueda aplicar los mecanismos institucionales que facilitarían que este actuar en el mercado se ajuste a los fines deseados (el interés público).

15. Si bien en teoría los objetivos de una empresa pública pueden tratar de alinearse con la maximización del bienestar social, ello es difícil de lograr en la práctica. Tal como señalan Viscusi, Vernon y Harrington:

*“¿Existen argumentos sólidos para afirmar que la administración de una empresa pública puede actuar en el mejor interés de sus ‘dueños’ [los ciudadanos] y, por lo tanto, maximizar el bienestar social? Ello resulta improbable, por dos razones. En primer lugar, el bienestar social, a diferencia de las utilidades, es difícil de medir. El uso de indicadores imperfectos provee a la administración de las empresas públicas oportunidades para actuar persiguiendo sus propios intereses y no los de la sociedad. En segundo lugar, la ausencia de las presiones que el mercado de capitales impone a las administraciones de empresas privadas es casi absoluta. Esta falta de presión otorga a las administraciones de empresas públicas una gran discreción en su actuar.
(...).*

Diversas teorías sobre el comportamiento de las empresas públicas han sido formulados bajo la premisa de que las administraciones actúan con el objetivo de maximizar su apoyo político, y esta meta es conseguida al producir aquellos resultados que aparentan una buena performance [por lo que] las administraciones tenderán a producir dichos resultados en una medida excesiva a la que resulta socialmente beneficiosa”³.

16. En línea con ese razonamiento, el artículo 60 de la Constitución establece tres requisitos concurrentes para el desarrollo de actividad empresarial estatal, uno de forma y dos de fondo:
- i) El primer requisito, formal, consiste en la habilitación por ley expresa. Este requisito supone que el Congreso de la República debe emitir una ley autorizando la actividad empresarial del Estado. Pero para que se dicte esta “ley habilitante”, la Constitución impone al Congreso de la República la carga de que previamente se cumplan los otros dos requisitos, de fondo

³ VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. *Economics of regulation and antitrust*. Cuarta Edición. Londres: MIT Press, 2005. p. 508. Traducción libre del siguiente texto: “Is there a (...) strong case to be made for the manager of a public enterprise to act in the owner’s best interests and thus maximize social welfare? For two reasons, this is unlikely to be true. First, welfare, unlike profit, is difficult to measure. The use of imperfect indicators should provide opportunities for the manager to act in his own interests and not those of society. Second, the constraints imposed on the manager of a private enterprise by the capital market are conspicuously absent. This lack of constraints will give the manager of a public enterprise greater discretion on his actions.
(...)
Several theories of public enterprise behavior have been formulated on the premise that managers act to maximize political support and this goal is achieved by producing those attributes that signal good performance [and] the manager will tend to produce those attributes to a degree that is excessive from society’s perspective”.

o sustanciales.

- ii) El segundo requisito, el primero de los requisitos de fondo, consiste en que el carácter subsidiario del Estado en la economía. El carácter subsidiario quiere decir que, tal como en una oportunidad delimitó la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI⁴:

“...la actividad del Estado como agente del mercado sólo debe desarrollarse cuando no exista iniciativa privada capaz de atender determinada demanda. Es decir, que el desarrollo de la actividad empresarial del Estado debe evitar que el Estado sustituya al sector privado en la provisión de bienes o servicios que pueden ser ofrecidos por los particulares”. (Énfasis agregado).

En similar sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“El fundamento del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo”. (Énfasis agregado).

- iii) El tercer requisito, también de fondo, es que, al prestar el servicio en cuestión, el Estado persiga un objetivo de “alto interés público” o de “manifiesta conveniencia nacional”. Tal como pone de manifiesto Marcial Rubio⁶, los conceptos de “interés público” y “conveniencia nacional” no han sido definidos por la Constitución y, que en general, no tienen un significado claro en el Derecho Constitucional, pero que claramente permiten interpretar —sobre todo si se toma en cuenta la inclusión de los adjetivos “alto” y “manifiesta”— que lo que se pretende es que la actividad empresarial del Estado sea un mecanismo netamente residual y que sólo cuando su necesidad sea evidente se recurra a éste.

17. Cabe precisar, además, que de la redacción de las normas que componen el

⁴ GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Banco de la Nación S.A.* Informe No. 045-2002/GEE, del 17 de junio de 2002. Considerando 56, pp. 13-14.

⁵ STC 08152-2006-AA/TC.

⁶ *“El establecimiento de empresas públicas requiere ley expresa y alto interés público de manifiesta conveniencia nacional. Es ésta una expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional, pero carga la intención de decir que sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas”.* RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 236.

régimen económico de nuestra Constitución⁷, se desprende claramente **que el desarrollo de actividad empresarial por parte del Estado o, intervención de éste en la economía, es la excepción a la regla**. En ese sentido, las leyes que autorizan al Estado a desarrollar ciertas actividades que podrían ser empresariales deben interpretarse en forma restringida, considerando como permitidas únicamente aquellas actividades expresamente contempladas en dichas leyes⁸.

18. 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”.*

19. A esta conclusión puede arribarse, además, aplicando las reglas que la Ley establece para la interpretación extensiva de las normas (básicamente, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil) y los criterios aceptados por la doctrina sobre el particular⁹.

III.1.2 El desarrollo legal del principio de subsidiariedad. En particular, el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

20. El artículo 60 de la Constitución requería, sin embargo, de un desarrollo legal para poder ser aplicado en la práctica. Es así que en 2001 se promulga el Decreto Supremo 034-2001-PCM¹⁰, “Reglamento que establece los procedimientos mediante los cuales el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado”, que encarga al FONAFE el deber de cautelar que la actividad empresarial del Estado se sujete a los requisitos y condiciones establecidos en el Artículo 60 de la Constitución Política del Perú para el desarrollo de actividades empresariales de carácter subsidiario y a las autorizaciones

⁷ Ver nota 1, supra.

⁸ GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. Op. Cit., p. 15.

⁹ “Un autorizado sector de la doctrina nacional ha entendido que, en el caso de las normas que establecen excepciones y restringen derechos, no solo no se aplica la analogía sino, tampoco, la interpretación extensiva”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2005. p. 196. Antes llega a la conclusión Espinoza de que “no hay dicotomía entre interpretación en integración, ni entre analogía e interpretación extensiva”. p. 182.

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de abril de 2001.

expedidas por ley expresa a las que se refiere dicho artículo.

21. El referido reglamento establece incluso los criterios de análisis que debe utilizar el FONAFE:

“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;

d) la conveniencia de optar por la provisión directa frente a otras opciones de intervención del Estado.

FONAFE podrá solicitar un informe al INDECOPI y al titular del sector al que se encuentre adscrita la empresa de que se trate. Dichas entidades, dentro del ámbito de sus funciones, deberán emitir un informe a un plazo no mayor de sesenta (60) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud.”

22. El Decreto Supremo 034-2001-PCM, además, establece una prohibición automática de desarrollar actividad empresarial del Estado cuando la oferta privada sea suficiente para satisfacer la demanda, satisfacción que además se presume si operan en el mercado relevante para cada caso al menos dos empresas privadas:

“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 privadas se considera resulta [sic] suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte de él en donde atienden. Se presume que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí”.

23. Posteriormente es aprobado el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, Decreto Supremo No. 030-2002-PCM¹¹, que en su Segunda Disposición Final establece lo siguiente:

“Segunda.- 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

¹¹ Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 2002.

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:

- 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. 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". (Énfasis nuestro).

24. Esta disposición final reviste la mayor importancia para el tema analizado en la presente resolución, en la medida que **permite afirmar que el principio de subsidiariedad se aplica también a entidades estatales (incluso si no son empresas estatales), sin importar su naturaleza jurídica o la finalidad última para la que fueran creadas.** El principio de subsidiariedad, así, aplica a las "instituciones y entidades de la Administración Pública Central" siempre y cuando éstas brinden servicios (u ofrezcan bienes) contra una contraprestación específica. **Lo relevante, entonces, no es cómo una entidad está calificada legalmente, sino si, en los hechos interviene o no en un determinado mercado, actuando como un operador económico y si su conducta incide o no en la estructura y funcionamiento del mismo.**
25. Finalmente, en el año 2008 es aprobada la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que en su artículo 14, referido a los denominados "actos de violación de normas" incluye el numeral 14.3, que establece lo siguiente:

*"Artículo 14.- Actos de violación de normas.-
14.3. La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial".*

26. La Ley de Represión de la Competencia Desleal, así, establece claramente un órgano competente (la Comisión y en segunda instancia administrativa, la Sala), una vía procedimental (denuncia por infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal) para denunciar contravenciones al principio de subsidiariedad como un supuesto de acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y, además, dada su legitimidad abierta, otorga a cualquier ciudadano o empresa la posibilidad de denunciarlas¹².

III.1.3. El Tribunal Constitucional y la vinculatoriedad de sus decisiones

27. Según la Constitución, el Tribunal Constitucional es un órgano, autónomo e independiente, encargado del control de la constitucionalidad de las leyes¹³. Es competente para conocer, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; y, los conflictos de competencia entre organismos constitucionales.
28. Según la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁴ (en adelante, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), “el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”. Asimismo, la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que:

“PRIMERA.- Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de

¹² **LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.- Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-**
(...)

28.2.- En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se repute afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

(...)

¹³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2004.

los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

29. Adicionalmente, el Código Procesal Constitucional¹⁵ establece, en el artículo VI de su Título Preliminar que

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. (El énfasis es nuestro).

30. Como puede apreciarse, el último párrafo del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional repite, de forma casi idéntica la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reforzando la idea de que los jueces (y también los órganos resolutivos administrativos, como es el caso de la Comisión y de la Sala) deben interpretar las leyes y la constitución de acuerdo a lo resuelto previamente por el Tribunal Constitucional.
31. Ahora bien, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional regula un tipo especial de sentencia, el “precedente vinculante”:

“Artículo VII.- Precedente

*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante **cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo**. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente” (énfasis nuestro).*

32. Una lectura del Artículo VII citado permite afirmar claramente que para que una sentencia sea “vinculante” para otros órganos, el Tribunal Constitucional debe cumplir con dos requisitos: i) indicar claramente en la propia sentencia

¹⁵ Promulgado mediante Ley No. 28237, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004.

que se quiere establecer un precedente de observancia obligatorio; y, ii) establecer el alcance del precedente que se dicta.

33. Parece haber aquí una contradicción entre los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional. Esta aparente contradicción, sin embargo, puede ser salvada si se toma en cuenta el “método sistemático” de interpretación de las normas¹⁶. Un mismo cuerpo legal no puede contradecirse a sí mismo, por lo que no deberíamos interpretar que el Código Procesal Constitucional puede establecer en un artículo que todas las sentencias del TC son vinculantes y luego en otro que sólo lo son aquellas sentencias que así lo señalan expresamente. Esta aparente contradicción obliga a este colegiado a interpretar que el artículo VI sólo establece una obligación de tomar en cuenta los pronunciamientos del TC al interpretar las normas legales, pero que sólo resultan vinculantes, obligatorios para otros jueces y órganos resolutorios, aquellas sentencias en las que el TC cumple con establecer claramente que se trata de un precedente de observancia obligatoria.
34. Asimismo, es posible interpretar que el artículo VI es aplicable sólo a aquellos supuestos en los que se hace “control difuso” de una norma, con lo que el párrafo final del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil sería un “refuerzo” de la idea consagrada en el segundo párrafo del artículo, conforme al cual *“los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”*.
35. Esta interpretación tiene sentido, dado que no siempre es posible determinar con toda precisión cuál es el *ratio decidendi* de una determinada decisión judicial, por lo que existe el riesgo de que otras instancias malinterpreten el criterio o principio establecido. Se corre, en ese sentido, el riesgo de no lograr la predictibilidad que es precisamente la razón de ser del precedente y que es lo que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional quiere lograr. En efecto, tal como señalan Abad y otros:

“Precisamente a fin de evitar este desencuentro, se ha previsto en el Código [Procesal Constitucional] que sea el propio Tribunal Constitucional quien afine y precise aquello que tiene carácter vinculante (...) qué fundamento, principio, aforismo o tan sólo criterio

¹⁶ Esta interpretación “busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece (...). El intérprete debe atribuir a una norma, cuyo significado sea dudoso, un sentido congruente con las prescripciones que establecen otras normas del sistema. Por lo tanto, al juez le corresponde justificar el vínculo sistémico que existe entre la norma a la que le atribuye significado y las del sistema que la circundan.

(...)

La utilidad del método sistemático es que evita las contradicciones entre las diversas normas de un sistema jurídico y las entiende como partes de un todo normativo”. ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. *Métodos de Interpretación Jurídica*. En: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 41-43. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf> (visitada por última vez el 17 de diciembre de 2013).

*contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de ratio decidendi y, por tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores*¹⁷.

36. Este razonamiento parece ser confirmado por la Resolución No. 021-2006-J-OCMA/PJ¹⁸, emitida por la Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, que establece que los jueces incumplen con sus deberes funcionales al inaplicar las sentencias que hayan sido declaradas como precedentes vinculantes de acuerdo al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. La casuística de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial ratifica también este razonamiento en la medida que no se sanciona a los jueces que inaplican sentencias del TC que no han sido declaradas expresamente como precedentes vinculantes.

III.2 Aplicación al caso concreto:

III.2.1. La sentencia del Tribunal Constitucional no constituye un precedente vinculante

37. En opinión de este colegiado, la sentencia del 15 de diciembre de 2006, emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 07644-2006-PA/TC no constituye, como asume la Comisión, un precedente vinculante; por lo que ni dicho órgano resolutorio de primera instancia, ni la Sala se encuentran obligados, al aplicar el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, a interpretar que *“el arrendamiento de infraestructura deportiva no puede (...) considerarse como ‘actividad empresarial’”*.
38. La referida sentencia no constituye un precedente vinculante, fundamentalmente porque el Tribunal Constitucional no lo ha señalado así en el texto mismo de la decisión, tal como establece el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁹.
39. A mayor abundamiento, debemos señalar que tampoco se han cumplido las condiciones establecidas por el propio Tribunal Constitucional para la emisión de un precedente vinculante. En efecto, en la sentencia emitida el 14 de noviembre de 2005 en el Expediente 3741-2005-AA/TC, en el denominado caso “Salazar Yarlenqué”, el Tribunal Constitucional señaló que:

¹⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; EGUIGUREN PRAELI, Francisco y otros. *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Lima: Centro de Estudios Constitucional del Tribunal Constitucional, 2008. pp. 46-47.

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.

¹⁹ El texto completo de la sentencia puede consultarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07644-2006-AA.html> (visitado por última vez el 17 de diciembre de 2013).

“41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante”.

40. En el caso en cuestión, es decir, el tramitado bajo el expediente 07644-2006-PA/TC no se presentó ninguno de los supuestos anteriores, por lo que, siguiendo los propios criterios del Tribunal Constitucional resulta evidente que no se trata de un precedente vinculante.

III.2.2. El criterio del Tribunal Constitucional, ¿por qué no debe aplicarse?

41. Sin perjuicio de haber concluido que la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida en el Expediente 07644-2006-PA/TC no constituye un precedente vinculante; en la medida que dicho criterio es el principal argumento esgrimido por la entidad denunciada y es el principal sustento de la decisión de la primera instancia, resulta pertinente analizar por qué el criterio contenido en dicha sentencia no debe, a entender de esta Sala, aplicarse al caso bajo análisis.
42. En primer lugar, es posible sostener que el caso bajo análisis no resulta comparable al caso que dio origen al proceso de amparo en el que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, dado que si bien existen hechos similares (el arrendamiento de

bienes de una entidad estatal que supuestamente distorsiona el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos), los sujetos son distintos (Gremco y el Instituto Peruano del Deporte en el proceso de amparo, y la misma empresa y la UNMSM en el presente procedimiento) y el bien jurídico tutelado en la presente controversia es distinto. En el presente caso, lo que la autoridad de competencia debe tutelar es la leal competencia. En el proceso de amparo antes referido, lo que se pretendía proteger era la libertad de empresa. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional pudo considerar en dicho caso que la mera existencia de una actividad empresarial (o “no empresarial” tal como la califica el Tribunal Constitucional) no podía afectar la libertad de empresa de Gremco, pues esta podía seguir operando en el mercado sin inconvenientes pese a la presencia y participación de un ente estatal.

43. No obstante, el estándar de análisis no puede ser el mismo (es decir, no puede ser tan “laxo”) si lo que pretendemos defender es la leal competencia. En el caso bajo análisis, se tiene que determinar no sólo si Gremco puede entrar o permanecer en el mercado de arrendamiento de infraestructura para eventos públicos pese a la actividad de la UNMSM, sino si lo está haciendo en un contexto de leal competencia. Para ello, es necesario analizar si se cumple o no con el principio de subsidiariedad, para lo cual debería realizarse el test establecido por esta Sala mediante la Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI²⁰.
44. En lo que respecta al contenido de la referida resolución del Tribunal Constitucional, esta señala, respecto de la actividad empresarial del Estado, lo siguiente:

“10. La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro. (...)

11. En el presente caso, al interrogante de si el arrendamiento del Estadio Nacional puede considerarse como actividad empresarial, la respuesta es, entonces, negativa. En efecto, la primera es que se trata de “recursos” para el IPD (artículo 84º, inciso 3, de la Ley N° 28036 de Promoción y Desarrollo del Deporte). Ahora bien, éste constituye un organismo público descentralizado con rango ministerial con competencia en la formulación de la política educativa y el desarrollo del deporte, de modo que no constituye una empresa pública del Estado....

12. Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley no puede considerarse como actividad empresarial, para así quedar proscrito por el artículo 61º (sic)

²⁰

Emitida en el procedimiento seguido por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano.

de la Constitución. La “promoción del deporte” (artículo 14° de la Constitución) constituye una finalidad constitucional. Esto significa que el Estado tiene obligaciones positivas para efectivizar tal promoción, cometido que ha de cumplirse, entre otros, a través de la creación y el mantenimiento de infraestructura deportiva. Tal imperativo deriva de la citada norma constitucional. Ahora bien, el mantenimiento y conservación de la infraestructura habilita o autoriza, en un Estado como el peruano escaso de recursos, a que éste deba autofinanciar los recursos orientados a tal finalidad.

13. **El arrendamiento de infraestructura deportiva no puede, por ello, considerarse como “actividad empresarial” y, conforme a ello, colegirse que ella se halla bajo la prohibición establecida por el artículo 61° (sic) de la Constitución.** En tal sentido, arrendamiento del Estadio Nacional por el IPD en aplicación del artículo 84, inciso b, de la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, no constituye una aplicación incompatible con el artículo 61° de la Constitución y, por ello, tampoco puede considerarse que lesione la libertad de empresa de la recurrente” (los énfasis son nuestros. El Tribunal Constitucional hace una referencia errónea al artículo 61 de la Constitución. El artículo que proscribe la actividad empresarial es el 60).

45. **Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia**, esta interpretación del Tribunal Constitucional vacía totalmente de contenido el artículo 60 de la Constitución y el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, si se acogiera la interpretación de “actividad empresarial” adoptada en los considerandos citados líneas arriba; ocurriría que prácticamente cualquier actividad económica realizada por entidades estatales podría violar el principio de subsidiariedad. En efecto, **si sólo se considerase como “empresarial”** aquella actividad que se realiza con fines de lucro, prácticamente toda actividad estatal estaría exenta del artículo 60 de la constitución —dado que, por definición, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal tienen objetivos que trascienden lo lucrativo—, sin tener en consideración el hecho objetivo de que en la realidad, su actuar si pudiera estar distorsionando la leal competencia en el mercado.
46. Así, para evadir el principio de subsidiariedad y, por lo tanto la leal competencia en el mercado, bastaría que cualquier entidad estatal mediante la cual se quiera intervenir en el mercado adopte la forma legal de, por ejemplo, una asociación civil pues no tendría “fines de lucro”.
47. Un análisis tan sencillo consideramos que no le da una solución definitiva a esta discusión, pues lo que en realidad importa es establecer si el Estado o

cualquier particular, con o sin fines de lucro, actúa como “operador económico”²¹ y verificar si esta actuación o esta conducta, como tal, incide o no en la estructura y funcionamiento del mercado.

48. Por tales consideraciones, esta Sala coincide con el criterio desarrollado por el mismo Tribunal Constitucional, en otro pronunciamiento, el cual no solo es más reciente (que el utilizando como fundamento por la Comisión) sino que aborda y analiza específicamente el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado. Nos referimos a la Sentencia del 15 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente 8152-2006-PA/TC, en la que el Tribunal Constitucional ha desarrollado el “principio de subsidiariedad económica del Estado” en los siguientes términos:

*“(...) conforme al principio de subsidiariedad económica del Estado o lo que es lo mismo la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60° de la Constitución, **se establece un límite a la actividad del Estado, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad**, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado (...).”²²*

*“Sobre el particular este Tribunal estableció que el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones: una vertical, y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, **se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado y que sólo reserva al Estado la función de supervisor y corrector.**”*

*“Ello es así porque el fundamento del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que **el Estado** aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que **su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo.**”*

(Énfasis agregado)

49. Conforme se aprecia de la Sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de citar, el referido Principio de Subsidiariedad establece un límite a la actuación del Estado en la Economía, pues éste “**no puede actuar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad (...).**”

²¹ Lo relevante, en ese sentido, no es la forma jurídica de la entidad, sino la actividad realizada. Vender, comprar, arrendar en el mercado no es necesariamente una actividad empresarial, esto dependerá de si se tiene o no ánimo de lucro. En realidad **es una intervención en el mercado, independientemente de la finalidad con la que se realiza.**

²² Considerando 8 de la Sentencia bajo análisis.

50. En tal sentido, de los párrafos citados se desprende que el principio de subsidiariedad se ve vulnerado cuando el Estado interviene en la economía *“en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad”*, en situaciones *“en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención- están en condiciones para hacerlo”*.
51. En otras palabras, conforme al propio Tribunal Constitucional, lo relevante en lo que respecta al principio de subsidiariedad es determinar: (i) si el Estado interviene en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, ofreciendo un determinado producto o servicio; y, (ii) si tal situación se da pese a que exista oferta privada dispuesta satisfacer tal necesidad.
52. En ese sentido, en la línea de lo dicho por el propio Tribunal Constitucional, esta Sala sostiene que **el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú**, se ve vulnerado si el Estado **realiza actividad económica**, teniendo por **efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado**. Ello, con independencia de la forma legal que el Estado adopte para realizar tal intervención o **los objetivos** o fines **a los que destine sus fondos**.

III.2.3. Operador económico

53. Cabe señalar que la Sala ya ha establecido en anteriores pronunciamientos que el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, **debiendo entenderse ésta como una actuación como operador económico** pues, el cumplimiento de diversos fines no lucrativos, tales como religiosos o caritativos, organizaciones como asociaciones o fundaciones pueden organizarse y proveer bienes o servicios en el mercado.
54. Así, 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 no constituía un obstáculo para que se le aplique la Ley de Represión de Competencia Desleal. La razón de ello es que, reiteramos, en estos casos no es la “actividad empresarial” o el ánimo de lucro, lo que configura una vulneración al principio de subsidiariedad, sino el simple hecho que actúe como **operador económico**, teniendo por **efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado, ofreciendo bienes o servicios, pese a la existencia de una oferta privada**.
55. Asimismo, si la necesidad de autofinanciamiento se considera una razón suficiente para que una entidad estatal entre a operar en un determinado mercado, por ejemplo, el INDECOPI hubiera tenido que declarar

improcedente la denuncia interpuesta por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano, denuncia que precisamente diera lugar al Precedente de Observancia Obligatoria consagrado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. Como se sabe, sin embargo, en dicho caso la Sala consideró que, precisamente, el hecho de que la referida universidad utilice una pollería como mecanismo de autofinanciamiento era una evidencia que confirmaba la naturaleza empresarial de esa actividad (pollería) pues:

*“Las prestaciones de la ‘Pollería y Parrillería Universitaria’ son ofrecidas a los consumidores bajo la lógica propia de cualquier empresa²³ concurrente: cobrando un precio que consideran competitivo con la finalidad de ser líderes en el mercado. Asimismo, las declaraciones también muestran que la contraprestación cobrada a los comensales por la venta de pollos a la brasa no solo procura cubrir el costo que irroga el desarrollo de la actividad, sino que está pensada para obtener algún tipo de rentabilidad. **De lo contrario los ingresos que se capten no podrían ser destinados a fines distintos del mantenimiento de la operatividad del establecimiento relacionados con su crecimiento o con el financiamiento de las actividades académicas que realiza la UNAP**”²⁴ (el énfasis es nuestro).*

56. Por otro lado, la definición de “actividad empresarial” que propone el Tribunal Constitucional (en la sentencia utilizada por la Comisión), **desde la perspectiva de la justa y leal competencia y, en particular, para analizar presuntas vulneraciones al principio de subsidiariedad, es irrelevante y no aplica a ésta materia, pues en estos casos lo que correspondería es definir si el denunciado es o no un operador económico**, que se presenta cuando éste dispone y organiza los factores de la producción, capital y trabajo, para transar bienes y/o servicios en el mercado.
57. En el presente caso, la UNMSM no es una “empresa pública”, ni tiene fines de lucro, no obstante, **lo que importa es que efectivamente concurre en el mercado de arrendamiento de espacios para eventos públicos**. Es precisamente en atención a ello que el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado hace referencia al “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”, **dejando de lado expresamente su finalidad lucrativa o no pues lo importante en estos casos es ver si interviene o no en un determinado mercado, y si su conducta incide o no en la estructura y funcionamiento del mismo**.

²³ Debiendo entenderse **empresa** desde una perspectiva económica, como la organización de los factores de la producción, capital y trabajo, con la finalidad de generarse una utilidad.

²⁴ Ver el considerando 149 de la Resolución referida.

58. Cabe mencionar que este criterio es asumido de forma incontrovertida por la jurisprudencia del derecho comunitario y el derecho español de la competencia, como explica González-Varas:

“Lo que hace unos años era para muchos ignorado (las reglas de la competencia se aplican también a la Administración pública) hoy ha pasado a ser un dato conocido, debido seguramente a la impronta cada vez mayor de este ordenamiento en el ámbito de las actuaciones de los poderes públicos.

59. Sobre el particular, cita González-Varas una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español del 20 de marzo de 1998:

*“En Derecho comunitario de la **competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico y de la forma de financiación de dicha entidad.** No existen razones para que la interpretación a la que haya de llegar el Derecho español difiera de la solución dada en Derecho comunitario.*

(...)

*Se aplica el Derecho comunitario de la competencia cuando las administraciones públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, **actúen como operadores económicos cuya conducta incida en la estructura y funcionamiento del mercado**”²⁵. (El énfasis y subrayado es agregado).*

60. En este orden de ideas, la Ley de Represión de la Competencia Desleal (y otras leyes relativas a la competencia²⁶) expresamente señalan en la definición de su ámbito subjetivo que se aplican a todo tipo de entidades, con o sin fines de lucro:

*“Artículo 3.- **Ámbito de aplicación subjetivo.-***

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

²⁵ Ibid., p. 253.

²⁶ Ver, por ejemplo, la Ley No. 27809, Ley General del Sistema Concursal, que 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.

mercado. *En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores”.*

61. En el mismo sentido se encuentran las opiniones vertidas por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI en esta materia, al señalar que:

“La actividad empresarial del Estado puede desarrollarse a través de alguna forma jurídica reconocida por la Ley General de Sociedades, es decir, mediante sociedades formalmente constituidas, o sino, directamente a través de entidades del sector público que realizan actividades comerciales a través de organismos que forman parte de la administración pública y que venden productos o servicios”²⁷.

62. Lo relevante, en ese sentido, no es la forma jurídica de la entidad, sino la actividad económica realizada en un mercado, cualquiera que éste sea. Vender, comprar, arrendar en el mercado no es siempre una actividad empresarial, es en realidad una intervención en el mercado, independientemente de la finalidad con la que se realiza.
63. Es importante aquí precisar que tanto la Comisión como la Sala tienen el deber, al aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de analizar los casos a la luz del “principio de primacía de la realidad”²⁸, en virtud del cual no tiene sentido centrarse en la forma jurídica de una organización, o determinar si ha realizado o no actividad empresarial, sino en la realización de actividades económicas y por tanto conceptualizar a este agente, persona natural o jurídica, de derecho público o privado con o sin ánimo de lucro, como operador económico y sobre todo si su conducta incide en la estructura y funcionamiento del mercado cualquiera que sea la forma que adopte, y sin tener en consideración a qué destine sus fondos.
64. En conclusión, en la línea de lo expuesto en el presente acápite, esta Sala considera que la UNMSM sí se ha comportado como un operador económico al arrendar su infraestructura para diversos espectáculos públicos, deportivos y no deportivos, por lo que sí sería pasible de violar el artículo 60 de la Constitución y, por ende, incurrir en el supuesto de violación de normas regulado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.2.3. La procedencia del caso

²⁷ GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. Op. Cit., p. 7.

²⁸ **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.

65. Habiendo concluido que la sentencia del Tribunal Constitucional comentada en el acápite III.2.1 anterior no es un precedente vinculante que deba obligatoriamente ser tomado en cuenta al analizar el caso materia de análisis, y que las actividades de arrendamiento de infraestructura llevadas a cabo por la UNMSM constituyen actividad económica con cuya intervención en éste mercado se puede establecer que se ha instituido en un operador económico; esta Sala considera que la Comisión debe analizar si esta intervención viola o no el principio de subsidiariedad, afectando la justa y leal competencia que es deber tutelar.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: revocar la Resolución 114-2013-CCD-INDECOPI del 15 de mayo de 2013, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que declaró improcedente la denuncia presentada por Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al haber infringido supuestamente el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: ordenar a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal proceder a tramitar la denuncia de Gremco Publicidad S.A. y analizar si la Universidad Nacional Mayor de San Marcos infringe o no el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución al arrendar su infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no deportivos, siguiendo los criterios establecidos por esta Sala mediante la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. Asimismo, se ordena a la referida Comisión analizar la procedencia de los pedidos accesorios formulados por Gremco Publicidad S.A.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Julio Carlos Lozano Hernández, José Luis Bonifaz Fernández y Sergio Alejandro León Martínez.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta



**Res. N° 076-2017/CCD-INDECOPI
(infundada denuncia de GREMCO)**

Resolución

Nº 076-2017/CCD-INDECOPI

Lima, 26 de julio de 2017.

EXPEDIENTE Nº 175-2012/CCD

DENUNCIANTE : GREMCO PUBLICIDAD S.A.
(GREMCO)
IMPUTADA : UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(UNMSM)
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
DENEGATORIA DE PEDIDOS ACCESORIOS
ACTIVIDAD : ARRENDAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA

SUMILLA: Se declara **INFUNDADA** la denuncia presentada por Gremco en contra de la UNMSM 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, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, se **DENIEGAN** los pedidos accesorios solicitados por la denunciante.

1. ANTECEDENTES

El 26 de julio de 2012, Gremco denunció a la UNMSM 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 (en adelante, la Constitución), supuesto contemplado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según Gremco, la UNMSM concurre en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos (básicamente, conciertos, aunque también espectáculos deportivos) en violación del artículo 60 de la Constitución, dado que se trata de un supuesto de intervención en el mercado que no responde a razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Según Gremco en el referido mercado existe suficiente oferta privada, constituida, además del Estadio Monumental administrado por la propia Gremco, por el Estadio Alejandro Villanueva, el Centro Comercial Jockey Plaza, la Explanada Sur del Estadio Monumental y el Centro de Convenciones del Hotel María Angola.

En virtud de ello, solicitó a la Comisión que ordene a la UNMSM que se abstenga de ofertar y celebrar contratos o actos jurídicos, sean a título oneroso o gratuito, mediante los cuales ofrezca y otorgue a organizadores o promotores de eventos públicos deportivos la cesión en uso de su infraestructura.

Mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Gremco e imputó a la UNMSM la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de

la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría en el mercado ofertando el uso de su infraestructura, en especial, la de su Estadio a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima, sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

El 15 de octubre de 2012, la UNMSM presentó su escrito de descargos señalando que dicha casa de estudios no es una empresa estatal ni desarrolla actividad empresarial, sino que, dentro de los actos de administración de bienes autorizados por sus leyes especiales se encuentra la facultad de arrendar su infraestructura con la finalidad de obtener rentas que coadyuven a cumplir sus fines académicos de investigación científica y tecnológica.

El 25 de octubre de 2012, la UNMSM presentó un escrito indicando que, mediante sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en un caso similar, señalando que el arrendamiento de infraestructura por parte de una entidad estatal con la finalidad de auto-financiarse no configuraría un supuesto de actividad empresarial.

El 18 de marzo de 2013, la UNMSM presentó diversa documentación que acreditaría que los ingresos obtenidos por el arrendamiento de su estadio serían efectivamente empleados en el cumplimiento de sus fines.

Mediante Resolución N° 114-2013/CCD-INDECOPI del 15 de mayo de 2013, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Gremco en contra de la UNMSM por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por la supuesta infracción al artículo 60 de la Constitución, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

La mencionada resolución fue notificada a Gremco el 21 de mayo de 2013, quien interpuso recurso de apelación contra la misma el 28 de mayo de 2013.

Mediante Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI de fecha 20 de marzo de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la Sala), revocó la Resolución N° 114-2013/CCD-INDECOPI del 15 de mayo de 2013 y ordenó a la Comisión tramitar la denuncia de Gremco y analizar si la UNMSM infringiría o no el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución, al arrendar su infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no deportivos.

Mediante Resolución N° 2 de fecha 15 de octubre de 2014, la Comisión se avocó al conocimiento del presente procedimiento, conforme al mandato de la Sala establecido en la Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI de fecha 20 de marzo de 2014.

Al respecto, luego de un análisis de los actuados en el expediente, la Comisión consideró que para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la denuncia presentada por Gremco, es indispensable que la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, GEE) determine el mercado relevante en el que la UNMSM oferta el uso de su infraestructura, en especial, la de su Estadio, a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima.

Mediante Resolución N° 3 de fecha 25 de marzo de 2015, la Comisión suspendió de oficio la tramitación del procedimiento hasta que la GEE emita un informe en el que se determine el mercado relevante en el que la UNMSM oferta el uso de su infraestructura, en especial, la de su Estadio, a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima.

En dicho contexto, mediante Memorándums N° 182-2015/CCD y N° 147-2015/CD1 de fechas 18 de mayo y 2 de septiembre de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a la GEE que emita un informe en el que se determine el mercado relevante en el que la UNMSM oferta el uso de su infraestructura, en

especial, la de su Estadio, a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima.

Mediante Informe N° 024-2016/GEE de fecha 12 de febrero de 2016, la GEE emitió un informe en el que se determinó el mercado relevante en el que la UNMSM oferta el uso de su infraestructura, en especial, la de su Estadio, a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima.

Mediante Informe N° 024-I-2016/GEE de fecha 24 de febrero de 2016, la GEE emitió una versión actualizada del Informe N° 024-2016/GEE en el que se determinó el mercado relevante en el que la UNMSM desarrolla la actividad del ofrecimiento de uso de su infraestructura, en especial, la del Estadio San Marcos, para la organización de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 13 de abril de 2016, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento, dispuesta mediante la Resolución N° 3 de fecha 25 de marzo de 2015, continuando con la tramitación del expediente según su estado.

Mediante Resolución de fecha 1 de junio de 2016, la Secretaría Técnica, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, modificó la imputación de cargos e imputó a la UNMSM la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría ofertando el uso de su infraestructura, es decir, su Estadio, en los siguientes mercados: (i) el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012; y, (ii) el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012, sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

El 22 de junio de 2016, la UNMSM presentó su escrito de descargos, por el cual manifestó que mediante Sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional se había pronunciado en un caso similar. En esa línea, destacó que su argumento principal sería que su institución estaría autorizada por ley expresa para dar en arrendamiento sus bienes inmuebles, en el caso específico, su Estadio.

De este modo, mencionó que el artículo 1 de la Ley N° 24365 (en adelante, Ley que comprende los inmuebles de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el Código Civil) indicaría textualmente que "Están comprendidos en el Código Civil los inmuebles de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", siendo que entre las modalidades contractuales reguladas por el Código Civil se encontraría el contrato de arrendamiento. Asimismo, mencionó el artículo 18 de la Ley N° 29151 (en adelante, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales) del cual establecería que las entidades deben procurar el aprovechamiento económico y/o social de los bienes que se encuentren bajo su administración, conforme a los procedimientos establecidos en su Reglamento. A su vez, el numeral 2.3 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA (en adelante, Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales) regularía dentro de los actos de administración a la figura del arrendamiento, siendo que el artículo 14 del mismo cuerpo normativo en mención indicaría que los actos que realizan las universidades públicas se regirían por la Ley Universitaria. Por ello, destacó que el artículo 111 de la Ley N° 30220 (en adelante, la Nueva Ley Universitaria) señalaría que constituirían patrimonio de las universidades públicas sus bienes y rentas.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de los fundamentos recogidos en la Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI, la UNMSM mencionó que en dicho pronunciamiento la segunda instancia indicó que no se debió aplicar la Sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, dado

que no tenía carácter vinculante; no obstante, líneas siguientes el referido colegiado hizo mención que se debió considerar lo recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 8152-2006-PA/TC. Al respecto, la imputada sostuvo que dicha sentencia tampoco debería ser considerada, debido a que no tendría carácter vinculante. En atención a ello, indicó que la Comisión no podría sustentar su nueva resolución en una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que no tendría dicho carácter.

De manera adicional, con relación al criterio recogido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI por el cual se aprobó un precedente de observancia obligatoria que interpreta la aplicación del numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal se habría realizado en virtud de la potestad de control difuso conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 03741-2004-PA/TC y su Aclaratoria que autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado a inaplicar una disposición contraria a la Constitución. Sin embargo, de acuerdo a la imputada debido a que mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 4293-2012-AA/TC se dejó sin efecto tal precedente. En este punto, mencionó que dicho pronunciamiento sí es vinculante para la administración pública, lo que incluiría al Indecopi. En consecuencia, si la norma no sería ley expresa se tendría que resolver en el sentido que sí existiría competencia desleal sin necesidad de pasar por el test aprobado mediante la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI.

En atención a lo anterior, debido a que se dejó sin efecto el precedente vinculado a la potestad de control difuso de un tribunal administrativo, en el presente caso, no se tendría legitimidad directa ni expresa en la Constitución para hacer ineficaz una norma jurídica vigente. Es decir, no se podría someter a las Leyes N° 24365, N° 29151 y N° 30220 que permitirían su actividad al test recogido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, dado que sería un precedente que no estaría vigente, por lo que no se podría aplicar.

Finalmente, la UNMSM argumentó que el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal haría mención a la actividad empresarial; sin embargo, en su caso, su institución realizaría actividad económica, por lo que independientemente a los argumentos detallados líneas previas, dado que tampoco realizaría actividad empresarial, no le sería aplicable dicho supuesto normativo, dado que no se podría hacer extensiva una restricción normativa a casos diferentes al supuesto planteado por la legislación.

Mediante Resolución N° 5 de fecha 18 de enero de 2017, la Comisión suspendió de oficio la tramitación del procedimiento hasta que la GEE emita un informe en el que se determine lo siguiente: (i) la definición del mercado relevante de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012; y, (ii) la definición del mercado relevante de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con una asistencia esperada de diez (10) mil y treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012.

Mediante Informe N° 032-2017/GEE de fecha 7 de abril de 2017, la GEE emitió un informe por el cual determinó el mercado relevante donde opera la UNMSM respecto de sus servicios relacionados con la práctica de fútbol profesional.

Mediante Resolución N° 6 de fecha 24 de mayo de 2017, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento, dispuesta mediante la Resolución N° 5 de fecha 18 de enero de 2017, continuando con la tramitación del expediente según su estado

El 11 de julio de 2017, la UNMSM presentó un escrito por el cual reiteró los argumentos formulados durante el procedimiento.

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. Los pedidos accesorios formulados por Gremco.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

3.1.1. Normas y criterios aplicables

Tanto el artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal que establece que en qué consiste un acto de violación de normas realizada por el Estado¹, así como el artículo 60 de la Constitución que regula la participación del mismo en la economía, contienen los criterios fundamentales que permiten examinar el presente caso.

En consecuencia, a fin de determinar si en el presente caso, las imputadas han incurrido en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, resulta necesario determinar previamente si nos encontramos frente a una actividad empresarial desarrollada por parte del Estado. Una vez comprobada dicha situación, corresponderá verificar si dicha actividad se adecúa a los límites establecidos en el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

- (i) El primero requisito exige que la realización de la actividad empresarial estatal esté autorizada por ley expresa.
- (ii) El segundo requisito implica verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, esto es, que la actuación del Estado como agente económico en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender la demanda.
- (iii) El tercer elemento consiste en constatar si el objetivo que la actividad económica pretende satisfacer reviste un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

3.1.2. Aplicación al presente caso

De acuerdo a lo detallado líneas previas, mediante Resolución de fecha 1 de junio de 2016, la Secretaría Técnica, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, modificó la imputación de

¹ **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 de una ventaja significativa por quien desarrolle actividad empresarial.”

cargos e imputó a la UNMSM la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría ofertando el uso de su infraestructura, es decir, su Estadio, en los siguientes mercados: (i) el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012; y, (ii) el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012, sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

En esa línea, corresponde determinar si la UNMSM habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. En atención a ello, si bien la imputación de cargos ha considerado necesario separar los mercados analizados, la Comisión considera conveniente destacar que se realizará un análisis conjunto de la actividad desarrollada por la imputada, siendo que únicamente los aspectos vinculados a verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado se evaluarán de manera separada, de ser el caso. En consecuencia, se procederá a realizar el análisis correspondiente a continuación:

a) La naturaleza de la actividad desarrollada por la UNMSM

En este punto, la UNMSM ha señalado que existe un pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional respecto del hecho materia de controversia. Al respecto, este colegiado considera necesario destacar que mediante la Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI, la segunda instancia ha analizado la obligatoriedad de la sentencia expedida en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC de la siguiente manera:

“(…)

37. En opinión de este colegiado, la sentencia del 15 de diciembre de 2006, emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 07644-2006-PA/TC no constituye, como asume la Comisión, un precedente vinculante; (...)

38. La referida sentencia no constituye un precedente vinculante, fundamentalmente porque el Tribunal Constitucional no lo ha señalado así en el texto mismo de la decisión, tal como establece el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

39. A mayor abundamiento, debemos señalar que tampoco se han cumplido las condiciones establecidas por el propio Tribunal Constitucional para la emisión de un precedente vinculante. En efecto, en la sentencia emitida el 14 de noviembre de 2005 en el Expediente 3741-2005-AA/TC, en el denominado caso “Salazar Yarlenqué”, el Tribunal Constitucional señaló que:

“41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una

interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

- c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.
 - d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante”.
40. En el caso en cuestión, es decir, el tramitado bajo el expediente 07644-2006-PA/TC no se presentó ninguno de los supuestos anteriores, por lo que, siguiendo los propios criterios del Tribunal Constitucional resulta evidente que no se trata de un precedente vinculante.
41. Sin perjuicio de haber concluido que la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida en el Expediente 07644-2006-PA/TC no constituye un precedente vinculante; en la medida que dicho criterio es el principal argumento esgrimido por la entidad denunciada y es el principal sustento de la decisión de la primera instancia, resulta pertinente analizar por qué el criterio contenido en dicha sentencia no debe, a entender de esta Sala, aplicarse al caso bajo análisis.
42. En primer lugar, es posible sostener que el caso bajo análisis no resulta comparable al caso que dio origen al proceso de amparo en el que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, dado que si bien existen hechos similares (el arrendamiento de bienes de una entidad estatal que supuestamente distorsiona el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos), los sujetos son distintos (Gremco y el Instituto Peruano del Deporte en el proceso de amparo, y la misma empresa y la UNMSM en el presente procedimiento) y el bien jurídico tutelado en la presente controversia es distinto. En el presente caso, lo que la autoridad de competencia debe tutelar es la leal competencia. En el proceso de amparo antes referido, lo que se pretendía proteger era la libertad de empresa. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional pudo considerar en dicho caso que la mera existencia de una actividad empresarial (o “no empresarial” tal como la califica el Tribunal Constitucional) no podía afectar la libertad de empresa de Gremco, pues esta podía seguir operando en el mercado sin inconvenientes pese a la presencia y participación de un ente estatal.
43. No obstante, el estándar de análisis no puede ser el mismo (es decir, no puede ser tan “laxo”) si lo que pretendemos defender es la leal competencia. En el caso bajo análisis, se tiene que determinar no sólo si Gremco puede entrar o permanecer en el mercado de arrendamiento de infraestructura para eventos públicos pese a la actividad de la UNMSM, sino si lo está haciendo en un contexto de leal competencia. Para ello, es necesario analizar si se cumple o no con el principio de subsidiariedad, para lo cual debería realizarse el test establecido por esta Sala mediante la Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI.
(...)

45. Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, esta interpretación del Tribunal Constitucional vacía totalmente de contenido el artículo 60 de la Constitución y el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, si se acogiera la interpretación de “actividad empresarial” adoptada en los considerandos citados líneas arriba; ocurriría que prácticamente cualquier actividad económica realizada por entidades estatales podría violar el principio de subsidiariedad. En efecto, si sólo se considerase como “empresarial” aquella actividad que se realiza con fines de lucro, prácticamente toda actividad estatal estaría exenta del artículo 60 de la constitución —dado que, por definición, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal tienen objetivos que trascienden lo lucrativo—, sin tener en consideración el hecho objetivo de que en la realidad, su actuar si pudiera estar distorsionando la leal competencia en el mercado.
46. Así, para evadir el principio de subsidiariedad y, por lo tanto la leal competencia en el mercado, bastaría que cualquier entidad estatal mediante la cual se quiera intervenir en el mercado adopte la forma legal de, por ejemplo, una asociación civil pues no tendría “fines de lucro”.
47. Un análisis tan sencillo consideramos que no le da una solución definitiva a esta discusión, pues lo que en realidad importa es establecer si el Estado o cualquier particular, con o sin fines de lucro, actúa como “operador económico” y verificar si esta actuación o esta conducta, como tal, incide o no en la estructura y funcionamiento del mercado.
48. Por tales consideraciones, esta Sala coincide con el criterio desarrollado por el mismo Tribunal Constitucional, en otro pronunciamiento, el cual no solo es más reciente (que el utilizando como fundamento por la Comisión) sino que aborda y analiza específicamente el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado. Nos referimos a la Sentencia del 15 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente 8152-2006-PA/TC, en la que el Tribunal Constitucional ha desarrollado el “principio de subsidiariedad económica del Estado” (...)
50. En tal sentido, de los párrafos citados se desprende que el principio de subsidiariedad se ve vulnerado cuando el Estado interviene en la economía “en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad”, en situaciones “en las que la colectividad y los grupos sociales —a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención- están en condiciones para hacerlo”.
51. En otras palabras, conforme al propio Tribunal Constitucional, lo relevante en lo que respecta al principio de subsidiariedad es determinar: (i) si el Estado interviene en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, ofreciendo un determinado producto o servicio; y, (ii) si tal situación se da pese a que exista oferta privada dispuesta satisfacer tal necesidad.
52. En ese sentido, en la línea de lo dicho por el propio Tribunal Constitucional, esta Sala sostiene que **el Principio de Subsidiariedad contenido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú**, se ve vulnerado si el Estado **realiza actividad económica**, teniendo por **efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado**. Ello, con independencia de la forma legal que el Estado adopte para realizar tal intervención o **los objetivos o fines a los que destine sus fondos**.

Seguidamente, en el referido pronunciamiento, la Sala analizó la naturaleza de las actividades realizadas por la UNMSM, señalando lo siguiente:

- “56. Por otro lado, la definición de “actividad empresarial” que propone el Tribunal Constitucional (en la sentencia utilizada por la Comisión), **desde la perspectiva de la justa y leal competencia y, en particular, para analizar presuntas vulneraciones al principio de subsidiariedad, es irrelevante y no aplica a ésta materia, pues en estos casos lo que correspondería es definir si el denunciado es o no un operador económico**, que se presenta cuando éste dispone y organiza los factores de la producción, capital y trabajo, para transar bienes y/o servicios en el mercado.
57. En el presente caso, la UNMSM no es una “empresa pública”, ni tiene fines de lucro, no obstante, **lo que importa es que efectivamente concurre en el mercado de arrendamiento de espacios para eventos públicos**. Es precisamente en atención a ello que el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado hace referencia al “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”, **dejando de lado expresamente su finalidad lucrativa o no pues lo importante en estos casos es ver si interviene o no en un determinado mercado, y si su conducta incide o no en la estructura y funcionamiento del mismo**.
- (...)
62. Lo relevante, en ese sentido, no es la forma jurídica de la entidad, sino la actividad económica realizada en un mercado, cualquiera que éste sea. Vender, comprar, arrendar en el mercado no es siempre una actividad empresarial, es en realidad una intervención en el mercado, independientemente de la finalidad con la que se realiza.
63. Es importante aquí precisar que tanto la Comisión como la Sala tienen el deber, al aplicar la Ley de Represión de la Competencia Desleal, de analizar los casos a la luz del “principio de primacía de la realidad”, en virtud del cual no tiene sentido centrarse en la forma jurídica de una organización, o determinar si ha realizado o no actividad empresarial, sino en la realización de actividades económicas y por tanto conceptualizar a este agente, persona natural o jurídica, de derecho público o privado con o sin ánimo de lucro, como operador económico y sobre todo si su conducta incide en la estructura y funcionamiento del mercado cualquiera que sea la forma que adopte, y sin tener en consideración a qué destine sus fondos.
64. En conclusión, en la línea de lo expuesto en el presente acápite, esta Sala considera que la UNMSM sí se ha comportado como un operador económico al arrendar su infraestructura para diversos espectáculos públicos, deportivos y no deportivos, por lo que sí sería pasible de violar el artículo 60 de la Constitución y, por ende, incurrir en el supuesto de violación de normas regulado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
65. Habiendo concluido que la sentencia del Tribunal Constitucional comentada (...) no es un precedente vinculante que deba obligatoriamente ser tomado en cuenta al analizar el caso materia de análisis, y que las actividades de arrendamiento de infraestructura llevadas a cabo por la UNMSM constituyen actividad económica con cuya intervención en éste mercado se puede establecer que se ha instituido en un operador económico; esta Sala considera que la Comisión debe analizar si esta intervención viola o no el principio de subsidiariedad, afectando la justa y leal competencia que es deber tutelar.”

En atención a lo expuesto, debido a que la segunda instancia ha considerado que la UNMSM sí se ha comportado como un operador económico al arrendar su infraestructura para diversos espectáculos públicos, deportivos y no deportivos, es decir, que la actividad realizada por la imputada se enmarca

dentro de una actividad empresarial. En atención a ello, los argumentos formulados por la UNMSM al respecto corresponden ser desestimadas (especialmente, en virtud a lo recogido en la Resolución N° 0416-2014/SDC-INDECOPI). En este punto, es necesario precisar que a este colegiado le corresponde únicamente determinar si dicha actividad se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, es decir, que se cumplen los tres requisitos anteriormente detallados.

De manera adicional, cabe mencionar que el superior jerárquico ha ordenado seguir los criterios de análisis establecidos mediante la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. En este punto, es oportuno analizar los cuestionamientos formulados por la UNMSM respecto de que dicho pronunciamiento se habría emitido en el marco de la potestad del control difuso de la Administración Pública, por lo que al haber cambiado de criterio el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia emitida en el Expediente N° 4293-2012-AA/TC, las pautas de análisis recogidas en dicha resolución no serían vigentes.

Al respecto, en la referida sentencia, se destacó lo señalado en la sentencia emitida en el Expediente N° 01680-2005-PA/TC, en la cual el propio Tribunal Constitucional expuso respecto de la institución control difuso, lo siguiente:

- “2. Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso). (...)
3. Dadas las consecuencias que su ejercicio pueda tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (STC N.º 0141-2002-AA/TC, Fund. Jur. N.º. 4. c; STC N.º 0020-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 5), ya que:

Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional conforme lo dispone la segunda Disposición General de la Ley N° 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional. (...)

De acuerdo a lo anterior, la institución del control difuso no se pretende aplicar en el presente procedimiento, debido a que en sentido estricto no se aspira analizar la constitucionalidad de una norma en el marco de dicha potestad, sino determinar la existencia de un acto de competencia desleal conforme a la legislación vigente.

De esta manera, cabe resaltar que no se aplica la potestad de control difuso en el presente caso, debido a que por mandato legal se ha otorgado a la Comisión y a la Sala la función de determinar si la actividad empresarial realizada por el Estado se encuentra conforme al artículo 60 de la Constitución. En este punto, se debe destacar que el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que **la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la referida Ley**. Esto significa que en estricto cuando se analiza la realización de actos de competencia desleal por la actividad empresarial del Estado no está aplicando la institución del control difuso, sino por el contrario, se da la aplicación directa de una norma legal.

En consecuencia, se puede concluir válidamente que los criterios de análisis recogidos en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI se encuentran vigentes, dado que los mismos han sido emitidos por la aplicación directa de una norma legal, esto es, el numeral 14.3 del artículo 14 de la

Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se procederá a determinar si la actividad empresarial realizada por la UNMSM se encuentra conforme al artículo 60 de la Constitución, puesto que caso contrario, dicha conducta configura un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme a la legislación de la materia.

b) La autorización por ley expresa del servicio de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos, deportivos y no deportivos

De acuerdo a lo detallado líneas previas, se ha concluido que el servicio de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos, deportivos y no deportivos constituye una actividad empresarial, la misma que debería ser desarrollada como regla general, por los agentes económicos privados, y excepcionalmente, por el Estado, siempre que se reúnan los requisitos establecidos por la Carta Magna en su artículo 60, entre los cuales se encuentra estar autorizado por ley expresa.

De manera preliminar, este colegiado considera necesario precisar que los hechos materia de investigación se enmarcan dentro del periodo comprendido entre 2008 - 2012 (es decir, desde vigencia de la legislación hasta la presentación de la denuncia formulada por Gremco). Al respecto, en dicho periodo se encontraba vigente la Ley N° 23733 (en adelante, la Ley Universitaria Aplicable), por lo que la misma será evaluada en el presente procedimiento.

En nuestro país, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 23733, Ley Universitaria Aplicable, que establecían en sus artículos 12 y 79, lo siguiente:

“Artículo 12.- Las Universidades pueden organizar institutos, escuelas, centros y otras unidades con fines de investigación, docencia y servicio.”

“Artículo 79.- Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicados a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad. La utilidad resultante es recurso propio de cada Universidad.”

Al respecto, dichos enunciados normativos son bastante específicos en su habilitación, siendo que incluso se autorizaba literalmente a que las Universidades puedan dedicarse a través de las unidades que forman parte de su estructura orgánica a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios.

De manera adicional, el artículo 79 del referido cuerpo normativo delimita el ámbito de las prestaciones económicas que pueden ser brindadas por las universidades. En efecto, dicho dispositivo establecía que las prestaciones empresariales que realicen las universidades debían ser compatibles con su finalidad, esto es, la actividad debe tener por objetivo central el facilitar, a través de su desarrollo, alguno de los fines universitarios reconocidos en el artículo 2 de la Ley 23733², tales como la promoción de la cultura, la investigación y la formación profesional y ética de sus estudiantes. Al respecto, este colegiado considera que el servicio de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos, deportivos y no deportivos se encuentra vinculada a la promoción de la cultura deportiva y artística, por lo que la actividad realizada por la UNMSM se encuentra conforme a lo establecido en la habilitación legal establecida en la Ley Universitaria Aplicable.

² **LEY 23733, Artículo 2.-** Son fines de las Universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- b) Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericana y universal;
- d) Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral; y,
- e) Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto.

Sin perjuicio de lo anterior, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 24365, que establece en su artículo 1, lo siguiente:

“Artículo 1.- Están comprendidos en el Código Civil los inmuebles de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.”

En esa línea, inclusive el Congreso de la República ha permitido que los inmuebles (en este caso, infraestructuras) de la UNMSM se encuentran comprendidas en los supuestos contractuales establecidos en el Código Civil, por lo que dicha imputada puede arrendar los mismos conforme a lo establecido en la legislación civil.

De acuerdo a lo anterior, existen diversas leyes aprobadas por el Congreso de la República que permiten a la UNMSM prestar el servicio de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos, por lo que se verifica el cumplimiento del primer requisito recogido en el artículo 60 de la Constitución.

c) La evaluación del carácter subsidiario de la actividad empresarial realizada por la entidad estatal

Mediante la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI se ha determinado los distintos niveles de análisis que corresponde realizar en los casos de presunta actividad empresarial del Estado. En ese sentido, se destaca lo siguiente:

- “82. Delimitar el mercado relevante es el primer paso para determinar si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada.
83. Luego, se procederá a evaluar 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.
84. La delimitación del mercado relevante es trascendental porque permite identificar cuáles son los competidores directos de la empresa estatal, de ser el caso que existan empresas privadas en el mercado. (...)
86. 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.”
87. Se puede distinguir tres escenarios:
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. (...)

De acuerdo a lo anterior, la delimitación del mercado relevante resulta trascendental debido a que permite identificar cuáles serían los competidores de la institución estatal investigada, para posteriormente determinar si la actuación del Estado como agente económico en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender la demanda.

En este punto, este colegiado considera oportuno destacar que se encuentra bajo análisis que la UNMSM concurriría ofertando el uso de su infraestructura, es decir, su estadio, en determinados

mercados de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos.

En este nivel, la Comisión considera necesaria realizar un análisis independiente respecto de los tipos de eventos públicos que se realizarían, dado que en el mismo participarían una demanda diferente de servicios. En virtud a ello, se analizará el arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, deportivos y no deportivos de manera separada.

En virtud a lo anterior, corresponde a la Comisión identificar el escenario en el cual se encuentra enmarcado los servicios materia del presente procedimiento (esto, determinar si en el mercado relevante existe oferta privada y, de ser el caso, cuántas empresas privadas existen en el mismo). Para dicho propósito, este órgano colegiado considera necesario tomar en cuenta los informes emitidos por la GEE, dado que los mismos, contienen información técnica necesaria para poder continuar con el desarrollo de este pronunciamiento.

De manera adicional, el periodo analizado por la GEE permite evaluar de manera adecuada el carácter subsidiario de la actividad empresarial materia de análisis, dado que permite observar la evolución de la oferta privada en el mercado investigado, siendo que si bien podría mencionarse información de momentos posteriores al periodo analizado (entre 2008 y 2012)³; sin embargo, no existe evidencia que verifique que las condiciones del mercado investigado han variado significativamente, por lo que dicha información se tomará de manera de muestra.

c.1) El arrendamiento de infraestructura estatal para la organización de eventos públicos no deportivos

c.1.1) Los mercados relevantes en el ámbito de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos no deportivos

a) Mercado producto: arrendamiento de infraestructura

De acuerdo a lo identificado por la GEE, mediante Informe N° 024-2016/GEE, posteriormente complementado con el Informe N° 024-I-2016/GEE⁴, la demanda por los servicios de arrendamiento por la infraestructura para conciertos del Estadio San Marcos, esta es realizada por los empresarios musicales, quienes se encargan de organizar dichos conciertos musicales. Dicho aspecto resulta útil para determinar los agentes económicos que participan en los mercados relevantes vinculados a eventos no deportivos. En esa línea, se ha observado que la demanda por los servicios del Estadio San Marcos respecto al arrendamiento de su infraestructura para conciertos, es realizada por los empresarios musicales, quienes se encargan de organizar dichos conciertos musicales.

En dichos informes, **la GEE ha observado que una característica importante de la demanda por el servicio de arrendamiento de infraestructura** de los estadios para conciertos es que los empresarios musicales pueden alquilar todo o una parte de dicho recinto, dependiendo de sus expectativas de asistencia, siendo que la capacidad máxima para conciertos puede diferir de la capacidad máxima para eventos deportivos, destacando lo siguiente:

“17. (...), de acuerdo a lo declarado por los empresarios musicales en medios, una característica importante de la demanda por el servicio de arrendamiento de infraestructura de los estadios para conciertos es que los empresarios musicales pueden alquilar todo o una parte de dicho recinto, dependiendo de sus expectativas

³ Dicho periodo abarca desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1044 (2008) hasta la denuncia formulada por Gremco con fecha 14 de junio de 2012 (2012).

⁴ Dicho informe se emitió debido a que la GEE recabó información adicional respecto de los hechos investigados, por lo que actualizó el contenido del Informe N° 020-2016/GEE.

de asistencia.

18. Al respecto, es importante señalar que el aforo para conciertos suele diferir de la capacidad máxima para eventos deportivos. Por ejemplo, cuando se arrienda un estadio en su totalidad, el aforo está dado por las personas que pueden entrar en la cancha del estadio más aquellas que pueden visualizar el escenario desde las diversas tribunas, menos el aforo de una tribuna que siempre se deja de lado porque frente a ella se coloca el escenario artístico (...); mientras que, en el caso de los eventos deportivos, la capacidad máxima suele estar dada por el número de personas que pueden ingresar a las diversas tribunas.
19. Por ejemplo, en el caso del Estadio San Marcos, el concierto de Gianmarco del 17 de agosto de 2012 donde se alquiló en su totalidad dicho estadio, el aforo máximo se dividió de la siguiente manera: las personas que podían entrar en la cancha de fútbol (16 000 personas); la gente que desde las tribunas oriente (12 000 personas) y occidente (12 000 personas) podían visualizar el escenario, y el aforo de la tribuna norte (10 000 personas); sin considerar la tribuna sur frente de la cual se colocó el escenario musical; es decir, la capacidad máxima para ese concierto fue 50 000 personas (...).
20. En el caso que se alquile una parte del estadio para organizar conciertos, la capacidad máxima depende de la zona que se arriende. En relación al Estadio San Marcos (...):
 - Si se habilitan la tribuna occidente más el campo o cancha de fútbol, entonces la capacidad máxima podría llegar hasta 20 000 asistentes aproximadamente.
 - Si se habilita el formato conocido como “medio estadio” (donde se habilita la tribuna norte más la mitad del campo o cancha de fútbol), entonces se tendría un aforo máximo de 20 000 personas aproximadamente (cifra referencial).
 - Si se arrienda únicamente la tribuna norte, la capacidad máxima sería de aproximadamente 15 000 personas.”

En virtud a lo anterior, la GEE ha elaborado el cuadro detallado líneas abajo, en el cual se presenta la lista de conciertos organizados en el Estadio San Marcos durante el periodo analizado 2008 – 2014 indicando además la zona que se habilitó dentro del establecimiento y la asistencia efectiva de espectadores:

CUADRO A
ESTADIO SAN MARCOS: CONCIERTOS REALIZADOS, SEGÚN ZONA HABILITADA Y
ASISTENCIA EFECTIVA DE ESPECTADORES, 2008 - 2014
(Personas)

Zona habilitada (capacidad máxima)	Nombre del concierto (año)	Asistencia	Nombre del concierto (año)	Asistencia
ESTADIO COMPLETO: 52 954 personas	Gianmarco (2012)	52 954	Iron Maiden (2011)	30 000
	Bon Jovi (2010)	47 000	Shakira (2011)	21 288
	Metallica (2010)	45 217	Aerosmith (2011)	20 796
	Jesús Adrian Romero (2013)	40 000	Fiesta Latina (2011)	20 000
	Juan Luis Guerra (2011)	38 712	Lady Gaga (2012)	19 851
	Green Day (2010)	35 000	Marc Anthony (2011)	15 000
	Fiesta Latina (2010)	35 000	Festival Salsa Giants (2013) ^{d/}	4 505
	Fania All Stars (2011)	30 000	Marcos Witt (2013) ^{b/}	nd
	Pearl Jam (2011)	30 000	Festival Perú Vive (2013) ^{c/}	nd
OCCIDENTE + CAMPO: 20 000 personas	Lima Hot Festival (2010)	20 000		
NORTE + MITAD DE CAMPO: 20 000 personas	Juanes (2012)	10 000	Tercer Cielo (2013)	nd
	Blur (2013)	7 000		
NORTE: 15 000 personas	Acustirock 3 (2012)	10 878	Bad Religion (2011)	2 000
	Calle 13 (2011) ^{d/}	10 000	Jorge Gonzales Rios (2012)	2 000
	Acustirock 4 (2013)	9 627	Rata Blanca (2014)	3 000
	Slayer (2011)	8 000	Cuba All Stars (2011)	nd
	Gustavo Cerati (2010)	7 000	Festival Viento de los Andes (2013) ^{e/}	nd
	Korn (2010)	6 000	Marco Barrientos (2013)	nd
	Evanescence (2012)	5 545	Paul Wilbur (2012)	nd
	Acustirock 5 (2014)	5 000	Salsa Flow (2012)	nd
	Juntos por el Rock (2013)	3 983	Salsa (2012)	nd
	Noel Gallagher (2012)	3 616		

nd = no disponible.

Notas:

- No se encontraron conciertos realizados en los años 2008 y 2009.
- No se identificaron conciertos donde solo se haya alquilado la tribuna oriente y el campo durante el periodo de análisis (2008-2014), y tampoco eventos donde desde un inicio se haya planificado solo para ser habilitado el campo de juego (excepto Noche de la Comida Peruana del 2012 que no se presenta en este cuadro por ser un evento gastronómico principalmente, aun cuando se presentaron algunos artistas también), ello independientemente del hecho que al final únicamente se habilitó el campo como habría sido el caso de Festival Salsa Giants del 2013 y Rata Blanca del 2014.
- No se incluyen: eventos religiosos distintos a conciertos religiosos (por ejemplo aquellos contratados por Iglesia Cristiana Pentecostés del Perú - Movimiento Misionero Mundial, y Testigos de Jehová), eventos corporativos (por ejemplo contratados por Omnilife Perú SAC, Banco Internacional del Perú - Interbank, y El Día del Bodeguero de 4PACK BTL, Noche de la Peruanidad del 2013 de Backus, excepto el concierto de Marc Anthony del 2011 por el aniversario de Nivea) y eventos gastronómicos (por ejemplo Noche de la Comida Peruana del 2012 de Backus), y conferencias (por ejemplo: Miguel Ángel Cornejo y Nick Vujicic), principalmente.

a/ Ver referencia a este evento en las notas al pie del Diagrama 3.

b/ Se considera el formato estadio completo debido a que las zonas habilitadas para los espectadores a este concierto habrían sido siete: tribuna norte, tribuna occidental 01 y 02, tribuna oriente 01 y 02, VIP y Platinum. Información obtenida el 22 de febrero de 2016, de:

<<http://www.eyccristianos.info/2013/10/marcos-witt-en-lima-peru-02-de.html>>. No obstante, según el Oficio N° 00163-SG-2016 remitido a la ST-CD1 por la UNMSM, las zonas habilitadas fueron "mitad de campo principal, tribuna oriente y occidental".

c/ Según el Oficio N° 00163-SG-2016 remitido a la ST-CD1 por la UNMSM, el estadio fue arrendado para dos fechas: 11 y 12 de octubre de 2013.

d/ La asistencia efectiva fue obtenida de: <<http://www.tempusnoticias.com/sociedad/calle-13-vuelve-a-lima-luego-de-su-polemico-concierto-en-2011/>>. Sin embargo, que otra fuente de información ha reportado una asistencia de 20 000 personas: <<http://elcomercio.pe/luces/musica/valio-pena-esperar-calle-13-mas-horas-noticia-1343384>>. Esto podría indicar que finalmente el formato utilizado fue el "medio estadio", o sea, norte más medio campo, pero no se tiene información precisa al respecto.

e/ Según otras fuentes, el estadio habría sido habilitado para 60 mil espectadores. Ver Canal de You Tube de Buenos Días Perú (accedido el 22 de febrero de 2016):

<<http://panamericana.pe/buenosdiasperu/entretenimiento/137623-pelo-d-ambrosio-max-castro-unen-festival-viento-andes>>

Fuente: Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), ATV, Diario El Comercio, Diario Perú 21, Diario La República, Oficio N° 00163-SG-2016 remitido a la ST-CD1 por la UNMSM, RPP, Web Conciertos Perú, y otras fuentes de información públicas y disponibles.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Siguiendo lo anterior, los establecimientos disponibles para eventos no deportivos en Lima y Callao para el periodo 2008 - 2014, según su capacidad máxima, se pueden clasificar en tres categorías:

- Para eventos con más de 30 mil asistentes, habría cuatro establecimientos (todos estadios): Estadio Monumental, Estadio Nacional, Estadio San Marcos, y Estadio Alejandro Villanueva (Matute).
- Para eventos desde 10 mil hasta 30 mil asistentes, habría al menos veintitrés establecimientos (explanadas, estadios, etc.), entre los que se encuentran: Predio de Global (mal llamado “Explanada del Estadio Monumental” o incluso “Explanada Sur del Estadio Monumental”, y cerrado desde 2012), Explanada de la Costa Verde, Estadio Guadalupano (Los Olivos), entre otros.
- Para eventos de menos de 10 mil asistentes (pero más de 2 000 asistentes), habría al menos diecisiete establecimientos (coliseos y centros de convenciones, principalmente) entre los que se pueden mencionar a: La Balanza (Carretera Central), Coliseo Mariscal Cáceres (Chorrillos), Coliseo Eduardo Dibós, etc.

En particular, la GEE ha podido identificar respecto de la oferta de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos no deportivos, lo siguiente:

“En base a la información presentada (...) se puede indicar que los establecimientos ubicados en Lima y Callao que estaban disponibles durante el periodo de análisis (2008 - 2014) para la organización de conciertos (con capacidad mayor a 2 000 personas, sin considerar los establecimientos dedicados principalmente a cumbia y/o folklore, y aquellos que se encuentran relativamente alejados, en Lurín o Chosica) eran:

- Estadio Monumental.
- Estadio San Marcos.
- Estadio Nacional.
- Predio de Global.
- Explanada de la Costa Verde.
- Ex Parque Zonal Yahuar Huaca (Callao).
- La Videna (San Luis).
- Sector H (Jockey Plaza).
- Estadio Miguel Grau (Callao).
- La Pelouse (Jockey Club).
- Ex Centro de Equitación (Jockey Club).
- Tribuna popular (Jockey Club).
- Explanada Sur del Estadio Monumental.
- Explanada del Parque de la Exposición.
- Explanada Norte del Estadio Monumental.
- Anfiteatro del Parque de la Exposición.
- Discoteca Céntrica CC Real Plaza (Centro Cívico).
- Explanada Oriente del Estadio Monumental.
- Centro de Convenciones María Angola.
- Coliseo Polideportivo PUCP.
- Centro de Convenciones Claro (San Miguel).

Para el caso de conciertos con más de 30 mil asistentes, según Jorge Fernández y Alberto Menacho, solo sería posible realizar conciertos con dicho aforo en tres escenarios de Lima: Estadio Monumental, Estadio Nacional, y Estadio San Marcos (Cadillo, 2013), ya que dichos estadios son los únicos lugares donde se pueden organizar conciertos que impliquen recibir a

una gran cantidad de personas (Business, 2013).

Algunos factores que podrían explicar lo anterior serían (Fernández, 2015a):

- La capacidad máxima en sí misma es muy importante cuando se organizan eventos con artistas de talla internacional cuyo costo de contratación asciende a varios millones de soles (por ejemplo, Paul McCartney costó US\$ 5 millones en el 2011 y Elton John US\$ 2,5 millones en el 2012) pues se busca que su presentación sea en un local donde se pueda maximizar el aforo disponible.
- La infraestructura construida y disponible hace que los empresarios artísticos solo tengan que montar el escenario y no se tenga que instalar asientos, barandales, baños, paredes, etc. (desde cero), como en el Predio de Global o la Explanada de la Costa Verde que básicamente son espacios abiertos, es decir, se reduce el costo de montaje / desmontaje y realización del evento.
- El hecho de tener una infraestructura construida y no solo un espacio abierto, permite al empresario artístico establecer un mayor precio por la entrada al evento, pues la disponibilidad a pagar de los consumidores sería mayor.”

En virtud a lo anterior, se ha observado respecto a los conciertos organizados en el Estadio San Marcos durante el periodo investigado, que dicho recinto deportivo es demandado por los empresarios musicales en dos tipos de situaciones: aquellas donde se alquilan sus instalaciones completamente y aquellas donde se arrienda una parte de sus instalaciones, dependiendo principalmente de la cantidad esperada de asistentes al concierto.

Al respecto, resulta necesario determinar de manera específica los servicios que ha brindado el Estadio San Marcos para poder determinar aquellos que serán materia de pronunciamiento. Al respecto, resulta útil lo señalado por la GEE cuando indica lo siguiente:

- “29. **Cabe precisar que se emplea como umbral una cantidad de asistentes de 30 mil personas porque para conciertos con una asistencia esperada significativamente mayor, los empresarios musicales que deseen alquilar el Estadio San Marcos deben hacerlo en su totalidad.** En efecto, no se ha observado una combinación de locaciones dentro de ese recinto deportivo que permita albergar una cantidad significativamente mayor que 30 mil asistentes (...), teniendo necesariamente que habilitarse en su totalidad.
30. Por lo que, durante el periodo 2008 - 2014, los posibles lugares para organización de conciertos con más de 30 mil asistentes eran: Estadio Monumental, Estadio Nacional (excepto el periodo de refacción junio 2010 - julio 2011) y Estadio San Marcos.
31. **En relación al umbral de 10 mil personas como cantidad esperada para un concierto, se precisa que esto se encuentra relacionado con las capacidades máximas que tienen los otros establecimientos disponibles para la organización de conciertos,** que de alguna manera podrían ser considerados por los empresarios musicales como alternativas al Estadio San Marcos y que fueron empleados de manera efectiva y regular (en la mayoría de casos) para la organización de conciertos durante el periodo 2008 – 2014.
32. Por ejemplo, **cuando la expectativa de asistencia (no la asistencia efectiva, necesariamente) es significativamente menor a 10 mil personas, los empresarios musicales en realidad contarían con otras locaciones,** tal vez más ventajosas, como: Explanada Norte del Estadio Monumental (cap. 7 000 personas),

Anfiteatro del Parque de la Exposición (distinto a la explanada, cap. 5 000 personas), Discoteca Céntrica CC Real Plaza - Centro Cívico (cap. 5 000 personas), Explanada Oriente del Estadio Monumental (cap. 4 000 personas), Centro de Convenciones María Angola (cap. 3 000 personas) y el Centro de Convenciones Claro de San Miguel (cap. 2 000 personas).

33. Incluso cuando la asistencia esperada es aún mucho menor, por ejemplo, por debajo de las 2 000 personas, el Estadio San Marcos no es empleado, siendo que los empresarios musicales que organizan este tipo de conciertos (con asistencia esperada menor a 2 000 personas) acuden a otros establecimientos como por ejemplo: el Centro de Convenciones Scencia en La Molina o el Centro de Convenciones Barranco, ambos con una capacidad máxima de 1 500 personas paradas u 800 sentadas.” (Resaltado añadido)

En ese contexto, este colegiado observa que la GEE ha considerado las capacidades máximas que tienen los otros establecimientos disponibles para la organización de conciertos. En atención a ello, resulta adecuado la diferenciación realizada por la GEE respecto de dividir los servicios brindados por el Estadio San Marcos basándose en la capacidad disponible de los establecimientos existentes durante el periodo analizado.

En consecuencia, la Comisión concuerda que los servicios que ha brindado el Estadio San Marcos, durante el periodo analizado, son de dos (2) tipos: (i) el arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas; y, (ii) el arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de entre 10 mil y 30 mil personas.

Sin perjuicio de lo anterior, este colegiado considera oportuno resaltar que lo anterior no enerva que **existen otros factores relevantes (además de la capacidad de asistencia) que son considerados por la demanda de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos no deportivos, tales como los costos de negociación, la ubicación, las vías de acceso y salida, el tipo de infraestructura y las facilidades logísticas**, entre otras variables, dado que estos elementos resultan ser valorados por los empresarios y/o consumidores para realizar o asistir a un determinado espectáculo, así como dichos factores se encuentran relacionados a la posibilidad de que la autoridad competente brinde la autorización correspondiente (dado que dichas características se encuentran vinculadas a las medidas de seguridad del espectáculo)⁵. En atención a ello, dichos factores serán considerados para determinar la oferta privada disponible en dichos mercados, de ser el caso.

b) Mercado geográfico: delimitación de la zona geográfica

En este punto, dado que se ha podido identificar los servicios que presta la UNMSM, un aspecto relevante a considerar resulta ser el ámbito geográfico del mercado que habría operado el Estado Nacional, siendo que este se encuentra circunscrito a Lima. En esa línea, la GEE indicó lo siguiente:

- “36. En primer lugar, el ámbito geográfico del mercado donde habría operado el Estadio San Marcos estaría limitado solamente a Lima, descartándose otras ciudades como Piura, Trujillo, Arequipa, etc., por los dos motivos siguientes:

⁵ Por ejemplo, en conciertos, han existido casos que resultan relevantes las medidas de seguridad del evento, lo cual se encuentra relacionado a la ubicación, las vías de acceso y salida, entre otros factores, conforme se puede observar en los siguientes casos: <http://peru21.pe/espectaculos/the-rolling-stones-seguridad-maxima-estadio-monumental-falta-dos-dias-concierto-2240571> <http://www.pqs.pe/actualidad/noticias/marc-anthony-juan-luis-guerra-y-cinco-medidas-de-seguridad-para-conciertos>

- La demanda, es decir, los consumidores que quieren y pueden comprar una entrada para un concierto, dados los precios a los que se venden dichas entradas, se ubican principalmente en Lima.
- La infraestructura disponible para la organización de conciertos también se ubica en Lima, por ejemplo: estadios o locales donde se realicen los conciertos, hoteles para recibir al artista y su staff de colaboradores, cadena logística para traslado de equipos de sonido y otros que suelen transportar los artistas, entre otros servicios relacionados con la organización de conciertos.

(...)

40. En segundo lugar, el ámbito geográfico se encontraría dado no por toda la superficie de Lima, sino por los establecimientos ubicados dentro de esa área geográfica, donde los empresarios musicales podían efectivamente organizar sus conciertos. Es decir, no es que en cualquier lugar dentro de esa área geográfica, sea posible organizar conciertos.
41. Es más, (...), ni siquiera es factible la alternativa de desarrollar conciertos en establecimientos ubicados en Lima Norte o Lima Sur porque: (i) aumentarían los costos de producción de los eventos tanto por temas logísticos como por los mayores gastos en publicidad (campaña de medios), (ii) probablemente no acudiría mucha gente pues el consumidor limeño promedio en su mayoría no se encontraría dispuesto a movilizarse largas distancias para acudir a eventos artísticos, y (iii) principalmente asistirían las personas muy fanáticos del artista, que por lo general representan apenas el 15% del total de asistentes a los conciertos (...).

En base a lo descrito en esta sección, este colegiado comparte lo concluido por la GEE respecto de que a la realización de los conciertos, el Estadio San Marcos habría operado en dos mercados relevantes: (i) el mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas en Lima durante el periodo 2008 – 2012; y, (ii) el mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de entre 10 mil y 30 mil personas en Lima durante el periodo 2008 – 2012.

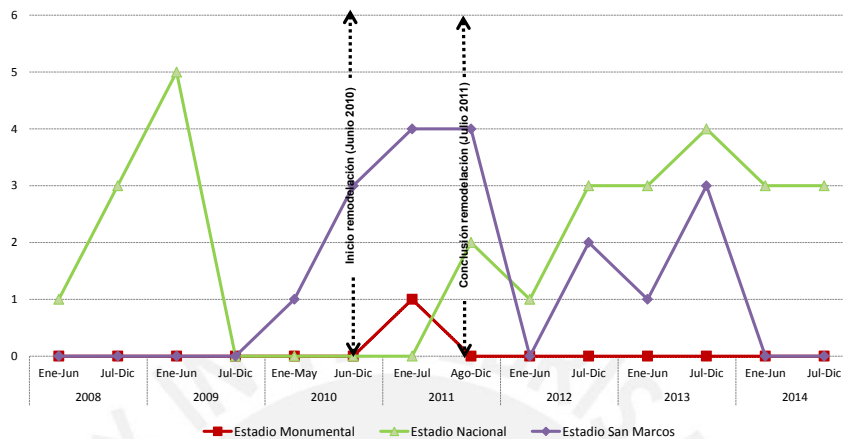
En atención a lo anterior, este colegiado determinará si existe oferta privada real y potencial en dichos mercados, para verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado.

(i) El mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas

(i.1) La oferta privada disponible

Para analizar a los participantes en el mercado relevante de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas en Lima resulta útil que durante el periodo comprendido entre 2008 y 2012, hubo un intervalo de tiempo (desde junio 2010 hasta antes del 24 de julio de 2011) donde el Estadio Nacional estuvo cerrado por las actividades de refacción en su infraestructura, y sus instalaciones no pudieron ser alquiladas para conciertos en dicho periodo, ni para actividades deportivas, los conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas se realizaron en el Estadio San Marcos y el Estadio Monumental, conforme se puede observar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1
LIMA: CONCIERTOS ORGANIZADOS CON ASISTENCIA ESPERADA DE MÁS DE 30 MIL PERSONAS, SEGÚN ESTABLECIMIENTO, 2008 – 2014
 (Conciertos)



Nota: Algunas fuentes de información como RPP (2011) indican que la refacción del Estadio Nacional ocurrió desde mediados de 2009. Independientemente de esto, las conclusiones respecto a los patrones de sustitución entre establecimientos no cambian en modo alguno, y por ende tampoco las conclusiones ni de este informe ni del Informe 020-2016/GEE del 5 de febrero de 2016.
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

En virtud a lo anterior, la GEE ha observado que el mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas, estaría constituida por el Estadio Nacional, el Estadio San Marcos y el Estadio Monumental, conforme se detalla a continuación:

“Efectivamente los tres establecimientos (Estadio Nacional, Estadio San Marcos y Estadio Monumental) estarían dentro del mismo mercado relevante en el caso del servicio de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas en Lima Metropolitana durante el periodo 2008 – 2014.”

En atención a ello, este colegiado observa que en el mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de eventos no deportivos (conciertos) con una asistencia esperada de más de 30 mil personas, la oferta privada disponible habría estado constituida por el Estadio Monumental.

De manera adicional, este colegiado observa que, si bien el Estadio Monumental tiene un nivel de asistencia que permite determinar que se encuentra dentro del mismo mercado relevante que el Estadio Nacional, se observa que dicho estadio posee características que permiten inferir que no cuenta con características homogéneas a las brindadas por la oferta pública. En particular, de la revisión del referido grafico se observa que la ausencia del Estadio Nacional está asociada a un incremento importante en el arrendamiento del Estadio de San Marcos y un muy pequeño incremento en la demanda de arrendamiento del Estadio Monumental, lo que permite inferir que la oferta del Estadio Monumental no resulta ser un sustituto adecuado a la oferta brindada por el Estadio Nacional, lo cual de acuerdo a la GEE se explica por lo siguiente:

“(…), el hecho que se haya usado más el Estadio San Marcos que el Estadio Monumental posiblemente se explique porque para poder usar este establecimiento en su totalidad **se debe negociar con tres empresas distintas** que no necesariamente tienen una buena coordinación entre sí: Gremco (por el alquiler de la infraestructura), el Club Universitario de Deportes (por el acceso a la cancha), y la Asociación de Palquistas del Estadio Monumental (por los pagos para los palquistas),

haciendo que algunos empresarios artísticos prefieran no organizar sus conciertos en el Estadio Monumental, además porque al menos dos veces al mes hay partidos de fútbol y si la fecha coincide con la del concierto, se debe negociar con el Club Universitario de Deportes para que dicho partido se lleve a cabo en otro estadio (...)" (Resaltado añadido)

De lo anterior, una característica que genera una falta de homogeneidad entre la oferta del Estadio Monumental y el Estadio San Marcos (esto es, lo que hace que no sean sustitutos) resulta ser la vinculada a la negociación para el arrendamiento del Estadio Monumental, lo que genera costos que deben ser evaluados por los demandantes de infraestructura, siendo esto un aspecto que carece la oferta brindada por el Estadio San Marcos por lo que ambas cuentan con características que difieren sustancialmente en virtud de dicho aspecto.

De manera adicional, cabe resaltar que el Estadio Monumental se ha encontrado asociado a hechos de violencia en diversos momentos⁶, situaciones que no se han observado en el Estadio Nacional. Por ejemplo, durante el año 2011 se registró un hecho en el Estadio Monumental que generó que la Municipalidad de Ate clausuró temporalmente dicho estadio, lo que es otra razón que explica que a pesar que el Estadio Nacional entró a reparación y el Estadio Monumental no aumentó su arrendamiento.

Asimismo, un aspecto a considerar resulta ser las características específicas de la demanda, dado que las mismas influyen significativamente en las condiciones de competencia y en la definición de los mercados. En particular, la ubicación del Estadio Monumental genera que un determinado grupo de consumidores se dirijan a dichos lugares; sin embargo, generara que otro grupo de estos no considere a los eventos ubicados en dichos establecimientos como alternativas de consumo, especialmente, por su ubicación. Al respecto, dicha característica limita que determinados consumidores consideren a dicha oferta como una alternativa, dado que lo anterior se encuentra estrechamente vinculada a las vías de acceso y salida que poseen para llegar y retirarse del evento, lo que necesariamente será considerada para el arrendamiento de determinado local. En particular, dada la ubicación de la oferta del Estadio Monumental (distrito de Ate), se observa que la misma no resulta homogénea a la brindada por el Estadio San Marcos (distrito de Cercado de Lima) dado que la segunda posee diversas alternativas de acceso y salida que permiten una participación de asistentes de diversos puntos de Lima, lo que no ocurre respecto de la oferta brindada por el Estadio Monumental, por lo que puede concluirse que la demanda observa diferencias sustanciales respecto de la oferta del Estadio Monumental y el Estadio San Marcos, lo que implica que ambas no sean sustitutos.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que el Estadio Monumental resulta ser la única oferta privada que podría absorber la demanda que libere el Estadio de San Marcos (ante la ausencia del mismo), corresponde realizar la evaluación correspondiente.

(i.2) Escenario aplicable: existe una empresa privada y una empresa estatal

De acuerdo a lo identificado, en el mercado relevante analizado participan una empresa privada (en este caso, la oferta del Estadio San Marcos) y una empresa estatal (en este caso, la oferta del Estadio Monumental). En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, debido a que se encuentra fuera del supuesto recogido por el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria, se deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere, o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.

⁶ Por ejemplo, dichos hechos se observan en el siguiente enlace:
<http://elcomercio.pe/lima/estadio-monumental-lista-vandalismo-muertes-clausuras-269501>

En este punto, debemos considerar lo recogido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI en el cual se señaló lo siguiente:

- “107. (...) 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.
108. 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 o entidad 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 (...)
109. 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, se 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.
110. De no existir barreras significativas, se concluirá que la empresa o entidad 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, se concluirá que la presencia estatal en el mercado investigado es subsidiaria.”

De acuerdo a lo anterior, se debe determinar si la oferta del Estadio Monumental se encuentra en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda que eventualmente libere el Estadio San Marcos. En atención a ello, corresponde determinar la capacidad de absorción de la oferta privada en mención, es decir, 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

Una vez hallada la capacidad de absorción del Estadio Monumental, ésta se debe comparar con la demanda que liberaría el Estadio San Marcos si se retira del mercado.

En particular, la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada) del Estadio Monumental resulta ser la misma, debido a que en el servicio analizado requiere el uso de la infraestructura en su totalidad para realizar un evento no deportivo.)

En esa línea, en caso se arriende el Estadio Monumental para realizar un evento, se observa que la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada) de dicho establecimiento resulta ser la misma, debido a que en el servicio analizado requiere toda la infraestructura, así como la habilitación de permisos (por ejemplo, emitidos por la Oficina de Gobierno Interior) para la realización de un evento no deportivo, por lo que **no podría realizarse más de un evento en la misma fecha, por lo que existe una limitación en la oferta privada para absorber la demanda que libere el Estadio San Marcos.**

En atención a ello, **debido a que la oferta privada carece de capacidad inmediata de absorción, se verifica que la oferta privada no puede cubrir la posible demanda liberada por el Estadio San Marcos en caso se retire del mercado**, por lo que corresponde evaluar si existen barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores que cubran la demanda que cubre la imputada.

(i.3) Análisis de barreras de entrada

En este nivel, corresponde determinar si las barreras de entrada son bajas, lo que daría como conclusión que existirían proveedores potenciales que podrían ingresar al mercado y satisfacer la demanda liberada o, en su defecto, son sustantivas, lo que daría como conclusión que la actividad estatal sería subsidiaria. En particular, debemos considerar lo señalado en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI en el cual se indicó lo siguiente:

- “96. Se pueden identificar hasta tres tipos de barreras: (i) legales y/o administrativas; (ii) estructurales; y, (iii) de conducta o estratégicas.
97. 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.
98. 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.
99. Finalmente, las barreras de conducta o estratégicas son las generadas por el comportamiento de las propias empresas que compiten actualmente en el mercado investigado, o de las empresas que no están establecidas en el mercado, pero desde fuera pueden influir en sus condiciones de competencia. Una barrera de este tipo podría ser, por ejemplo, la existencia de acuerdos verticales de exclusividad.”

Como se puede apreciar, existe una distinción de barreras de entrada, respecto de las cuales la Comisión tendrá que evaluar su aplicación al mercado relevante del presente procedimiento. En este nivel, la GEE ha identificado las barreras significativas a la entrada que imposibilitan el ingreso de nuevos competidores en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de conciertos con una asistencia esperada de más de 30 mil asistentes, indicando lo siguiente:

- “56. En el caso específico del mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de conciertos una asistencia esperada de más de 30 mil personas en Lima, según Lelio Balarezo, ex presidente de la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco), la construcción de un estadio para esa cantidad de espectadores en la ciudad de Lima no es rentable dada la poca cantidad de conciertos que se realiza en nuestro país y la baja demanda de los consumidores en comparación con lo que se observa en otros países, y adicionalmente, otro factor limitante para la construcción de nuevos estadios para la realización de conciertos es que no existen espacios céntricos dentro de la ciudad de Lima (Puga y Canelo, 2009) y de algún modo también influiría el hecho de no contar con adecuados medios de transporte público para conectar puntos alejados de Lima.
57. El primer paso para la construcción de un estadio consiste en obtener financiamiento y luego, hay que conseguir el terreno respectivo, siendo que la compra del terreno podría duplicar el costo de construcción del estadio (Cruz, 2013). En un contexto de

escasez de terrenos como ocurre en la ciudad de Lima, el costo de construcción podría incluso más que duplicarse.

58. Es decir, la disponibilidad de un terreno junto con el respectivo financiamiento para la construcción del establecimiento se constituyen en los factores claves para la disponibilidad de un lugar para organizar conciertos. Incluso puede pensarse en la disponibilidad del terreno como el acceso al “insumo” esencial en esta industria de arrendamiento de infraestructura para organización de conciertos.
(...)
60. Adicionalmente, la disponibilidad de un establecimiento para conciertos de más de 30 mil personas, también podría limitarse por factores externos como por ejemplo la negativa de las autoridades municipales para la entrega de autorizaciones de construcción o de permisos para la organización de conciertos.
 - Por ejemplo, a inicios del 2014 se daba cuenta que el Club Sporting Cristal iba a comenzar la construcción de su propio estadio para entre 22 y 23 mil personas en el Rímac, en el lugar ocupado por el complejo Alejandro Villanueva, entre las calles Armando Filomeno y Santos Chocano (Depor, 2013). Sin embargo, la Municipalidad Distrital del Rímac prohibió su construcción debido a potenciales problemas de seguridad que podría representar para los vecinos de la zona (El Comercio, 2014c).
 - Otro ejemplo es la suspensión de entrega de permisos por parte de la Municipalidad Distrital de Ate para la organización de conciertos en el Predio de Global (El Comercio, 2012a y La República, 2012). Es decir, una regulación estatal hizo que un operador no continúe en el mercado.
61. Para complementar lo anterior, es importante hacer notar que, al parecer el periodo de construcción de un estadio podría situarse entre dos y tres años que es el caso del mencionado estadio del Club Sporting Cristal cuya construcción se prohibió (Depor, 2013 y Perú 21, 2013). La refacción (no construcción desde cero) del Estadio Nacional duró aproximadamente un año, desde junio 2010 hasta julio 2011.”

De acuerdo a lo anterior, este Colegiado comparte la conclusión respecto de que las barreras a la entrada en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos no deportivos (conciertos) por encima de 30 mil asistentes en Lima, serían de dos tipos:

- La escasez de terrenos ubicados en zonas céntricas de la ciudad de Lima para construcción de un estadio de más de 30 mil asistentes.
- Imposición de límites regulatorios como posibles prohibiciones de construcción de nuevos establecimientos para conciertos en lugares relativamente céntricos dentro de ciudad de Lima.

En particular, con relación a la disponibilidad de un terreno junto con el respectivo financiamiento para la construcción del establecimiento, este Colegiado considera que estos son barreras estructurales denominados costos hundidos, los cuales son costos irrecuperables que deben ser afrontados por las empresas entrantes durante un determinado período de tiempo, una vez que ingresan a un mercado determinado. Dichos costos generalmente se encuentran asociados a inversiones específicas, así como cuentan con períodos de maduración relativamente largos. En particular, **los costos hundidos influyen de manera importante en la decisión de entrada de una empresa al mercado, puesto que se trata de recursos que una vez invertidos sólo continúan teniendo valor si la empresa se mantiene en el mercado**, lo que, a su vez, también genera que sea costosa su eventual salida del

mercado. En tal sentido, este Colegiado considera que los costos para el ingreso de nuevos competidores en el mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de eventos no deportivos (conciertos) con una asistencia esperada de más de 30 mil personas, es significativamente alto, dada la existencia de costos hundidos que deben asumir.

Al respecto, **la Comisión considera que existen barreras legales y estructurales relevantes que no son atribuibles a la UNMSM, por lo que se concluye que la actividad estatal en dicho mercado es subsidiaria**, por lo que se debe proceder al siguiente nivel de análisis consistente en evaluar si la actividad realizada por la imputada en el mercado relevante en mención es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, lo que se realizará en la sección correspondiente, esto es, en el literal d) del presente pronunciamiento.

(ii) **El mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas**

(ii.1) **La oferta privada disponible**

En este nivel de análisis, la GEE ha precisado que el alcance geográfico del mercado relevante no se refiere a toda Lima sino solo a aquellos lugares donde están ubicados los establecimientos con capacidad para recibir conciertos con esa asistencia esperada, y sería el caso cuando los empresarios musicales optan por arrendar una parte del Estadio San Marcos. En particular, en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, los establecimientos privados alternativos a arrendar una parte del Estadio San Marcos, de acuerdo a lo analizado por la GEE, son los siguientes:

- Estadio Monumental (alquilándose solo una parte).
- Estadio Nacional (alquilándose solo una parte).
- Predio de Global con capacidad de hasta 30 mil personas (obviamente formaba parte del mercado relevante hasta cuando lo cerraron en el 2012).
- Sector H del Jockey Plaza con capacidad de hasta 20 mil personas.
- La Pelouse del Jockey Club con capacidad de hasta 20 mil personas.
- Ex Centro de Equitación del Jockey Club con capacidad de hasta 10 mil personas.
- Tribuna Popular del Jockey Club con capacidad de hasta 10 mil personas (hasta cuando estaba disponible).
- Explanada Sur del Estadio Monumental con capacidad de hasta 10 mil personas.
- Explanada del Parque de la Exposición (distinta al Anfiteatro) también con capacidad de hasta 10 mil personas.

Al respecto, este Colegiado considera que, si bien existió la oferta brindada por el Predio de Global, debido a que el mismo ha cerrado (esto es, en el año 2012), no resulta adecuado incluirlo dentro del análisis de absorción de la demanda, dado que **dicha oferta no podría, justamente, absorber la demanda que libere el Estadio San Marcos, debido a su inexistencia**. En consecuencia, no corresponde ser considerada como oferta disponible.

De igual manera, se observa que determinados establecimientos cuentan con una capacidad máxima de hasta diez (10) mil personas y, dado que el análisis de absorción abarca establecimientos con capacidad entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, necesariamente, **dichos establecimientos no podrán absorber la demanda que se libere para eventos no deportivos mayores de diez (10) mil personas por lo que no corresponde su inclusión respecto de establecimientos capaces de absolver la demanda que libere el Estadio San Marcos** en este mercado relevante. En consecuencia, no se consideran como oferta disponible a los siguientes lugares: (i) Ex Centro de Equitación del Jockey Club; (ii) Tribuna Popular del Jockey Club; (iii) Explanada Sur del Estadio

Monumental; (iv) Explanada del Parque de la Exposición (distinta al Anfiteatro).

En este nivel, se observa que de manera adicional a la oferta brindada por el Estadio Monumental y el Estadio San Marcos respecto del arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, existe la oferta de dos (2) lugares para la realización de este tipo de eventos, siendo estos: (i) Sector H del Jockey Plaza, con capacidad máxima de hasta 20 mil personas; y, (ii) la Pelouse del Jockey Club, con capacidad máxima de hasta 20 mil personas.

De igual modo, resulta oportuno destacar que, entre las ventajas y desventajas de los establecimientos disponibles dentro del mercado relevante analizado, la GEE observó respecto de los espacios vinculados al Jockey Plaza y Jockey Club lo siguiente:

CUADRO B

Establecimiento	Ventajas	Desventajas
Jockey Club / Jockey Plaza	- La Pelouse es la zona que se alquila con más frecuencia.	- Problemas con la Municipalidad de Surco: prohíbe venta de alcohol, trámites y permisos engorrosos. - Solo cuenta con una única entrada y salida para los asistentes a los eventos. - Tribuna Popular del Jockey Club está cerrada.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Al respecto, de la revisión de la Ordenanza N° 292-MSS que aprueba el Reglamento General de Licencias y Autorizaciones de Funcionamiento en el distrito de Santiago de Surco⁷ se observa que existen determinadas limitaciones para el expendio de bebidas alcohólicas (por ejemplo, solo permite la venta de bebidas alcohólicas únicamente como acompañamiento de comidas y el horario para la venta de bebidas alcohólicas es entre las 06:00 horas y las 23:00 horas), lo que podría generar, a su vez limitaciones para llevar a cabo determinados espectáculos.

⁷ **ORDENANZA N° 292-MSS - REGLAMENTO GENERAL DE LICENCIAS Y AUTORIZACIONES DE FUNCIONAMIENTO EN EL DISTRITO**
Artículo 60.- PROCEDENCIA DEL EXPENDIO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS
 El expendio de las bebidas alcohólicas se da únicamente en los siguientes casos:
 1.- Venta de licor envasado con registro sanitario para llevar en Bodegas, Minimarkets, Hipermercados, Supermercados, Autoservicios y Licorerías.
 2.- Venta de licor por copas y preparados con registro sanitario para consumir en el establecimiento únicamente como acompañamiento de comidas en los casos de restaurantes, restaurantes turísticos, Pubs y afines (como giro complementario al principal).
 3.- Venta de licor con registro sanitario en las Actividades Sociales.
 4.- Venta de licor con registro sanitario en los establecimientos de venta de productos vitivinícolas en las zonas autorizadas.
Artículo 61.- PROHIBICIONES GENERALES
 Se encuentra terminantemente prohibido:
 1.- El expendio de licores para consumo dentro de bodegas, licorerías y establecimientos dedicados a la venta de abarrotos y similares de venta de productos de primera necesidad, así como también a los alrededores de estos establecimientos.
 2.- El expendio de licores bajo cualquier modalidad a menores de edad.
 3.- El brindar facilidades para consumir licores en los alrededores del establecimiento donde se realizó la venta o en la vía pública.
 4.- El realizar preparados de bebidas alcohólicas para su venta y expendio con excepción de lo señalado en el numeral 2 del artículo 60 de la presente Ordenanza.
 5.- Expendir bebidas alcohólicas fuera del horario señalados el artículo 62 y el literal a) del artículo 64 de la presente Ordenanza, según corresponda. En caso de incumplimiento acarreará la clausura inmediata del establecimiento.
 6.- El Expendio de licores para consumo dentro de las canchas, losas y campos deportivos.
Artículo 62.- CONDICIÓN GENERAL
 Los establecimientos autorizados para realizar una de las actividades señaladas en el artículo 60 de la presente Ordenanza deberán sujetarse a los horarios establecidos en el literal a) del artículo 64 de la presente Ordenanza con excepción de las Bodegas, Minimarkets, Hipermercados, Supermercados, Autoservicios, Licorerías y afines cuyo horario para la venta de bebidas alcohólicas será entre las 06:00 horas y las 23:00 horas.
Artículo 64.- HORARIOS DE FUNCIONAMIENTO
 a) Queda establecido como horarios de funcionamiento y atención al público en los establecimientos comerciales que cuenten con Licencia de Funcionamiento, para el desarrollo de los giros de Discoteca, Venta de licor como complemento de comidas en los Restaurantes y afines, Snack-Bar, Karaoke, Video Pub y Pub, el que se detalla a continuación:
 - De Domingos a Jueves, desde las 07:00 a.m. hasta las 02:00 a.m. del día siguiente.
 - Viernes, sábados y vísperas de feriado desde las 07:00 a.m. hasta las 03:00 a.m. del día siguiente.

En particular, debemos resaltar que la GEE ha resaltado que en la organización de eventos no deportivos (conciertos) resulta importante contar con el auspicio de las empresas que venden bebidas alcohólicas, conforme se detalla a continuación:

- “4. (...), por ejemplo cuando **se alquila el Jockey Club, la posibilidad de contar con auspiciadores es limitada porque en ese lugar la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco prohíbe la venta de cerveza** (Coloma, 2012).” (Resaltado añadido)

Al respecto, de la revisión de la Ordenanza N° 292-MSS que aprueba el Reglamento General de Licencias y Autorizaciones de Funcionamiento en el distrito de Santiago de Surco se observa que existen determinadas limitaciones para el expendio de bebidas alcohólicas, lo que podría generar, a su vez limitaciones para llevar a cabo determinados espectáculos.

Sin perjuicio de lo anterior, **un aspecto a considerar resulta ser las características específicas de la demanda, dado que las mismas influyen significativamente en las condiciones de competencia y en la definición de los mercados.** En particular, este colegiado considera que la ubicación de Jockey Plaza y Jockey Club, así como del Estadio Monumental genera que un determinado grupo de consumidores se dirijan a dichos lugares; sin embargo, generara que otro grupo de estos no considere a los eventos ubicados en dichos establecimientos como alternativas de consumo, especialmente, por su ubicación. Al respecto, dicha característica limita que determinados consumidores consideren a dicha oferta como una alternativa, dado que lo anterior se encuentra estrechamente vinculada a las vías de acceso y salida que poseen para llegar y retirarse del evento, lo que necesariamente será considerada para el arrendamiento de determinado local. En particular, **dada la ubicación de las referidas ofertas (distrito de Surco y Ate), se observa que las mismas no resultan homogéneas a la brindada por el Estadio San Marcos (distrito de Cercado de Lima) dado que la segunda posee diversas alternativas de acceso y salida que permiten una participación de asistentes de diversos puntos de Lima, lo que no ocurre respecto de la oferta brindada por Jockey Plaza y Jockey Club, así como del Estadio Monumental,** por lo que puede concluirse que los asistentes de un evento realizado en dichos lugares difieren sustancialmente a los asistentes de un evento realizado en el Estadio Nacional, por lo que dichas ofertas no son sustitutas.

En atención a ello, este colegiado considera que la oferta brindada por Jockey Club y Jockey Plaza, así como del Estadio Monumental no cuentan con las características suficientes para absorber la demanda que libere el Estadio San Marcos en este mercado relevante, no pudiendo ser considerados como oferta privada disponible en el mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que el Estadio Monumental resulta la única oferta privada que podría brindar un espectáculo con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas (cabe resaltar que la oferta de Jockey Plaza y Jockey Club se encuentra limitada por una capacidad máxima de hasta 20 mil personas, siendo que el Estadio Monumental podría realizar un evento respecto un número mayor 20 mil y menor a 30 mil personas) puede concluirse que la oferta privada disponible en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas resultan ser de una empresa privada (en este caso, la oferta del Estadio Monumental) y una entidad pública (en este caso, la oferta del Estadio San Marcos).

(ii.2) Escenario aplicable: existe una empresa privada y una empresa estatal

De acuerdo a lo analizado en el numeral (i.2) de la presente resolución, se debe determinar si la oferta del Estadio Monumental se encuentra en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda que eventualmente libere el Estadio San Marcos. En atención a ello, corresponde

determinar la capacidad de absorción de la oferta privada en mención, es decir, la diferencia entre la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada).

En particular, incluso en el caso que se arriende una parte del Estadio Monumental, se observa que la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada) de dicho establecimiento resulta ser la misma, debido a que en el servicio analizado requiere la habilitación de permisos (por ejemplo, emitidos por la Oficina de Gobierno Interior) para realizar determinados eventos no deportivos, por lo que **no podría realizarse más de un evento en la misma fecha.**

En atención a ello, se verifica que **la oferta privada no puede cubrir inmediatamente la posible demanda liberada por el Estadio San Marcos en caso se retire del mercado, por lo que a este nivel sí cumpliría un rol de carácter subsidiario.** En atención a ello, corresponde evaluar si existen barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores que cubran la demanda que cubre la imputada.

(i.3) Análisis de barreras de entrada

En este nivel, corresponde determinar si las barreras de entrada son bajas, lo que daría como conclusión que existirían proveedores potenciales que podrían ingresar al mercado y satisfacer la demanda liberada o, en su defecto, son sustantivas, lo que daría como conclusión que la actividad estatal sería subsidiaria. En particular, este Colegiado considera oportuno destacar lo previamente mencionado, esto es, un limitante para la construcción de espacios adecuados para la realización de eventos no deportivos resulta ser que no existen espacios céntricos dentro de la ciudad de Lima, lo que se incrementa por el hecho de no contar con adecuados medios de transporte público para conectar puntos alejados de Lima.

En este sentido, igual que ocurre para eventos no deportivos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas, para la construcción de una infraestructura para realizar eventos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, la principal barrera consiste en obtener financiamiento, para luego conseguir el terreno respectivo, siendo que la compra del mismo podría duplicar el costo de construcción de la infraestructura. En un contexto de escasez de terrenos como ocurre en la ciudad de Lima, el costo de construcción podría incluso más que duplicarse.

De este modo, se aprecia que la disponibilidad de un terreno junto con el respectivo financiamiento para la construcción del establecimiento son los factores claves para la disponibilidad de un lugar para organizar eventos no deportivos. Al respecto, conforme se ha destacado previamente, estas barreras estructurales son denominadas costos hundidos, los cuales son costos irre recuperables que deben ser afrontados por las empresas entrantes durante un determinado período de tiempo, una vez que ingresan a un mercado determinado. En particular, **los costos hundidos influyen de manera importante en las decisiones de entrada de una empresa puesto que se trata de recursos que una vez invertidos sólo continúan teniendo valor si la empresa se mantiene en el mercado,** lo que, a su vez, también genera que sea costosa su eventual salida del mercado. En tal sentido, este Colegiado considera que los costos para el ingreso de nuevos competidores en el mercado de arrendamiento de infraestructura para organización de eventos no deportivos (conciertos) con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, es significativamente alto dada la existencia de costos hundidos que deben asumir.

En atención a lo anterior, **la Comisión considera que estos aspectos son barreras estructurales relevantes que impiden el ingreso a nuevos proveedores, lo que no es atribuible a la UNMSM, por lo que se concluye que la actividad estatal en dicho mercado es subsidiaria,** por lo que se debe proceder al siguiente nivel de análisis consistente en evaluar si la actividad realizada por la imputada en el mercado relevante en mención es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, lo que se realizará en la sección correspondiente, esto es, el literal d) del presente pronunciamiento.

c.2) El arrendamiento de infraestructura estatal para la organización de eventos públicos deportivos

c.2.1) El mercado relevante en el ámbito de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos deportivos

Al respecto, mediante el Informe N° 032-2017/GEE, se destacó respecto del Estadio San Marcos lo siguiente en el ámbito deportivo:

- “28. El Estadio San Marcos fue inaugurado el 13 de mayo de 1951, es administrado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), y tiene una capacidad de aforo de 67 500 espectadores, sin embargo, por medidas de seguridad, la autorización emitida por Defensa Civil permite una asistencia máxima de 43 000 personas.
29. **Se ha caracterizado principalmente por ser empleado como sede de eventos no deportivos**, es decir, conciertos, reuniones de grupos religiosos, entre otros. Los problemas en su infraestructura, el mal estado de la cancha, la falta de vías acceso y salida, la falta de facilidades logísticas, entre otras variables, no han permitido que dicho estadio esté disponible para partidos de fútbol profesional, especialmente de primera división entre 2008 y 2014. La situación no parece haber cambiado hasta la actualidad.
30. Entre los años 2001 y 2011, el Estadio San Marcos fue utilizado para partidos de fútbol profesional de segunda división por el Club Deportivo Universidad Nacional Mayor de San Marcos en partidos como local. **En el año 2011, dicho club quedó inhabilitado para participar en el campeonato de futbol de segunda división durante los próximos diez años: 2012 - 2021.**” (Resaltado añadido)

En particular, de acuerdo a lo anterior, se observa que el Estadio San Marcos no ha sido utilizado ni una sola vez para partidos de la Selección Peruana de Fútbol o de algún equipo de fútbol profesional de primera división entre 2008 y 2014, siendo utilizado principalmente por ser empleado como sede de eventos no deportivos.

En esa línea, cabe resaltar que **no existe medio probatorio que acredite que el Estadio San Marcos sea arrendado para la realización de eventos deportivos, por lo que puede concluirse que no realiza dicha actividad**. En atención a ello, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, sí se ha verificado la actividad empresarial realizada por la UNMSM, a través de su estadio, en los siguientes mercados: (i) el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, no deportivos con una asistencia esperada de más de treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012; y, (ii) el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos, no deportivos con una asistencia esperada de entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas en Lima durante el periodo 2008-2012, siendo que la misma **resulta ser una actividad que tiene la naturaleza de subsidiaria**, por lo que se debe proceder al siguiente nivel de análisis consistente en evaluar si la actividad realizada por la imputada es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

d) La evaluación de la existencia de un alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional

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. En este punto, este Colegiado considera oportuno destacar que estos aspectos, en primer lugar, se encontrarían recogidos en la propia Carta Magna o, en su defecto, en la Ley que permite realizar la actividad analizada.

En primer lugar, respecto de eventos no deportivos, el artículo 2 de la Constitución establece que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión, conforme se observa a continuación:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. **El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”**

En consecuencia, el arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos no deportivos goza de alto interés público o conveniencia nacional.

Lo anterior, permite evidenciar que el arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos no deportivos por parte de la UNMSM, resulta ser una actividad que contiene las condiciones de alto interés público o conveniencia nacional.

En virtud de lo anterior, dado que para la actividad empresarial realizada por la UNMSM ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución, corresponde declarar infundada la denuncia interpuesta por Gremco por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.3. Los pedidos accesorios formulados por Gremco

En el presente caso, Gremco solicitó a la Comisión que ordene a la UNMSM que se abstenga de ofertar y celebrar contratos o actos jurídicos, sean a título oneroso o gratuito, mediante los cuales ofrezca y otorgue a organizadores o promotores de eventos públicos la cesión en uso de su infraestructura.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los puntos precedentes, la Comisión considera que, al devenir en infundada la denuncia presentada por Gremco, corresponde denegar dichos pedidos accesorios.

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 **INFUNDADA** la denuncia presentada por Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos 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 numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: DENEGAR los pedidos accesorios formulados por Gremco Publicidad S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Con la intervención de los miembros de Comisión: Ana Rosa Martinelli Montoya, Edward Tovar Mendoza, Alfredo Castillo Ramírez y José Tavera Colugna.

ANA ROSA MARTINELLI MONTOYA
Presidenta
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal





Res. N° 0269-2018/SDC-INDECOPI
(confirmación con modificación)

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
DENUNCIANTE : GREMCO PUBLICIDAD S.A.
DENUNCIADA : UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS¹
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO
ACTIVIDAD : ENSEÑANZA SUPERIOR

SUMILLA: *Se CONFIRMA, modificando fundamentos, la Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI del 26 de julio de 2017, que declaró infundada la denuncia interpuesta por Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por la presunta realización de actividad empresarial sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto tipificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.*

El fundamento es que la actividad realizada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, consistente en el arrendamiento de su infraestructura deportiva (el Estadio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos) para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos) constituye actividad empresarial subsidiaria.

En efecto, la referida actividad se encuentra legalmente autorizada a través de la Ley 23733 - Ley Universitaria (vigente al momento de la realización de los hechos investigados). Por otro lado, se aprecia que Gremco Publicidad S.A. no ha presentado argumento alguno que rebata las constataciones realizadas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal durante el periodo investigado, que determinaron la existencia de altas barreras de entrada en el mercado relevante del tipo estructural que impedirían la entrada de nuevos competidores, así como que en el supuesto de que se retirase el Estadio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del mercado de arrendamiento de infraestructura deportiva para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos) no existiría oferta privada suficiente para absorber la demanda que esta liberaría.

Finalmente, se observa que la Ley 23733 – Ley Universitaria contiene la justificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el arrendamiento del Estadio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para la realización de espectáculos no deportivos – conciertos (promoción de la cultura).

Lima, 26 de diciembre de 2018

¹ Entidad identificada con RUC: 20148092282.

I. ANTECEDENTES

1. El 26 de julio de 2012, Gremco Publicidad S.A. (en adelante Gremco) denunció a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (en adelante la UNMSM) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) 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 Perú², supuesto tipificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante la Ley de Represión de la Competencia Desleal)³; al haber arrendado el Estadio de la UNMSM para la realización de eventos deportivos y no deportivos.
2. En su denuncia, Gremco ha indicado que la UNMSM concurre en los mercados de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos deportivos y no deportivos en violación del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, dado que se trata de un supuesto de intervención en el mercado que no responde a razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Asimismo, ha manifestado que, además del Estadio Monumental, en dichos mercados existe suficiente oferta privada constituida por el Estadio Alejandro Villanueva, el Centro Comercial Jockey Plaza, la Explanada Sur del Estadio Monumental y el Centro de Convenciones del Hotel María Angola.
3. Por Resolución s/n del 20 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Gremco contra la UNMSM por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a que concurriría en el mercado ofertando el uso de su infraestructura, en especial, el Estadio UNMSM, a organizadores de eventos deportivos y no deportivos en la ciudad de Lima, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
4. Mediante Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI del 15 de mayo de 2013, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Gremco contra la

² **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.

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 14.- Violación de normas.

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60º 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.

(...)

UNMSM, al considerar que no se ha podido configurar el supuesto de violación de normas contemplado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dado que el arrendamiento de infraestructura con fines de autofinanciamiento no puede constituir un supuesto de “actividad empresarial” y, por ende, no podría violar el principio de subsidiariedad establecido por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

5. A través de la Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI del 20 de marzo de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) revocó la Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI y declaró procedente la denuncia de Gremco. La Sala consideró que la UNMSM sí se comportó como operador económico al ofrecer el arrendamiento de su estadio, por lo que ordenó a la primera instancia analizar si dicha intervención viola el principio de subsidiariedad.
6. Con base en lo dispuesto por la Sala, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante la GEE) lo siguiente⁴: (i) elaborar un informe en el cual se determine el mercado relevante en el que participaría la UNMSM por medio del arrendamiento del Estadio de la UNMSM para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos); (ii) precisar cuál era la oferta privada disponible en el mercado que se defina; e, (iii) indicar si existen barreras a la entrada que imposibiliten el ingreso de nuevos competidores⁵.
7. En respuesta a los requerimientos formulados por la Secretaría Técnica de la Comisión, la GEE emitió el Informe 024-2016/GEE del 12 de febrero de 2016, manifestando lo siguiente:

Mercados relevantes:

- (i) Arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos no deportivos (conciertos) con una asistencia esperada de más de 30 mil asistentes en Lima durante el período 2008-2014.
 - La oferta privada disponible estaba constituida únicamente por el Estadio Monumental. Se excluye al Estadio Nacional debido a que pertenece a una entidad estatal (el Instituto Peruano del Deporte).
 - Las barreras a la entrada que se encuentran en este mercado son de dos tipos:

⁴ La solicitud fue formulada mediante el Memorándum 181-2015/CCD del 18 de mayo de 2015, el cual obra a foja 811 del expediente y el Memorándum 143-2015/CD1 del 2 de septiembre de 2015 que obra a foja 842 del expediente.

⁵ Cabe señalar que mediante la Resolución 3 del 25 de marzo de 2015, la Comisión dispuso la suspensión del procedimiento hasta que la GEE emita sus informes.

- Escasez de terrenos ubicados en zonas céntricas de la ciudad de Lima para la construcción de un estadio de más de 30 mil asistentes.
 - Límites regulatorios como posibles prohibiciones de construcción de nuevos establecimientos en lugares relativamente céntricos dentro de la ciudad de Lima.
- (ii) Arrendamiento de infraestructura para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos) con una asistencia esperada de entre diez mil (10,000) y treinta mil (30,000) asistentes en Lima durante el período 2008-2014.
- La oferta privada disponible en este mercado está constituida por los siguientes establecimientos:
 - Estadio Monumental (alquilándose solo una parte).
 - Predio de Global.
 - Sector H del Jockey Plaza.
 - La Pelouse del Jockey Club.
 - Ex Centro de Equitación del Jockey Club.
 - Tribuna Popular del Jockey Club.
 - Explanada Sur del Estadio Monumental.
8. Mediante Resolución s/n del 1 de junio de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión, en virtud de los informes presentados por la GEE, consideró modificar la imputación de cargos inicial y emitir una nueva imputación de cargos contra la UNMSM, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto tipificado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría ofertando el uso de su infraestructura deportiva (el Estadio de la UNMSM) sin observar los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, en los siguientes mercados:
- (i) Arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no deportivos, con una asistencia esperada de más de treinta mil (30,000) personas en Lima durante el período 2008-2012.
 - (ii) Arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no deportivos, con una asistencia esperada de entre diez mil (10,000) y treinta mil (30,000) personas en Lima durante el período 2008-2012.
9. El 22 de junio de 2016, la UNMSM presentó sus descargos, y señaló lo siguiente:

- (i) La metodología recogida en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI resulta inconstitucional. La evaluación de la ley habilitante que dicho precedente dispone responde a un análisis de control difuso de constitucionalidad. No obstante, el Tribunal Constitucional a través de su sentencia recaída en el Expediente 4293-2012-PA/TC, dejó sin efecto dicha facultad para las autoridades administrativas.
- (ii) A través de la Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI, la Sala declaró que la UNMSM realizaba actividad económica, mas no actividad empresarial. Por tanto, no es posible someter su actuación a los alcances del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en tanto dicha norma solo hace referencia a “actividad empresarial”.
10. Mediante Memorándum 395-2016/CD1 del 13 de octubre de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la GEE que elabore un nuevo informe en el cual se determine el mercado relevante en el que participaría la UNMSM por medio del arrendamiento de su estadio para la realización de eventos deportivos. Asimismo, solicitó que precise cuál es la oferta privada disponible en dicho mercado y si existen barreras a la entrada.
11. Ante ello, la GEE emitió el Informe 032-2017/GEE del 7 de abril de 2017, en el cual señaló que, durante el periodo investigado (2008 – 2014), el Estadio de la UNMSM no fue sede de ningún partido de fútbol profesional de Primera División, así como tampoco de la Selección Peruana de Fútbol. Por tanto, no correspondía definir su mercado relevante ni realizar el análisis de oferta privada disponible y barreras a la entrada.
12. El 11 de julio de 2017, la UNMSM reiteró los argumentos expuestos en sus descargos.
13. Mediante Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI del 26 de julio de 2017, la Comisión declaró infundada la imputación contra el IPD, con base en los siguientes argumentos.
- (i) Autorización por ley expresa
- De manera preliminar, se precisa que los hechos materia de investigación se enmarcan en el período comprendido entre los años 2008-2012, es decir, desde la entrada en vigencia de la Ley de Represión de la Competencia Desleal hasta la interposición de la denuncia de Gremco.
 - Durante el periodo 2008-2012, la ley que se encontraba vigente era la

Ley 23733 – Ley Universitaria (en adelante la Ley 23733. En tal sentido, el análisis del presente caso se realizará conforme a lo dispuesto en dicha norma.

- De la revisión de los artículos 12 y 79 de la Ley 23733, se autoriza a las universidades a dedicarse a la producción de bienes y a la prestación de servicios. En particular, el artículo 79 delimita el ámbito de las prestaciones económicas que pueden ser brindadas por estas entidades, ciñéndolas a los fines de las universidades establecidos en la Ley 23733.
- Por su parte, el artículo 2 de la Ley 23733 señala que uno de los fines de las universidades es la promoción de la cultura. Así, se aprecia que el arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos no deportivos se encuentra vinculado a la promoción de la cultura artística, por lo que la actividad de la UNMSM se encuentra conforme a la habilitación legal establecida en la referida norma.

(ii) Evaluación del carácter subsidiario:

A. Mercado relevante: arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos (conciertos):

A.1. Asistencia esperada de más de treinta mil (30,000) personas

- El mercado estuvo compuesto por las siguientes ofertas: el Estadio Monumental (administrado por Gremco); el Estadio Nacional (del Instituto Peruano del Deporte); y, el Estadio de la UNMSM.
- Se aprecia que, durante la ausencia de la oferta del Estadio Nacional por su refacción⁶, la demanda no fue absorbida por el Estadio Monumental, sino por el Estadio de la UNMSM, lo cual reflejaría que el Estadio Monumental no es una oferta homogénea con el recinto de la UNMSM. Esto tendría sustento en que los costos de negociación con el agente privado son mayores, pues intervienen tres agentes (Gremco, el Club Universitario de Deportes y la Asociación de Palquistas). Asimismo, el local del Estadio Monumental ha estado asociado con hechos violentos y ubicado en una zona donde varios consumidores no se trasladarían debido a su lejanía.

⁶ Desde junio de 2010 hasta julio de 2011.

- Sin perjuicio de ello, en la medida que el Estadio Monumental resulta ser la única oferta privada que tiene un aforo de más de treinta mil (30,000) asistentes, corresponde considerarlo como parte de la oferta privada disponible.
- El escenario en el que nos encontramos es el compuesto por una empresa privada y una estatal. Ahora bien, respecto del Estadio Monumental, se aprecia que su capacidad instalada (entendida como la oferta potencial máxima) y su capacidad utilizada (la oferta actual) resulta ser la misma, pues la prestación del servicio analizado requiere el uso de toda su infraestructura.
- Dado que las capacidades de los establecimientos analizados son similares, se aprecia que en el supuesto de que se realicen dos conciertos en la misma fecha, el Estadio Monumental no podría absorber la demanda que libere el Estadio de la UNMSM. Por ello, se concluye que no existe oferta privada suficiente para absorber la demanda que eventualmente libere la oferta pública.
- En cuanto a las barreras a la entrada que podrían impedir el ingreso de nuevos competidores en el mercado relevante, existen dos tipos de barreras atribuibles al propio mercado. La primera de ellas es la escasez de terrenos ubicados en zonas céntricas de Lima para la construcción de un estadio de más de treinta mil asistentes; y, la segunda está relacionada con la imposición de límites regulatorios como la posible prohibición de construcciones de nuevos establecimientos para conciertos en lugares céntricos de la ciudad de Lima⁷.
- Ambas barreras resultan ser significativamente altas, por lo que el arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos no deportivos (conciertos) con una asistencia esperada de más de treinta mil (30,000) personas realizada por la UNMSM resulta ser subsidiaria.

A.2.) Asistencia esperada de entre diez mil (10,000) y treinta mil (30,000) personas

- La GEE ha indicado que además de las ofertas Estadio Nacional (del IPD) y del Estadio de la UNMSM, dentro del mercado relevante concurrieron los siguientes establecimientos privados: Estadio Monumental; Predio de Global; Sector H del Jockey

⁷ Cabe indicar que estas barreras fueron identificadas por la GEE, por lo que la Comisión compartió las conclusiones de su informe en dicho extremo.

Plaza; La Pelouse del Jockey Club; Ex Centro de Equitación del Jockey Club; Tribuna Popular del Jockey Club y Explanada Sur del Estadio Monumental.

- Sin embargo, se ha podido verificar que algunos de estos recintos presentan características y/o restricciones que los diferencian del Estadio de la UNMSM, tales como: uno está clausurado desde el año 2012⁸, otros se ubican en zonas de difícil acceso⁹ y cuentan con regulaciones municipales que impiden a los organizadores contar con el apoyo de auspiciadores importantes para poder financiar el espectáculo (como los vendedores de bebidas alcohólicas)¹⁰. En la medida que el Estadio Monumental es la única oferta que podría brindar un espectáculo con una asistencia esperada entre diez (10) mil y treinta (30) mil personas, se le considerará como oferta privada disponible.
- El escenario está compuesto por una empresa privada y una estatal. Se procederá a evaluar si la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente libere el Estadio de la UNMSM (capacidad de absorción), o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existan barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.
- En el supuesto de que se arriende una parte del Estadio Monumental para satisfacer la demanda de un concierto entre diez mil (10,000) y treinta mil (30,000) espectadores, su capacidad instalada (entendida como la oferta potencial máxima) y su capacidad utilizada (la oferta actual) resultará ser la misma, pues la realización de eventos no deportivos (conciertos) requerirá de la habilitación de permisos (como, por ejemplo, de la Oficina de Gobierno Interior). Por tanto, en la medida que el Estadio Monumental tiene que ser empleado en su totalidad, no se podrían realizar dos eventos en una misma fecha en el referido escenario, por lo que existe una limitación en la oferta privada para absorber la demanda que libere el Estadio Nacional.
- En cuanto a las barreras a la entrada que podrían impedir el ingreso de nuevos competidores en el mercado relevante, existen dos tipos de barreras atribuibles al propio mercado. La primera de

⁸ El caso del Predio de Global.

⁹ El caso de los recintos ubicados en el Jockey Club y el Jockey Plaza.

¹⁰ El caso de los recintos ubicados en el distrito de Santiago de Surco, como los del Jockey Club y Jockey Plaza.

ellas es la escasez de terrenos ubicados en zonas céntricas de Lima para la construcción de un estadio de hasta treinta mil asistentes; y, la segunda está relacionada con la imposición de límites regulatorios como la posible prohibición de construcción de nuevos establecimientos para conciertos en lugares céntricos de la ciudad de Lima¹¹.

- Estas barreras son significativamente altas, por lo que la actividad estatal en este mercado es subsidiaria.

B. Mercado relevante: arrendamiento de la infraestructura para la realización de eventos públicos deportivos

- En la medida que no existe evidencia que el Estadio UNMSM haya sido arrendado para la realización de partidos de fútbol de Primera División Profesional o para encuentros del equipo de la Selección Peruana de Fútbol, corresponde desestimar la denuncia de Gremco respecto a este mercado.

(iii) Evaluación de la existencia de un alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional

- De acuerdo con el artículo 2.8 de la Constitución Política del Perú, el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. En consecuencia, el arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos públicos no deportivos goza de alto interés público o conveniencia nacional.

(iv) Conclusión

- Se aprecia que la actividad de la UNMSM sí cumple con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, por lo que corresponde declarar infundada la denuncia de Gremco.

14. El 23 de agosto de 2017, Gremco interpuso recurso de apelación contra la Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI, bajo los siguientes fundamentos:

- (i) Al momento de evaluar la ley autoritativa que facultaría a la UNMSM para arrendar su estadio, la Comisión aplica de forma ultractiva la antigua Ley Universitaria aprobada por Ley 23733. Sin embargo, esta no resultaría aplicable al presente caso, pues la actividad económica de la UNMSM continúa realizándose hasta la actualidad. En tal sentido, el periodo 2008

¹¹ Cabe indicar que estas barreras fueron identificadas por la GEE, por lo que la Comisión compartió las conclusiones de su informe en dicho extremo.

– 2012 analizado por la Comisión está errado, siendo aplicable la nueva Ley Universitaria aprobada por Ley 30220.

- (i) Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 23733 no es una norma habilitante, pues contiene disposiciones genéricas, laxas, que no precisan qué tipo de actividad debe realizar la UNMSM.
- (ii) Por otro lado, la referida norma no señala el interés público o la manifiesta conveniencia nacional por los cuales autorizó a la UNMSM a realizar la actividad denunciada. Por el contrario, la Comisión recurrió a la Constitución Política del Perú para identificar tal interés público. Dicho análisis contraviene lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, que dispone que la propia norma autoritativa señale el interés público o la manifiesta conveniencia nacional de la actividad empresarial analizada.
- (iii) Finalmente, la Comisión no profundiza sobre el hecho de que en el mercado investigado el Estadio Monumental concurre con dos ofertas estatales: el Estadio Nacional y el Estadio de la UNMSM. Ello demostraría que la participación de la denunciada en este caso no estaría permitida, pues con la otra entidad estatal ya habría al menos dos agentes económicos operando. En esa línea, correspondería acumular el presente procedimiento con el llevado a cabo bajo el Expediente 102-2012/CCD, mediante el cual su empresa denunció al IPD por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

15. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde determinar lo siguiente:
- (i) Si la UNMSM ha incurrido en un acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas según lo previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por contravenir lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución; y,
 - (ii) de ser el caso, si corresponde imponer una sanción y una medida correctiva al IPD.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestión previa: sobre la solicitud de acumulación formulada por Gremco

16. En su recurso de apelación, Gremco ha solicitado a la Sala que disponga la acumulación del presente procedimiento con el que se viene tramitando bajo el

Expediente 102-2012/CCD, en el cual su empresa denunció al Instituto Peruano del Deporte por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al haber concurrido en el mercado de arrendamiento de infraestructura deportiva (Estadio Nacional) en contravención a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

17. Al respecto, de acuerdo con el artículo 158 del Decreto Supremo 006-2017-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO de la Ley 27444)¹² la autoridad que evalúa la acumulación de los procedimientos es el órgano responsable de la instrucción. Por su parte, el artículo 26.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que la autoridad encargada de la instrucción es la Secretaría Técnica de la Comisión¹³.
18. Teniendo en cuenta lo anterior, este Colegiado advierte que no tiene competencia para pronunciarse sobre la acumulación de procedimientos solicitada por Gremco. Por tanto, corresponde desestimar la solicitud de acumulación de procedimientos presentada.

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

III.2.1 Marco normativo

A) Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

19. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.
20. 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*”.

¹² **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 158.- Acumulación de procedimientos.

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 26.- Secretaría Técnica.

26.1.- La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Emite opinión sobre la existencia o no de un acto infractor objeto de procedimiento siempre que la Comisión lo requiera por considerarlo necesario para resolver sobre el fondo del asunto.

21. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de economía social de mercado acogido por la Constitución¹⁴, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (tales como la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria¹⁵.
22. El precepto constitucional relativo al rol subsidiario empresarial del Estado es también un límite que evita que el Estado se sobredimensione y destine los recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente¹⁶.
23. Otra razón muchas veces mencionada, que justifica el principio de subsidiariedad económica en la actividad empresarial del Estado es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas.
24. La Administración Pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales¹⁷ y suelen

¹⁴ **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.

¹⁵ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad económica, señaló que *"Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana."*

¹⁶ Por ejemplo, alguna dependencia estatal decide constituir un bazar en el cual se venden zapatos, alimentos y otros productos similares. Como en dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda bajo condiciones similares o inclusive más ventajosas, en cuanto a precio y calidad, resulta evidente que la necesidad de la población puede ser atendida de manera apropiada por los particulares, por lo que la administración pública no debería invertir en llevar a cabo tal actividad económica.

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"*.

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

tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad¹⁸. De hecho, es común que las actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado.

25. Una gestión ineficiente, que no busca reducir costos para incrementar sus rentas y motivada por decisiones políticas, puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecta el entorno macroeconómico. En un estudio comparativo realizado entre diversas empresas públicas de más de noventa países, con el objeto de medir los efectos macroeconómicos que genera su gestión, se concluyó que “*el principal indicador que resume el impacto macroeconómico de las empresas públicas es su déficit global o sus necesidades de financiamiento*”¹⁹.
26. Pese a que en la mayoría de casos la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria acepta que la intervención estatal en los mercados se encuentre excepcionalmente justificada²⁰. Las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues pueden satisfacer la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público.

¹⁸ Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos.

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

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

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

¹⁹ Traducción libre del siguiente texto: “*The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement.*”

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

²⁰ Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos.

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

27. Como lo señalan distintos autores, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Así, cuando el Estado concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en una situación de ventaja artificial sobre sus competidores: pueden acceder a privilegios de financiación con respaldo de los fondos públicos (subsidios), pueden ofrecer precios por debajo de determinados niveles de costos, podrían percibir ampliaciones de capital para soportar los déficits que su gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, pueden percibir privilegios jurídicos respecto de los particulares²¹.

B) Metodología de aplicación

28. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala²², es la autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado.
29. Uno de los actos de competencia desleal contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es el de violación de normas. Dentro de dicho tipo infractor, un supuesto particular, recogido en el artículo 14.3 de la norma antes mencionada, señala lo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

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

(...)

14.3 La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de

²¹ Cfr.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Economía y Estado”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1993. Pg. 78; y, SAPPINGTON, David y SIDAK, Gregory. “Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities”. En: “Competing with the Government. Anticompetitive behavior and Public Enterprises”. Hoover Institution Press. California. 2004. Pgs. 2 y ss. (Disponible en: http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf, página web visitada el 20 de abril de 2016).

²² **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI.**

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

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

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

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

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".

30. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad empresarial desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en la Constitución.
31. De acuerdo con los criterios desarrollados por esta Sala mediante Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010²³, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de carácter empresarial; pues si la conducta que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución Política del Perú.
32. 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 tipo formal, exige que la realización de **la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa** aprobada por el Congreso. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación;
 - (ii) el segundo requisito es de fondo e implica **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
 - (iii) el tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer

²³ Asimismo, véase las siguientes resoluciones que contienen dicho criterio: Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2471-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI y Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI.

reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**²⁴.

33. Adicionalmente, debe resaltarse que según lo dispuesto por el referido artículo 14.3, para que se configure el supuesto de violación de normas no es necesario que se acredite la obtención de una ventaja competitiva significativa, bastando que la actividad empresarial estatal vulnere el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución antes mencionado.
34. En línea con lo anterior, la intervención empresarial del Estado será lícita solo en caso de que supere cada uno de los tres requisitos mencionados. De lo contrario, nos encontraremos ante una infracción a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución y, por tanto, se configurará el supuesto de violación de normas previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
35. Habiéndose esbozado la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde que esta Sala verifique si las actividades denunciadas por Gremco contravienen el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

III.2.2 Sobre la actividad empresarial desarrollada por la UNMSM

36. Tal como ha sido desarrollado en el acápite anterior, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta realizada por la entidad estatal califica como actividad empresarial.
37. En el presente caso, a través de la Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI del 20 de marzo de 2014, la Sala analizó la conducta desplegada por la UNMSM en el mercado y concluyó que este se comportaba como un operador económico al ofrecer el arrendamiento del Estadio de la UNMSM para diversos espectáculos públicos, deportivos y no deportivos. Con base en ello, ordenó a la primera instancia que analizara si dicha intervención viola el principio de subsidiariedad.
38. En tal sentido, en la medida que la actividad desplegada por la UNMSM ha sido previamente calificada por esta autoridad como actividad empresarial, corresponderá a esta Sala proceder con el siguiente nivel de análisis, esto es, verificar si la actividad empresarial desarrollada se adecúa a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

²⁴ Con relación a este tercer elemento, cabe precisar que la autoridad de competencia se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Por lo tanto, solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

III.2.3 Si la actividad empresarial en cuestión se encuentra habilitada por ley expresa

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

39. 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”.
40. De acuerdo con lo desarrollado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, se observa que en mérito al antes citado artículo 60 de la Constitución, se desprende que la autorización de la actividad empresarial de las entidades estatales se encuentra sometida a la expedición de una ley aprobada por el parlamento.
41. Dicha interpretación es respaldada por lo señalado por el propio Tribunal Constitucional. Así, tanto en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005 correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC como en el fundamento jurídico 26 de su Sentencia del 14 de marzo de 2007 emitida en el Expediente 0019-2006-PI/TC, dicho colegiado manifestó que “*el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial*”, entendiéndose por “reserva de ley absoluta” la exigencia de que la ley sea expedida por el Congreso. 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.
42. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que es un principio de interpretación legal que toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente²⁵. En tal sentido, si se considera que la participación empresarial del Estado es un escenario excepcional, entonces la lectura del requisito de “autorización por ley” para desarrollar la actividad empresarial debe entenderse restrictivamente como autorización por ley del Congreso.
43. 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

²⁵ El principio de interpretación según el cual las normas que establecen excepciones deben ser interpretadas restrictivamente ha sido acogido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Véase, por ejemplo, la Sentencia del 19 de enero de 2001, correspondiente al Exp. 1318-2000-HC/TC. En el mismo sentido, el profesor Rubio precisa que las normas excepcionales son normas “*cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva*”. RUBIO CORREA, Marcial. “*El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004, p. 295.

aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad pública (v.g. una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo), sino por el Congreso, el mecanismo donde existen mayores exigencias para la aprobación de las normas, así como más representatividad y debate.

44. Por consiguiente, dado que conceptos como interés público o manifiesta 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.
45. En conclusión, tal como se estableció en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, la exigencia de **autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso**, siendo esta regla aplicable para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos.

B) Aplicación al caso en concreto

46. En su recurso de apelación, Gremco ha cuestionado que la actividad desarrollada por la UNMSM se encuentre autorizada por ley expresa, toda vez que, a su entender, la Ley 23733 no resultaría aplicable al presente caso. Al respecto, Gremco señaló que la Comisión ha aplicado de manera ultractiva la Ley 23733, pues la actividad económica de la UNMSM continúa realizándose hasta la actualidad. En tal sentido, el periodo 2008 – 2012 analizado por la Comisión estaría errado.
47. Al respecto, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁶, la Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano encargado del inicio del procedimiento sancionador. En aquellos casos en los que el procedimiento haya sido promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador del procedimiento. Así pues, previamente al inicio del procedimiento y con base en la denuncia interpuesta, la Secretaría

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

28.2.- En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se repute afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

28.3.- El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando el acto denunciado se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

Técnica de la Comisión podrá realizar actuaciones con la finalidad de reunir información relacionada con la presunta existencia de actos de competencia desleal²⁷.

48. Posteriormente, la Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de la denuncia interpuesta a través de una resolución de imputación de cargos o de inicio de procedimiento. El artículo 31.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los requisitos que deberá contener la resolución de imputación de cargos, entre los que se encuentra la descripción sucinta de los hechos que motivaron su emisión, la calificación jurídica de la posible infracción y las sanciones que pudieran corresponder²⁸.
49. En el presente caso, tal como ha sido detallado en los antecedentes de la presente resolución, luego de que Gremco interpusiera su denuncia contra la UNMSM, la Secretaría Técnica de la Comisión, en virtud de sus facultades instructivas, solicitó a la GEE la elaboración de informes relacionados con el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos deportivos y no deportivos.
50. Luego de un análisis de los actuados en el presente procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió la Resolución s/n del 1 de junio de 2016, a través de la cual imputó a la UNMSM la presunta comisión de actos de competencia desleal y consideró pertinente ceñir los hechos investigados al período comprendido entre los años 2008 y 2012.
51. La Comisión en su resolución final, empleó el período delimitado por el órgano instructor y precisó que su inicio (2008) obedecía a la entrada en vigencia de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, mientras que el año de cierre (2012) fue considerado por la interposición de la denuncia de Gremco. Teniendo ello en cuenta, la Comisión indicó que durante el periodo imputado la norma vigente aplicable era la Ley 23733. En tal sentido, contrariamente a lo manifestado por Gremco, no se advierte una aplicación ultractiva la Ley 23733

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 30.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de actos de competencia desleal, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información y/o identificar indicios razonables de la existencia de actos de competencia desleal. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

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

Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento.

(...)

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

(...)

b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder.

(...)

sino, por el contrario, una aplicación inmediata de la norma vigente en el periodo imputado.

52. Por lo expuesto, se desestima el argumento invocado por Gremco relacionado con la presunta aplicación ultractiva de la Ley 23733.
53. Ahora bien, de la revisión de las normas vigentes durante el período 2008-2012, se observa que el artículo 79 de la Ley 23733 autorizaba a las universidades, de manera clara y patente, a proveer servicios y productos compatibles con su finalidad, en los siguientes términos:

LEY 23733 – LEY UNIVERSITARIA (vigente en el período de análisis)

“Artículo 79.- Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicados a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad. La utilidad resultante es recurso propio de cada Universidad.”

54. Como se puede apreciar, el artículo 79 previamente citado, no solo autorizaba a las universidades a realizar actividad de contenido económico, sino que delimitaba el ámbito de las prestaciones económicas que pueden ser brindadas. En efecto, el referido dispositivo establecía que las prestaciones empresariales que realicen las universidades deben ser “compatibles con su finalidad”, esto es, que se facilite a través de su desarrollo algunos de los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 23733.
55. El literal a) del artículo 2 de la Ley 23733 señalaba que uno de los fines de las universidades es la promoción de la cultura, tal como se puede apreciar a continuación:

LEY 23733 – LEY UNIVERSITARIA (vigente en el período de análisis)

“Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
(...)”*

56. En aplicación del artículo 79 juntamente con el literal a) del artículo 2 de la Ley 23733, las universidades se encontraban autorizadas a realizar actividad empresarial que se encuentre íntimamente vinculada con la promoción de la cultura universal.
57. Así, a diferencia de lo alegado por Gremco en su recurso de apelación, las normas antes citadas sí autorizaban de manera expresa a la UNMSM a realizar actividad empresarial siempre que esta se encuentre vinculada con uno de sus fines como, por ejemplo, la promoción de la cultura.

58. Ahora bien, se debe tener presente que el concepto de “industria cultural” comprende las “actividades creativas o artísticas que se concretan en una actividad o producto con un valor simbólico más importante que su valor utilitario y, normalmente, son objeto de propiedad intelectual”²⁹. Siendo así, en esta clasificación se encuentran los “servicios culturales”, tales como el teatro, los conciertos de música, la danza, entre otros³⁰.
59. Por tanto, en la medida que los conciertos de música se encuentran calificados como un “servicio cultural”, la Sala aprecia que la actividad de la UNMSM consistente en el arrendamiento de su infraestructura (Estadio) para la realización de espectáculos no deportivos, en particular conciertos de música, sí se encuentra alineada a una de sus finalidades, como lo es la promoción de la cultura.
60. Teniendo en cuenta lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el artículo 79 complementado por el artículo 2 de la Ley 23733, se aprecia que la actividad empresarial realizada por la UNMSM cuenta con una habilitación legal expresa.
61. En consecuencia, de conformidad con la metodología de análisis desarrollada previamente, esta Sala procederá a evaluar los argumentos expuestos por Gremco en su recurso de apelación correspondiente al análisis de subsidiariedad realizado por la Comisión.

III.2.4 Sobre el análisis del carácter subsidiario de la oferta de la UNMSM

62. Con relación al carácter subsidiario, se aprecia que la Comisión analizó la actividad empresarial realizada por el IPD únicamente en el mercado de arrendamiento de la infraestructura para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos)³¹.

²⁹ SANTOS REDONDO, Manuel. *Economía de las industrias culturales en español*. Fundación Telefónica. Madrid: 2011. P. 54.

³⁰ “Un servicio cultural es una actividad artística que se contempla o consume en el momento de su exhibición o ejecución. Por ello, se trata de actividades que en cierta medida son perecederas y con reducido grado de reproducción lo que permite afirmar que suponen obras de naturaleza única. El espectador que las disfruta, contrariamente a lo que sucede con los bienes culturales, no posee su propiedad y las entidades que los prestan tienen principalmente una finalidad no lucrativa. Se refieren a las actividades que conllevan una asistencia por parte del espectador o visitante a un recinto escénico o área de exhibición para disfrutar de espectáculos tales como el teatro, la danza, la ópera, los conciertos de música, la visita a museos y cine.”
CUADRADO GARCÍA, Manuel y BERENGUER CONTRÍ, Gloria. *El consumo de servicios culturales*. Esic Editorial. Madrid: 2002. P. 18.

³¹ Tanto para la realización de espectáculos con asistencia esperada de diez mil (10,000) a treinta mil (30,000) personas como para los espectáculos de más de treinta mil personas (30,000).

Cabe tener en cuenta que la Comisión no realizó el análisis correspondiente al mercado de arrendamiento de la infraestructura para la realización de espectáculos deportivos, toda vez que, durante el periodo imputado, el Estadio UNMSM no había sido arrendado para la realización de partidos de primera división y la Selección Peruana de Fútbol.

63. Al respecto, la Comisión señaló que la referida actividad cumplía con ser subsidiaria, pues en el supuesto de que el Estadio de la UNMSM dejase de brindar el referido servicio, la demanda que liberaría no podría ser absorbida por el Estadio Monumental. Además, según lo indicado por la primera instancia, existirían significativas barreras de entrada del tipo estructural, relacionadas con límites regulatorios y con la capacidad de adquirir un terreno de grandes dimensiones en la ciudad de Lima para construir un recinto con similar capacidad que los estadios antes mencionados.
64. En su recurso de apelación, Gremco señaló que la Comisión estaría permitiendo que dos entidades estatales (el Estadio Nacional y el Estadio de la UNMSM) participen en los mercados analizados, sin que se haya profundizado en dicha situación. Asimismo, alegó que ello debió realizarse en el análisis de la existencia de oferta privada suficiente.
65. Al respecto, esta Sala observa que Gremco centró su apelación únicamente en un escenario que no habría sido previsto por la Comisión, esto es, considerar como parte de la oferta disponible al Estadio Nacional. No obstante, de lo revisado en el escrito de apelación, no se advierte de qué manera dicho supuesto podría haber modificado el análisis respecto al carácter subsidiario de la actividad empresarial estatal.
66. En efecto, Gremco no ha presentado información económica alguna o sustento adicional que justifique la relevancia de realizar el análisis del supuesto planteado en su escrito de apelación. Asimismo, tampoco ha indicado en qué medida variaría el análisis realizado por la Comisión con la presencia de un agente económico público o si ello modificaría la delimitación de los mercados relevantes o las barreras a la entrada identificadas por la primera instancia.
67. Sin perjuicio de lo indicado, de conformidad con el principio de concordancia recursiva³², esta Sala aprecia que el cuestionamiento de Gremco, referido a que se incluya al Estadio de la UNMSM dentro del análisis de subsidiariedad de ambos mercados, estaría enfocado a que la autoridad analice la presencia de dicho recinto, de propiedad pública, como un nuevo competidor y, por lo tanto, evalúe su presencia como oferta disponible dentro de los mercados relevantes previamente determinados por la Comisión.
68. Sobre el particular, de acuerdo con el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, el análisis de la oferta

³² De acuerdo con COSTA, "Aquellas partes del fallo que no son objeto de crítica e impugnación —dice Costa— quedan consentidas. Omitir una cuestión equivale a excluirla de la apelación. Como demanda resume el motivo de la reforma, delimitando los poderes del tribunal; según el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*; fallaría *ultra petita* si se apartara de esta regla".

COSTA, Agustín. "El recurso extraordinario de apelación en el proceso civil." Ed. Asociación de Abogados de Buenos Aires. Buenos Aires, 1950. P. 60. Citado por: ACOSTA, José. "Procedimiento civil y comercial en segunda instancia". Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1981. P. 210.

privada suficiente está dirigido a verificar la capacidad que esta tiene para poder absorber la demanda que podría liberar la oferta pública.

69. Ahora bien, del análisis de subsidiariedad efectuado para el mercado de arrendamiento de la infraestructura para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos), la Comisión concluyó que, en el supuesto de que la UNMSM – oferta pública – dejase de ofrecer el alquiler de su infraestructura para conciertos, el Estadio Monumental – oferta privada - no podría absorber la demanda que aquél liberase, pues no podría albergar dos eventos en un mismo día.
70. Teniendo en cuenta la evaluación realizada por la primera instancia y considerando el supuesto planteado por Gremco de incluir dentro del análisis de oferta privada suficiente, a la oferta pública del Estadio Nacional, se aprecia que la conclusión a la que arribó la Comisión no variaría. En efecto, en caso ambos estadios – Estadio Nacional y Estadio de la UNMSM - retirasen sus ofertas del mercado (al ser ambas ofertas públicas), el Estadio Monumental tampoco podría absorber la demanda que ambos recintos liberen en caso se realicen dos eventos en una misma fecha. Pues si conforme lo determinó la Comisión, el recinto de Gremco no puede satisfacer la demanda de un estadio público (Estadio de la UNMSM), tampoco podría cubrir la demanda de dos escenarios públicos (Estadio Nacional y Estadio de la UNMSM).
71. De esta manera, el escenario planteado por Gremco en apelación, consistente en la concurrencia de dos ofertas estatales frente a la del Estadio Monumental, no incide en el análisis de subsidiariedad realizado por la Comisión respecto a la actividad realizada por la UNMSM consistente en el arrendamiento del Estadio UNMSM para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos). En consecuencia, se desestima lo alegado por la recurrente en este punto.
72. Teniendo en cuenta lo expuesto y en la medida que se ha descartado la alegación de Gremco efectuada en su recurso de apelación respecto al carácter subsidiario de la actividad realizada por la UNMSM, corresponde a esta Sala continuar con el análisis referido a la justificación de interés público y/o alta conveniencia nacional de la actividad investigada.

III.2.5. Si la actividad empresarial realizada por la UNMSM responde a un alto interés público y/o una manifiesta conveniencia nacional

A) Sobre el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional

73. De acuerdo con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, el tercer requisito previsto para la realización lícita de actividad empresarial estatal consiste en la identificación de una razón de alto interés público o manifiesta

conveniencia nacional que sustente la autorización del arrendamiento del Estadio UNMSM para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos).

74. De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, los términos “interés público” y “manifiesta conveniencia nacional” son conceptos jurídicos indeterminados que varían de contenido y extensión según el contexto en el que se encuentren o vayan a ser utilizados. En lo que respecta al interés público, el Tribunal ha indicado que dicho concepto se vincula con *“aquellos que beneficia a todos”* siendo sinónimo y equivalente al *“interés general de la comunidad”*³³.
75. Por su parte, RUBIO CORREA, al comentar el uso de los términos “alto interés público” y “manifiesta conveniencia nacional” contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, manifiesta que es una *“expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional”*. Para el referido autor, esta fórmula tiene como finalidad resaltar que *“sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas”*³⁴.
76. Como ha sido indicado, el alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido varía en función a las circunstancias y contexto en el que se circunscriben. Para el caso en concreto, estos términos constituyen límites a la actividad empresarial estatal, pues denotan que únicamente en casos excepcionales se podrá justificar la inclusión del Estado como agente económico en el mercado. Con ello, se busca evitar que el Estado distraiga sus recursos públicos en el desarrollo de actividades que no resultan prioritarias para la sociedad.
77. Sobre esta base, resulta acorde al carácter excepcional de la actividad empresarial estatal que el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional, se encuentre prevista por el legislador en la norma que habilita al Estado a realizar determinada actividad. En efecto, atendiendo al carácter circunstancial de dichos conceptos, el legislador dispondrá, al momento de autorizar la actividad empresarial, el contenido del “alto interés público” o de la “manifiesta conveniencia nacional” que justifica tal habilitación.

³³ Ver Sentencia emitida en el Expediente 090-2004/AA-TC del 5 de julio de 2004, considerando 11.

³⁴ *“En relación a la segunda parte del artículo, en buena cuenta se establece una concepción restrictiva de la actividad empresarial directa o indirecta del Estado al requerir que sea subsidiaria de la iniciativa privada, según hemos visto en los párrafos inmediatamente anteriores. El Establecimiento de empresas públicas requiere ley expresa y alto interés público de manifiesta conveniencia nacional. Es ésta una expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional, pero que carga la intención de decir que sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas. No es lenguaje técnico, sino, en última instancia, emotivo.”*
RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 236.

78. En esa línea, BODENHEIMER, citado por LÓPEZ CALERA, menciona que el Poder Legislativo tiene la máxima legitimidad para introducir el concepto de “interés público” y darle contenido concreto en las leyes³⁵. Ciertamente, en la medida que el legislador ha establecido en las normas cuál es el interés público que persigue, resulta lógico afirmar que, a efectos de verificar si determinada actividad empresarial autorizada se encuentra acorde con un “alto interés público” o con una “manifiesta conveniencia nacional” se podrá recurrir a los fines u objetivos de la ley habilitante que el legislador ha considerado perseguir.
79. En consecuencia, no corresponderá al Indecopi realizar la evaluación sobre si determinada actividad empresarial del Estado satisface un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional; puesta esta función está a cargo del Congreso de la República quien deberá dar contenido a dichos términos en la ley en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial.
80. Siendo así, en el presente caso, la Sala procederá a verificar si la ley autoritativa, es decir, la Ley 23733 contiene la razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que justifica que la UNMSM arriende su infraestructura deportiva para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos).
- B) Aplicación al presente caso
81. En el presente caso, la Comisión señaló que el alto interés público de la actividad empresarial que realiza la UNMSM³⁶, se encontraba contenido en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.
82. En su recurso de apelación, Gremco señaló que la Comisión habría recurrido a la Constitución Política del Perú contraviniendo así lo dispuesto por la Sala en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. A su entender, dicha contravención demostraría que la Ley 23733 no señalaría cuál es el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que justificaría la actividad cuestionada.

³⁵ “Bodenheimer prioriza en este sentido el poder legislativo. El poder legislativo tiene la máxima legitimidad para introducir el concepto y darle contenidos concretos en las leyes. La existencia del interés público aparece en principio en las leyes.”

BODENHEIMER, Edgar. “Prolegómenos para una formulación de una teoría del interés público”. En: Carl J. Friedrich, *El interés público*, Editorial Roble, México, 1967, p. 223. Citado por: LÓPEZ CALERA, Nicolás. “El Interés Público: Entre la Ideología y el Derecho”. En: “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, nro. 44. Ed. Universidad de Granada. Granada, 2010. P., 132.

³⁶ Tanto para la realización de espectáculos con asistencia esperada de diez mil (10,000) a treinta mil (30,000) personas como para los espectáculos de más de treinta mil personas (30,000).

Cabe tener en cuenta que la Comisión no realizó el análisis correspondiente al mercado de arrendamiento de la infraestructura para la realización de espectáculos deportivos, toda vez que, durante el periodo imputado, el Estadio UNMSM no había sido arrendado para la realización de partidos de primera división y la Selección Peruana de Fútbol.

83. Al respecto, esta Sala aprecia que si bien la Comisión recurrió a las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Perú para verificar la existencia del alto interés público en la actividad realizada por la UNMSM; ello no es determinante para afirmar que la Ley 23733 - que autoriza su realización - no señala la justificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional de dicha actividad. En tal sentido, este Colegiado verificará la referida ley a efectos de verificar la existencia o no del requisito antes mencionado.
84. Ahora bien, tal como ha sido indicado previamente, el alto interés público que el legislador busca satisfacer al autorizar determinada actividad empresarial por parte del Estado, puede estar plasmado en los fines u objetivos que persigue la ley autoritativa. En tal sentido, en el presente caso, la actividad de arrendamiento del Estadio UNMSM para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos) estará justificada en tanto se encuentre acorde con una de las finalidades previstas en la Ley 23733.
85. Al respecto, de la revisión de la Ley 23733, se aprecia que el artículo 2 precisa cuáles son los fines que persiguen las universidades a través de sus diferentes actividades. Estos son, por ejemplo, la promoción de la cultura universal, la realización de investigación, el fomento de la creación intelectual y artística, la extensión universitaria a la comunidad, entre otras³⁷.
86. Así pues, tal como ha sido desarrollado en los numerales 58 y 59 de la presente resolución, los espectáculos no deportivos como los “conciertos” resultan ser una manifestación de los “servicios culturales” que brinda la industria cultural en el mercado.
87. Teniendo en cuenta dicha definición, el hecho de que la UNMSM dé en arrendamiento su infraestructura deportiva (estadio) con la finalidad de realizar espectáculos no deportivos, como “conciertos”, implica que a través de dicha actividad esté promoviendo el acceso a la cultura y, por lo tanto, encuentre concordancia con uno de los fines previstos en la Ley 23733. Siendo así, la Sala aprecia que la actividad empresarial que realiza la UNMSM se encuentra alineada con los fines que justifican su autorización, como lo es la promoción de la cultura.

³⁷

LEY 23733 – LEY UNIVERSITARIA (vigente en el período de análisis)

Artículo 2.- Son fines de las Universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- b) Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericano y universal.
- d) Extender su acción y sus servicios a la comunidad, y promover su desarrollo integral, y,
- e) Cumplir las demás atribuciones que les señalen la Constitución, la Ley y su Estatuto.

88. Por lo expuesto, corresponde confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI, que declaró infundada la denuncia de Gremco contra la UNMSM por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal sin contemplar los requisitos del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI del 26 de julio de 2017, que declaró infundada la denuncia de Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal sin contemplar los requisitos del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

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

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente