

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Resolución N° 0269-2018/SDC-INDECOPI

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

Autor

Jocelyne Diane Romero Ortiz

Revisor

Sosa Huapaya, Alex Ever

Lima, 2021

RESUMEN

El Perú, al ser un país que se rige por el modelo económico de la economía social de mercado, limita al Estado su ingreso a la economía, en donde solo de forma excepcional pueda realizar actividades empresariales y, por el contrario, este debe cumplir un rol garantista; el problema radica en que existe el escenario en donde el Estado está desarrollando actividad empresarial, sin cumplir con los requisitos establecidos en nuestro cuerpo normativo: la Constitución Política del Perú, específicamente en su artículo 60.

Este, a su vez, termina siendo un acto de competencia desleal regulado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044; y es aquí donde el organismo público especializado de velar por el buen funcionamiento del mercado (Indecopi) no termina realizando un correcto análisis para determinar si la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) estaría desarrollando actividad empresarial, alineado con los límites establecidos en el artículo 60, y como consecuencia de ello, se estaría permitiendo la realización de actividad empresarial estatal, generando competencia desleal, afectando el correcto desarrollo del mercado económico, en la modalidad de violación de normas. En el presente artículo se busca desarrollar una crítica respecto del análisis esbozado por el Indecopi en la Resolución N° 0269-2018/SDC-INDECOPI, para justificar el ingreso de la UNMSM en el mercado económico.

Palabras clave:

Economía social de mercado – Competencia Desleal – Principio de Subsidiariedad – INDECOPI – Actividad Empresarial.

ABSTRACT

Peru, being a country governed by the economic model of the social market economy, limits the State's entry into the economy, where it can only exceptionally carry out business activities and, on the contrary, it must fulfill a guaranteeing role; the problem lies in the fact that there is a scenario where the State is developing business activities without complying with the requirements established in our regulatory body: the Political Constitution of Peru, specifically in its article 60.

This, in turn, ends up being an act of unfair competition regulated in Article 14. 3 of Legislative Decree 1044; and it is here where the public agency specialized in ensuring the proper functioning of the market (Indecopi) does not end up performing a correct analysis to determine whether the Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) would be developing business activity, aligned with the limits established in Article 60, and as a result, it would be allowing the realization of state business activity, generating unfair competition, affecting the proper development of the economic market, in the form of violation of rules. This article seeks to develop a critique regarding the analysis outlined by Indecopi in Resolution No. 0269-2018/SDC-INDECOPI, to justify the entry of UNMSM in the economic market.

Keywords:

Social market economy - Unfair Competition - Principle of Subsidiarity – INDECOPI
- Entrepreneurial Activity.

INDICE DE CONTENIDO

1. Introducción	1
2. Justificación de la elección de la Resolución	2
3. Relación de los hechos de la controversia	3
4. Presentación de los problemas jurídicos	8
5. Desarrollo de los problemas jurídicos	9
• Primer problema: ¿La UNMSM se encontraba realizando una actividad empresarial facultada por el artículo 60° de la Constitución Política de Perú?	9
• Segundo problema: ¿El INDECOPI realizó un correcto análisis de mercado relevante para determinar si la concurrencia de la UNMSM era relevante o no, y un correcto análisis de subsidiariedad?	32
• Tercer problema: ¿Quién debería analizar la subsidiariedad en el presente caso, debería ser el INDECOPI o el Congreso?	40
6. Conclusiones	44
7. Recomendaciones	46
8. Referencias bibliográficas	47

1. INTRODUCCION

El Perú se rige bajo una economía social de mercado, la cual se caracteriza por tener una política económica de mercado y a la par una política social que regula a la primera; en donde las decisiones principales del sistema económico se resuelven a través del mercado; es decir, la oferta y la demanda regulan la economía y no la intervención del gobierno. Por ello, en uno de nuestros cuerpos normativos máximos, la Constitución Política del Perú, en su artículo 60 menciona lo siguiente: *“Pluralismo Económico. 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”*.¹

Es así que nace Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) el cual fue creado para propiciar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de los ciudadanos, consumidores y empresarios, a través de la defensa de los consumidores, la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, la protección de la propiedad intelectual y la promoción y desarrollo de una infraestructura y cultura de la calidad en el Perú.²

Lo que sucede en la actualidad es que el Estado, a través de empresas públicas, está ingresando al mercado, realizando actividad empresarial, como el caso que será materia de análisis (Resolución N° 0269-2018/SDC-INDECOPI), en donde el INDECOPI termina realizando una interpretación extensiva de la norma, que justificaría la actividad empresarial realizada por parte del Estado, vulnerando no solo el derecho de los privados de desarrollarse en un mercado libre y sancionando

¹ Constitución Política del Perú.

“Artículo 60.- Pluralismo Económico 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”.

² Recuperado de: <https://www.indecopi.gob.pe/es/web/indecopi-old/sobre-el-indecopi>

os actos de competencia desleal, como la estableció en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, sino también lo mencionado por la Constitución Política del Perú.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Este caso genera especial interés, ya que, a pesar de haberse iniciado la denuncia en el año 2012, hasta la fecha sigue siendo tema de debate sobre si lo que se resolvió en segunda instancia terminó acorde al marco normativo bajo el cual nos regimos.

Y es que si se observa como ha venido resolviendo el INDECOPI los casos en los cuales el Estado ingresa al mercado realizando actividad empresarial, se pueden observar casos en donde rotundamente menciona que el Estado está violando el artículo 14.3³ del Decreto Legislativo 1044, pero en este caso en particular, el INDECOPI tuvo un análisis, por decirlo menos bastante particular, el cual será análisis del presente informe, y termina justificando el ingreso de la UNMSM en el mercado de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos (deportivos y no deportivos).

La preocupación principal es la de cómo se está interpretando los requisitos que exige el artículo 60 de la Constitución Política del Perú para poder realizar actividad empresarial, y esto es respecto a los 3 requisitos que exige este artículo: i) ¿en el presente caso existe ley habilitante expresa que permita a la UNMSM realizar actividad empresarial; ii) ¿termina siendo subsidiario el ingreso de la UNMSM en el mercado económico?; y iii) finalmente, y no menos importante, si se menciona la razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Otra preocupación que deviene de este análisis es ¿sobre quién recae la responsabilidad de hacer el análisis del cumplimiento de los requisitos del artículo 60?; ya que, si se toma en cuenta, este análisis debería ser *ex ante* a la publicación de la ley expresa habilitante.

³ Decreto Legislativo 1044 - Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de la competencia desleal. "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".

Esta falta de predictibilidad en los casos de competencia desleal por violación de normas trae como consecuencia inseguridad jurídica, y no solo ello, sino que termina yendo en contra de lo establecido por nuestro máximo cuerpo normativo, la Constitución Política del Perú y va en contra del modelo económico bajo el cual se rige el Perú, por lo que es un caso bastante singular, ya que esto abre la puerta a que el Estado pueda ingresar al mercado utilizando este análisis como jurisprudencia.

3. RELACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CONTROVERSIA

Antes de proceder con la exposición de los hechos relevantes del presente caso, se hará un breve esquema sobre los datos que se deben tener presente:

N° de la Resolución	Resolución N° 0269-2018/SDC-INDECOPI
N° de Expediente	Expediente N° 175-2012/CCD-INDECOPI
Área (s) del Derecho sobre las cuales versa el contenido de la Resolución	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Derecho de Competencia: Competencia Desleal ✓ Derecho Constitucional
Denunciante	Gremco Publicidad S.A.
Denunciada	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Instancia	Segunda Instancia – Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Materia	Competencia desleal, Violación de normas, Actividad empresarial del Estado.
Sumilla	Se declara infundada la denuncia interpuesta por Gremco a 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.

- 3.1.** El 26 de julio del 2012, Gremco Publicidad S.A (en adelante Gremco) denunció a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (en adelante 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 que se encuentra tipificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al arrendar su estadio para la realización de eventos deportivos y no deportivos.
- 3.2.** El 20 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal decide admitir a trámite la denuncia presentada por Gremco, ya que cumple con los requisitos de admisibilidad, contemplados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, así como lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Represión de la competencia Desleal. Asimismo, luego de analizar los argumentos y medios probatorios presentados por Gremco, la Secretaría considera que corresponde imputar a la UNMSM la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto que se encuentra regulado en el numeral 14.3 del artículo 144 de la Ley de Represión de 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 o deportivos en la ciudad de Lima, sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la constitución.
- 3.3.** Gremco interpone la denuncia basándose en una supuesta violación del art. 60 de la Constitución Política del Perú, ya que no se estarían cumpliendo con los 3 requisitos que exige este artículo para que el Estado pueda realizar actividad empresarial en el mercado económico; lo que terminaría por demostrar que la actividad que está realizando la UNMSM sería ilegal e inconstitucional. Así Gremco termina mencionando que la actividad realizada por la UNMSM (arrendamiento de infraestructura para eventos) cuenta con carácter empresarial; asimismo, que esta actividad que realiza la UNMSM no cuenta con ley expresa habilitante, que tampoco cuenta con el carácter subsidiario que necesita el Estado para poder hacer actividad empresarial y, finalmente,

no responde al concepto de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

3.4. El 15 de octubre del 2012, la UNMSM realiza sus descargos mencionando lo siguiente:

- El arrendamiento de infraestructura que realiza es un acto de administración de bienes autorizados por leyes especiales, por lo que la UNMSM no estaría realizando actividad empresarial. Además, menciona que, si bien el Estado cuenta con un presupuesto para brindar educación universitaria, este no termina siendo suficiente, por lo que la UNMSM termina buscando otros recursos directamente recaudados.
- Asimismo, menciona que la Ley Universitaria – Ley N° 23733, en su artículo 4, le permite administrar sus bienes y rentas, elaborar su presupuesto y aplicar sus fondos con la responsabilidad que impone la ley. Asimismo, menciona que el derecho a la educación, al ser un servicio público, debe ser otorgado y en condiciones de calidad, y para ello, la UNMSM no solo se basa en el presupuesto que le otorga las arcas del Estado, sino también en sus recursos directamente recaudados, dentro de los cuales se encuentra el arrendamiento de infraestructura.

3.5. El 15 de mayo del 2013, la Comisión declara improcedente la denuncia presentada por Gremco, al considerar que no se ha podido configurar el supuesto de violación de normas estipulado en el artículo 14.3 de la LRCP, con el argumento de que el arrendamiento del Estadio por parte de la UNMSM es con fines de autofinanciamiento y que este no puede constituir un supuesto de “actividad empresarial”, y por ello no terminaría violando el principio de subsidiariedad. (Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI).

3.6. El 20 de marzo del 2014, la Sala especializada en Defensa de la Competencia revocó la Resolución 114-2013/CCD-INDECOPI, declarando procedente la denuncia de Gremco, ya que la Sala consideró que la UNMSM se comportó como un agente económico al brindar el servicio de arrendamiento de su estadio, por lo que solicitó a la primera instancia analizar si esta intervención violaba el principio de subsidiariedad. (Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI)

3.7. El 1 de junio del 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión (a raíz de informe presentado por la Gerencia de Estudios Económicos) concluye en que la UNMSM concurriría ofertando el uso de su infraestructura deportiva en los siguientes mercados:

- 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.
- 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.

3.8. El 26 de julio del 2017, se emite la Resolución N° 076-2017/CCD-INDECOPI (Resolución de Primera Instancia) en donde la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta a la UNMSM en base a los siguientes fundamentos, como consecuencia del análisis de los requisitos del artículo 60 de la Constitución Política del Perú:

- Respecto de la autorización por ley expresa, la Comisión llega a la conclusión de que si existe la ley expresa habilitante, la cual sería la Ley Universitaria – Ley 23733
- Respecto del carácter subsidiario menciona dos puntos: desestima la denuncia respecto al mercado relevante de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos deportivos, ya que según el estudio de la GEE, en el periodo de tiempo del 2008-2012 en la UNMSM no se realizó ningún partido de fútbol; y menciona que en el mercado relevante de arrendamiento de infraestructura para organización de eventos no deportivos con asistencia esperada de más de treinta mil personas, menciona que no existe oferta por parte de los privados, suficiente para poder absorber la demanda que quedaría libre con la salida de la UNMSM, y en el mercado relevante de arrendamiento de infraestructura para organización de eventos no deportivos con asistencia esperada de entre diez mil y treinta mil personas, se menciona que el Estadio Monumental tiene que ser utilizado en su totalidad, por lo que no se pueden realizar ahí diversos

eventos de menor cantidad de asistencia esperada, por lo que esto sería una limitante para poder absorber la demanda que dejaría libre la UNMSM.

- Respecto del alto interés público la manifiesta conveniencia nacional, la Sala interpreta que esta se encontraría en el artículo 2.8 de la Constitución Política del Perú.
- Y concluye con que la actividad que estaría realizando la UNMSM si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución, por lo que termina declarando infundada la denuncia interpuesta por Gremco.

3.9. El 23 de agosto del 2017, Gremco interpone recurso de apelación contra la Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI mencionando lo siguiente:

- La comisión estaría utilizando una antigua Ley (Ley 23733), ya que la UNMSM sigue operando hasta la fecha, y consideran que se debería hacer el análisis a la nueva Ley 30220.
- Asimismo, consideran que inclusive la antigua Ley 23733 no sería una norma habilitante por contener disposiciones genéricas
- Respecto del interés público o la manifiesta conveniencia nacional, mencionan que esta no es señalada en la Ley 23733 y que la Comisión recurre a la Constitución para la justificación de este, inclusive contraviniendo lo dispuesto por el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, en donde se estipula que la norma habilitante de la actividad empresarial estatal debe señalar el interés público.
- Finalmente, mencionan que no hay pronunciación respecto de que en el mercado relevante en cuestión ya se encuentran 2 empresas estatales brindando el servicio de arrendamiento de infraestructura (UNMSM y el IPD), solicitando la acumulación de procedimientos con el formulado en el Expediente 102-2012/CCD (denuncia que realizó Gremco al IPD).

3.10. El 7 de marzo del 2016, la UNMSM realiza su respuesta a la apelación interpuesta por Gremco, en donde básicamente solicita que se confirme en todos sus extremos la resolución de primera instancia, y reiterando que la UNMSM no es una empresa estatal y que tampoco desarrolla actividad

empresarial, ya que el arrendamiento de su infraestructura es con la finalidad de autofinanciarse.

3.11. El 26 de diciembre del 2018, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia decide confirmar la resolución 076-2017/CCD-INDECOPI del 26 de julio de 2017, modificando los argumentos expuestos en la primera instancia, y menciona lo siguiente:

- Considera que la actividad realizada por la UNMSM (arrendamiento de infraestructura para eventos no deportivos) constituye actividad empresarial subsidiaria.
- También menciona que la actividad empresarial se encuentra legalmente autorizada por la Ley universitaria – Ley N° 23733.
- Finalmente, menciona que la Ley Universitaria – Ley N° 23733 ya contiene la justificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (promoción de la cultura). Además de ello, la Sala utiliza esta ley, ya que era la que se encontraba vigente en el periodo de análisis.

4. PRESENTACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos encontrados en la presente resolución, materia de análisis, son los siguientes:

- a. Primer problema: ¿La UNMSM se encontraba realizando una actividad empresarial facultada por el artículo 60° de la Constitución Política de Perú?
- b. Segundo problema: ¿El INDECOPI realizó un correcto análisis de mercado relevante para determinar si la concurrencia de la UNMSM era relevante o no?
- c. Tercer problema: ¿Quién debería analizar la subsidiariedad en el presente caso, debería ser el INDECOPI o el Congreso?

5. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. ¿LA UNMSM SE ENCONTRABA REALIZANDO UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL FACULTADA POR EL ARTÍCULO 60° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ?

Para poder desarrollar y analizar este punto, es necesario saber el modelo económico bajo el cual se rige el país, ya que solo así se puede saber cuáles son las reglas del juego en el mercado, quiénes son o pueden ser los partícipes de esta y cómo se puede desarrollar actividad empresarial como regla y como excepción.

ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

El Perú se rige bajo el modelo económico denominado “economía social de mercado”, entendido este régimen como un desarrollo de la política social y económica a la par. Respecto al rol que debe cumplir el Estado, en este modelo económico, se menciona que tiene, básicamente, un rol garantista y no intervencionista, quiere decir que su rol principal es vigilar que la economía y el mercado se desarrollen de la forma correcta, y este solo podrá intervenir en ciertos servicios públicos que sean de gran interés público en la sociedad, como lo es la salud, la educación, etc. Así, Álvarez (2014), menciona lo siguiente:

“La Economía Social de Mercado, recoge como basamento estos valores y se erige como un modelo intermedio o una tercera vía alternativa que imprime un rango de flexibilidad a los ciudadanos, permitiéndoles acoplarse a los cambios que se pudiesen manifestar en el entorno social. Así, lejos de la tradicional dicotomía liberal-socialista sobre la que antes reposaban las bases de la economía, la Economía social de mercado busca constituirse como el sistema intermedio que rompe con la rigidez de los esquemas otrora impuestos. “La importancia cardinal de este modelo radica, máxime, en que se trata de un sistema abierto, susceptible de realización en muy diversos modelos económicos”. (p. 262) (el subrayado es nuestro)

Este modelo económico, se caracteriza por ser tener un mercado libre, el cual se rige por la oferta y la demanda, y se va desarrollando en base al desarrollo de la economía y el mercado, es así que el Estado solo hace su aparición en la economía cuando observa que no se están respetando las reglas del mercado, o está existiendo algún abuso o exceso por parte de los privados. Al respecto, Resico (2010), dice lo siguiente:

“La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente”. (p. 123) (el subrayado es nuestro)

Este modelo económico fue ingresado al Perú en el texto de la Constitución Política del Perú de 1979, básicamente porque en ese contexto, siempre se ha observado que el Estado como empresa no ha funcionado, y que la economía ha dado mayores frutos cuando esta se ha desarrollado de forma libre y sin intervención del Estado como un actor del mercado, y que solo sea guiado por las reglas establecidas; así también lo comentaba Ortega (2003), diciendo lo siguiente:

“Este trabajo pretende ser una reflexión sobre la política de privatizaciones como respuesta a los problemas de ineficiencia de la empresa pública y sus resultados efectivos, en términos de eficiencia, por lo que será necesario delimitar hasta qué punto se puede aplicar esta política” (p. 208) (el subrayado es nuestro)

La economía al ser libre y regirse por su propio funcionamiento, hace que el Estado pase a un segundo plano, ya no es un interventor, sino que cumple el

rol de un árbitro; por ello la economía social de mercado cuenta con unas características esenciales, las cuales son bien explicadas por Kresajla y Ochoa (2003) en donde dicen lo siguiente:

*En síntesis, **las características fundamentales de la economía social del mercado** son las siguientes:*

- *El mercado y la competencia no deben ser concebidos como privilegio de los empresarios, sino como elementos para garantizar la libertad de los consumidores, empleadores y trabajadores y también como instrumentos para aumentar el rendimiento*
- *Sus funciones pueden peligrar por la formación de carteles y la concentración de poder económico, por lo que es pertinente una legislación anti-trust.*
- ***El mercado y la competencia funcionan de manera óptima cuando el Estado establece normas claras e inequívocas por intermedio de sus sistema monetario y su ordenamiento jurídico, y no interviniendo en el proceso económico de manera permanente***
- ***Lo anterior demanda un Estado fuerte e independiente de los grupos de poder económico.** A ello debe sumarse un aparato administrativo y judicial independiente y libre de corrupción*
- ***Su práctica se refuerza por dos principios: el de la solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común; y el de subsidiariedad, en virtud del cual lo que le individuo puede hacer por propia iniciativa no debe de hacerlo la comunidad o el Estado.** (p. 99 y 100) (el subrayado es nuestro).*

De aquí se desprende el rol del Estado como garantista, en donde funciona como un operador que se encarga de colocar ciertas reglas bajo las cuales se deben someter las empresas respecto del rubro en el cual se encuentren, lo que se conoce como las normas sectoriales según el tipo de actividad que estén desempeñando los privados, justamente con el afán de que tampoco se

cometan excesos por los grupos de poder económico, y que como consecuencia de estos, se vea afectado el mercado económico, tanto los proveedores como los consumidores, así lo menciona también en Zuñiga (2010)

“La Constitución de 1993, por el contrario, se orienta hacia una mínima participación del Estado en la economía. Su participación se encuentra en brindar el marco normativo para garantizar el desarrollo de la iniciativa privada y la participación irrestricta de los agentes en el mercado” (p. 333) (el subrayado es nuestro).

Es así que, en el siguiente punto, se desarrollará entonces, cuándo es que el Estado puede ingresar a la economía a realizar actividad empresarial, sin olvidar que esta es de carácter excepcional, y que se debe cumplir ciertos requisitos para que este pueda ejercerlo; es decir, su ingreso es prohibido en primera instancia, ya que como se ha analizado en este acápite, debido al cambio político y jurídico que sufrió nuestro país, el principal papel del Estado es de ser garantista.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCION DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (INDECOPI) Y EL DECRETO LEY N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Es así como nace el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), institución autónoma del estado la cual se viene encargando de aplicar las normas que protegen el correcto desarrollo del mercado en toda la extensión de la palabra; es decir, busca sancionar, *ex post*, acciones que atenten contra el mercado; como por ejemplo las prácticas monopólicas, prácticas de competencia desleal y en general las prácticas que afecten a los agentes económicos y a los consumidores.

Y como tal cuenta con distintas salas, las cuales se encargan de resolver los distintos tipos de conflictos, según el área en el que se encuentren; entre ellas tenemos: Comisión de Libre Competencia, Comisión de Protección al Consumidor, Comisión de Procedimientos Concursales, etc. y también cuenta

con la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, la cual es base importante del tema que se va a desarrollar.

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es la encargada de aplicar el Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual expresa lo siguiente:

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.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación objetivo.- La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

Como se observa, esta sala se encarga de sancionar cualquier acto que sea considerado como desleal entre los actores que concurren en el mercado, ya sean actos de sabotaje, actos de denigración, actos de comparación y equiparación indebida, actos de engaño, etc. pero entre estos actos, se va a analizar específicamente el artículo 14 del presente Decreto Legislativo, el cual se encuentra en el Subcapítulo III, el cual habla de los actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena. Específicamente el artículo 14.3 menciona lo siguiente:

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

Este artículo, se encarga de sancionar al Estado cuando intente violar lo dispuesto por el art. 60° de la Constitución Política del Perú, el cual estipula

que el Estado solo de manera excepcional y a través de una Ley expresa que lo habilite, podría ingresar al mercado; de lo contrario, estaría incurriendo en un acto de violación de normas. Esto tiene un análisis más profundo que el simple hecho de que el Estado como empresa es bastante ineficiente, y tiene un motivo económico y de gran desventaja frente al privado, en tanto que el Estado intenta entrar al mercado utilizando el dinero del Tesoro Público, las cuales son recaudadas con los impuestos de la sociedad, y así está generando ingresos sin haber invertido un capital propio y no solo ello, sino que tiene beneficios respecto del propio control estatal, como sería la recaudación de impuestos que nuevamente ingresaría a esta empresa del estado, y como se nota, se enfrasca en un círculo que, a todas luces, tiene más beneficio la empresa estatal que la empresa privada. Respecto de esta actividad empresarial que realizaría el Estado, Falla (2003) acota lo siguiente:

*Adicionalmente, **dichas actividades empresariales han venido ocasionando graves distorsiones a la competencia habiendo incluso logrado desplazar toda iniciativa privada en algunos mercados.** Ello tendría relación con la utilización indebida de las ventajas derivadas de su condición de empresas o entidades del Estado (por ejemplo, cuando reciben transferencias del Tesoro, o gozan de exoneraciones en la importación de maquinaria o insumos. **Este hecho implicaría además de un acto de competencia desleal en perjuicio de las empresas privadas, la utilización de recursos públicos para fines distintos a los legalmente autorizados.***

***A lo anterior se suma, la falta de regulación y supervisión en el desarrollo de actividades empresariales por parte de algunas entidades del Estado,** hecho que incrementa los riesgos de corrupción y de un uso indebido del patrimonio del Estado. (p. 6)(El subrayado es nuestro)*

Es claro que existen varios perjuicios y ventajas preferenciales cuando se trata de realizar actividad empresarial por parte del Estado, y es que este como tal, debe contar con límites que impidan un abuso en las funciones que tiene el poder del Estado; es por ello que la creación de este Decreto Legislativo es de suma importancia porque coloca límites no solo al Estado, en refuerzo de

lo mencionado en el art. 60° de la Constitución, sino que es un límite que engloba a todo acto de competencia desleal que quiera permanecer en el mercado, y que como consecuencia de ellos genere efectos negativos en su correcto funcionamiento en general.

En ese sentido, lo dicho por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución 0269-2018/SDC-INDECOPI, termina siendo en partes acorde a los conceptos antes desarrollados, pero también tiene partes confusas y distintas a todo el marco que se ha venido desarrollando en el presente trabajo. Para comenzar, la sala hace la interrogante inicial que se mencionó en el acápite anterior: ¿la UNMSM estaría haciendo actividad empresarial? Y para ello, la sala ordena a la Gerencia de Estudios Técnicos (GEE) a realizar un informe técnico que delimite el mercado relevante en el cual estaría incurriendo la UNMSM, en donde se termina manifestando lo siguiente:

- Primer mercado relevante: Arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no deportivos (conciertos), con una asistencia esperada de más de 30 mil asistentes en lima durante el período 2008-2014.
- Segundo mercado relevante: Arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos públicos, deportivos y no deportivos (conciertos), con una asistencia esperada de entre 10 mil y 30 mil asistentes en lima durante el período 2008-2014⁴

En el cual se termina confirmando que, efectivamente, la UNMSM realiza actividad empresarial y se comporta como operador económico al ofrecer el arrendamiento del Estadio de la UNMSM. En este punto, se considera correcto el análisis de ingreso a la economía, y se identificó cual era el mercado relevante (punto que será analizado posteriormente).

Ya con este ingreso al mercado, corresponde a la Sala analizar si el ingreso al mercado por parte del Estado termina siendo justificado (con los requisitos

⁴ Resolución 0269-2018/SDC-INDECOPI

del artículo 60 de la Constitución) o si por el contrario, este ingreso estaría violando las normas establecidas.

¿QUÉ ES EL ROL SUBSIDIARIO? PRESUPUESTOS EN LOS CUALES EL ESTADO PUEDE REALIZAR ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Cuando se habla de rol subsidiario, específicamente del rol subsidiario del estado, se quiere decir que suple o refuerza la actividad empresarial que se desarrolla en el país, y esto tiene que ver básicamente con el tipo de régimen bajo el cual se encuentra el Perú, el cual es la economía social de mercado, y ello es definido con mayor precisión por Zuñiga (2010):

“En el Estado social de derecho, las medidas tienen como objetivo la promoción de la libertad como mecanismo de medición del grado de distribución de la riqueza e intervención del Estado. Es así que el artículo 60 de la Constitución de 1993 establece que el Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, y, solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En ese sentido, la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. Como se observa, el principio de subsidiariedad se encuentra expresado claramente en el texto constitucional. La libre iniciativa asume la principal responsabilidad en la actividad económica”(p.334) (el subrayado es nuestro)

Asimismo, existen ciertos supuestos expresos bajo los cuales el Estado puede realizar actividad empresarial, los cuales están establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993 (cuerpo normativo máximo de nuestro país aún vigente), pero no solo el Estado debe intervenir subsidiariamente en las actividades empresariales porque así lo menciona la Constitución, sino que debe respetar lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1044, en donde el

Estado al ejercer actividad empresarial estaría incurriendo en el ejercicio de actos calificados como actos de competencia desleal por la causal de violación de normas, ya que este llevaría ventaja por varios argumentos que serán analizados a profundidad en los siguientes acápite.

LA EXISTENCIA DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL POR PARTE DEL ESTADO

Es necesario definir que termina siendo una actividad empresarial, sobre todo porque en los criterios esbozados por la Sala en la Resolución 3134-2010/SC1, se menciona que solo si la actividad estatal desarrollada tiene carácter empresarial, se procederá a hacer el análisis en donde se debe verificar el estricto cumplimiento de los límites que impone el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.⁵

Al respecto, el Indecopi señaló en el precedente de observancia obligatoria de la RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI, en su fundamento 37, lo siguiente: “Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de **actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio**”.⁶

Es así que, en este caso, la Sala esta de acuerdo con que la actividad realizada por la UNMSM si termina siendo una actividad empresarial, ya que se termina comportando como un operador económico al arrendar su Estadio, por lo que decide continuar con el siguiente análisis, dilucidar si esta actividad cumple con los requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución.

Es así que, cuando se habla de actividad empresarial estatal, se hace referencia a realizar cualquier tipo de actividad que tenga como consecuencia automática un ingreso en el mercado económico. Cabe recalcar que el Estado

⁵ RESOLUCIÓN 0269-2018/SDC-INDECOPI.

⁶ RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI

no debe realizar actividad empresarial, salvo en algunos casos especiales como lo son los servicios públicos. Es así que, Quiñones (2012) menciona lo siguiente:

Ouisiera detenerme en la tesis que Indecopi postula en ambos precedentes para determinar qué conductas del estado califican como actividad empresarial. En opinión de dicha agencia, ésta existe cuando el estado “asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más... (...) siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio”. (p. 68) (el subrayado es nuestro).

Como bien se señala, no es necesario que esta actividad que se realiza sea lucrativa o con fines distintos a estos, basta con estar realizando la actividad empresarial, lo cual *per se* ya iría en contra de lo dicho por el art 60° de la Constitución. Este es el primer filtro que se debe realizar frente a un caso del ingreso del estado al mercado, la primera pregunta que debe surgir es: ¿nos encontramos frente a una actividad empresarial?, una vez respondida esta pregunta se procede a analizar el segundo supuesto, el de la ley expresa

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Es así que, la Constitución Política del Perú menciona los supuestos específicos en los cuales el Estado podría intervenir en la economía, teniendo siempre en cuenta que esta intervención es de manera excepcional y, únicamente, cumpliendo los supuestos mencionados. El artículo 60 de la Constitución menciona lo siguiente:

“Artículo 60 Pluralismo Económico 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*".⁷

Este artículo se encuentra fundamentado en el principio de subsidiariedad, que es básicamente el principio por el cual el Estado solo puede ingresar de manera excepcional a realizar actividad económica, ya que como se ha mencionado en los párrafos anteriores, según el modelo económico del Perú, no se busca tener una actuación de empresas estatales, el Estado solo puede crear empresa de manera excepcional y bajo ciertos supuestos. Es así que el Estado solo puede crear empresa ante la inexistencia del privado en cierta actividad, ante la ineficiencia de los privados en la economía, o por razones de alto interés público, como lo son los servicios públicos. Es así como Kresalja y Ochoa (2012) concuerdan en 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.** (p. 102) (El subrayado es nuestro)

Como consecuencia de ello, para la lectura del art. 60° de la Constitución, a la luz del principio de subsidiariedad, se debe tener en cuenta estos 3 elementos: la actividad empresarial por parte del Estado debe ser realizada a través de ley expresa; que sea de carácter subsidiario, y que sea por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional

A continuación, pasaremos a abordar los referidos elementos:

a) LA LEY EXPRESA

⁷ Constitución Política del Perú. Art. 60.

Sobre este primer requisito hay bastante debate respecto de qué se quiso dar a entender con: “Solo autorizado por ley expresa”, en tanto que existen posturas que entienden esta frase como la existencia de algún tipo de ley que pueda avalar la existencia de la empresa estatal; mientras que por otro lado, está la postura que entiende esta frase como la creación de una nueva ley que expresamente habilite en específico la actividad que se vaya a realizar, y que en ella se motive debidamente los argumentos por los cuales el Estado va a realizar dicha actividad empresarial; así como también qué tipo de ley es la que puede habilitar la realización de la actividad empresarial. Respecto de este punto, Bullard (2011) realiza la siguiente precisión:

“Cuando el Congreso aprueba una Ley autoritativa lo que hace es calificar el carácter de alto interés público o manifestar conveniencia nacional de la actividad en abstracto. Pero no califica el carácter subsidiario. Ello tiene que evaluarse en cada momento y circunstancia en que se presente un caso.

*En esa línea lo que califica el Congreso es que la actividad tiene una naturaleza tal que la satisfacción de la demanda es de interés público o de manifiesta conveniencia nacional y en atención a ello autoriza al Estado a desarrollar empresa para satisfacer esa demanda, **pero deja abierta la posibilidad de que la subsidiariedad sea analizada en el caso concreto, cuando este se presente. Así, si el sector privado está en capacidad de cubrir la demanda, la actividad estatal, formalmente autorizada, no será necesaria. De entrar el Estado en la actividad sería un supuesto de violación al principio de subsidiariedad, incluso con la autorización estatal**”.* (p. 203) (El subrayado es nuestro)

Cuando se menciona la justificación de la creación de la ley, se hace referencia a la demostración de la existencia de un alto interés público o de conveniencia nacional, lo cual debe ser respecto de la actividad en concreto que se vaya a realizar; y como mencionaba Bullard, esto se supone implícito en la creación de leyes, ya que estas se dan en favor de la ciudadanía en

general. Pero cuando vamos a hablar de la ley expresa habilitante para que el Estado ejerza actividad empresarial, se debe precisar que se debe promulgar una nueva ley y creada en favor de la actividad que se va a realizar.

Asimismo, es necesario recalcar que máxime exista la ley expresa que habilite la actividad, esta debe pasar por el segundo requisito, el cual tiene que ver con la subsidiariedad de la misma; de lo contrario, esta actividad recaería en ilícita y violaría la norma ya establecida.

En el análisis de este punto, la Sala menciona que cuando la Constitución dice que la actividad debe ser autorizada a través de ley expresa, y realiza la precisión de que no es a través de cualquier dispositivo de rango legal, sino que debe ser necesariamente por una ley aprobada por el poder legislativo. Asimismo, menciona que, al tratarse de una norma que habilita una situación con carácter excepcional (refiriéndose al ingreso del Estado realizando actividad empresarial) esta **debe ser interpretada restrictivamente**, con lo que la sala terminó concluyendo únicamente que cabe interpretar como ley expresa a una autorización contenida en una ley expedida por el Congreso.

Aplicándolo al caso en concreto, la Sala menciona que, en ese periodo de tiempo (2008-2012) estaba vigente la Ley Universitaria – Ley N°23733, en la cual en su artículo 79 mencionaba lo siguiente: “*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 restante es recurso propio de cada Universidad.*” (El subrayado es nuestro). Así la Sala termina estableciendo que las prestaciones empresariales que realicen las universidades deben ser “compatibles con su finalidad”, y termina remitiéndose al artículo 2 de la misma ley, donde se menciona lo siguiente: “*Son fines de las Universidades:*

- a) **Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;**
(...)” (el subrayado es nuestro)

Es así que termina deduciendo que, en aplicación del artículo 79 en conjunto con el literal a) del artículo 2 del mismo cuerpo normativo, ambos se

encuentran vinculados con la promoción de la cultura universal (esta interpretación la dio la Sala como un fin de las Universidades).

Y aunado a ello, la Sala intenta dar una interpretación a lo que debe ser entendido como “promoción de la cultura”, diciendo que en el concepto de “industria cultural” están comprendidas las actividades creativas o artísticas que se concreten en una actividad o producto con un valor simbólico más importante que su valor utilitario y, normalmente, son objeto de propiedad intelectual, e incluyendo aquí a los “servicios culturales” tales como el teatro, los conciertos de música, entre otros”.

Por ello, menciona que los conciertos de música calzan como un servicio cultural, y que siendo esto así, el arrendamiento de infraestructura de la UNMSM para la realización de eventos si se encuentra dentro de las finalidades establecidas en el artículo 2 de la Ley Universitaria.

Sobre este análisis, es preciso resaltar y discrepar en todos sus extremos los argumentos esbozados por la Sala, ya que es necesario mencionar, en primer lugar, que la Ley Universitaria – Ley N° 23733 nace en el marco de buscar una regulación integral de cómo es que se van a desarrollar, en el sentido más amplio de la palabra, las universidades, tanto privadas como públicas; ello debido a que la educación, como derecho fundamental de las personas, debe ser regulado por el Estado para que este pueda tener mayor y mejor alcance a todos los ciudadanos. Y entre sus tantos artículos, nos vamos a centrar en los concernientes a los bienes y servicios que pueden brindar estas, en específico, en las universidades públicas.

Esta ley contiene un artículo específico en el cual brinda información respecto de los bienes y servicios que esta puede brindar: “**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 restante es recurso propio de cada Universidad.**”⁸ (El subrayado es nuestro)

⁸ Ley Universitaria N° 23733

Al parecer, el artículo es bastante claro, pero quizá se pueda prestar a interpretación la siguiente parte: “... *que sea compatible con su finalidad*”, y ¿qué es que sea compatible con su finalidad? Para ello nos remitimos al artículo 2 de la Ley, así como lo realizó la Sala, la cual nos dice:

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.

Todos los literales antes mencionados, denotan cuáles son los fines de la universidad, y que, bajo esta finalidad es que las universidades pueden realizar bienes y servicios, como una forma de autofinanciamiento. Lamentablemente, estos artículos han intentado ser “flexibilizados”, no solo por las universidades públicas, para que puedan brindar otro tipo de servicios que se alejan del radio de los fines de una universidad, ello en tanto que existen casos, en donde se demuestra que han ingresado al mercado realizando actividad empresarial y generando competencia desleal frente a los demás privados, tal es el caso de una Universidad en Puno que comenzó a realizar la actividad de venta de pollos a la brasa; sino que también ha intentado ser flexibilizado por la propia Sala, en donde terminó concluyendo

que la frase “transmitir la cultura universal con sentido crítico” era un símil de “promoción de cultura”, y que a su criterio, los conciertos calzan como servicios culturales que terminan promoviendo la cultura.

Independientemente del debate que se puede aperturar sobre lo que es o debería ser catalogado como cultura, hay un punto crucial que olvidó por un momento la Sala, y es que nos encontramos frente a un caso excepcional, y así como en el requisito de la Ley Expresa, en donde se menciona que al ser un caso excepcional la habilitación para que el Estado pueda realizar empresa, este debe ser interpretado de manera restrictiva, y lo mismo debió ser considerado en este punto.

De todo este análisis se desprende la primera pregunta ¿es la Ley Universitaria una Ley expresa habilitante que permita el ingreso del Estado al mercado? Teniendo en consideración todos los conceptos esbozados en el presente trabajo, es evidente que se está tomando la existencia de una ley que nació con fines distintos a los del ingreso de las universidades a realizar actividades económicas; incluso el hecho de que intenten flexibilizar el fin de una universidad y reducirlo a la interpretación de que si se pueden realizar conciertos de música, ya que según ciertos autores, este es catalogado como un servicio cultural, termina siendo bastante nocivo para los futuros casos de competencia desleal por violación de normas. Al respecto, en una entrevista personal que se le pudo realizar a Enrique Bardales (Ex Vicepresidente de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal – INDECOPI), el mencionó lo siguiente:

“Desde mi punto vista, el Indecopi en este caso emitió una resolución lamentable, no solo por la interpretación que intenta darle a la ley universitaria, sino por la analogía que intenta realizar de un precedente vinculante de un caso totalmente distinto. Es claro que para que el estado pueda realizar actividad empresarial esta debe ser habilitada por ley expresa; es decir, por una ley que permita la actividad en cuestión, y en este caso la Sala realiza una interpretación de la Ley Universitaria, la cual no calza como ley expresa que permita la realización de alguna actividad empresarial. Cuando menciona el artículo N° 79 de la Ley

Universitaria, es evidente que hace referencia a las posibles actividades que puede realizar una universidad pero que estas no escapen del objeto o de los fines de una universidad; un ejemplo de ello es cuando las universidades prestan servicios a costo ínfimo para que sus estudiantes puedan realizar investigaciones o realizar prácticas de alguna carrera que brinda la universidad, como es el caso del consultorio dental que cuenta la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la cual cobra un monto simbólico para poder mantener los implementos y cuidados de las máquinas que emplean los alumnos para poder realizar sus prácticas pre profesionales de medicina dental, supervisadas por un doctor. Es evidente que la analogía que ha realizado el Indecopi es este caso es lamentable, no solo porque intenta equiparar temas totalmente diferentes, sino por la pésima argumentación que tuvo la resolución para declarar infundada la demanda interpuesta por GREMCO". (Bardales, E. entrevista personal, 22 de mayo del 2019) (El subrayado es nuestro)

Es clara la postura de Enrique Bardales, la cual va acorde a la interpretación restrictiva que se tiene que realizar, y no extensiva, que termina afectando el núcleo principal de este caso, en donde no se debe dejar de observar por un solo instante que el rol del Estado es garantista, que debe otorgar a los ciudadanos los servicios catalogados como servicios públicos, y que en el mercado, solo cumple una función de árbitro, en donde puede intervenir, a través de sus organismos, a sancionar alguna conducta que atente contra el buen funcionamiento del mercado. En el caso excepcional que ingrese al mercado a realizar actividad empresarial, esta debe ser cumpliendo los requisitos explícitos y literales que se mencionan en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú

b) LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACTIVIDAD

El segundo requisito que se debe analizar y tomar en cuenta es el de la subsidiariedad. Es necesario recordar que el Estado como regla no puede ingresar al mercado como un agente competitivo, por las razones que se han esbozado a lo largo del presente trabajo. Este requisito quizá sea el más

importante, ya que si se demuestra que los privados pueden cubrir dicha actividad (excluyendo de las que califican como Servicio Público), la misma podría estar vulnerando el principio de subsidiariedad y como tal, sería ilícita la realización de dicha actividad. Landa (2016), menciona lo siguiente respecto de la subsidiariedad:

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

Finalmente, se logra observar que, en principio, el Perú se rige bajo una economía social de mercado, en la que son los privados los cuales se encargan de cubrir los distintos rubros empresariales y poder competir todos en el mercado; es así que el Estado queda prohibido de poder realizar alguna actividad privada, salvo en casos excepcionales, los cuales ya fueron expuestos líneas anteriores. Asimismo, el rol del Estado en la economía es un rol garantista, y para poder cumplir con esta función en la economía es que crea organismos públicos que se encargan de velar por el correcto funcionamiento del mercado, y así garantizar que entre los privados no existan prácticas ilícitas al momento de competir, o incluso garantizar que los servicios que se estén brindando a los ciudadanos, no sea uno deficiente o que genere confusión, etc.

Sobre este punto, la Sala menciona que, en el mercado de arrendamiento de infraestructura para eventos de gran magnitud, no existen varios competidores, por lo que terminaría siendo justificado el ingreso de la UNMSM, y que, de ser el caso que se libere la oferta pública, la oferta privada no podría absorber la demanda que quedase liberada.

Este punto es bastante cuestionable, ya que la Sala menciona que, de ser liberada la oferta pública, el Estadio Monumental (Gremco) no podría realizar

dos conciertos en un mismo día en su estadio; y la pregunta que recae sobre este punto es ¿se realizan conciertos de gran envergadura en simultáneo el mismo día?, y se hace especial énfasis en lo de gran envergadura ya que la GEE hace una distinción en arrendamiento de infraestructura para eventos de asistencia esperada de más de 30 mil personas y arrendamiento de infraestructura para eventos de asistencia de entre 10 mil a 30 mil personas, sobre este punto se va a realizar un mayor análisis en el segundo problema jurídico, en donde se va a cuestionar si se realizó un correcto análisis del mercado relevante, la importancia de la distinción de los mercados en base a la capacidad y el informe técnico que presenta la GEE con las estadísticas y números de conciertos que presentan.

Retomando el punto clave en este segundo requisito, es el principio de subsidiariedad, el cual consiste en que el Estado ingresa solo y únicamente de manera subsidiaria al mercado; es decir, ante la falta de los privados, inclusive, el mismo INDECOPI menciona lo siguiente en un informe:

La subsidiariedad es un principio que tiene dos facetas, una institucional relacionada a las decisiones políticas y otra sustancial relacionada a la intervención estatal en el mercado. En esta segunda faceta, el principio de subsidiariedad significa que 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 particulares⁹. (el subrayado es nuestro)

Esto se encuentra basado en que se debe respetar el derecho a la libre iniciativa privada, y solo ante la inexistencia o ineficiencia de los privados, el Estado puede ingresar al mercado, pero nuevamente este requisito debe ser analizado de cara a que este ingreso es de carácter excepcional, por ello que cuando se observa la cantidad de privados que pueden realizar una actividad empresarial en particular, debe ser razonado en base al rubro o materia y al

⁹ Informe N°037-2001/GEE – Indecopi, 2001

contexto en el cual se encuentre el país en ese momento, ya que es totalmente posible que una actividad en donde, en el presente, solo exista uno o no existan privados que ofrezcan el producto o servicio; en el futuro, pueda ser abarcada por varios privados.

En este caso en concreto, nos encontramos frente al arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos, y es peculiar, ya que estas infraestructuras son grandes y, *per se*, no existen muchas por los costos hundidos que generan la construcción de una de estas, pero aún así, en el informe presentado por la GEE, pudo identificar respecto a 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 realización de conciertos (con capacidad mayos a 2000 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 Centrica CC Real Plaza (Centro Cívico)*
- *Explanada Oriente del Estadio Monumental*
- *Centro de Convenciones María Angola*
- *Coliseo Polideportivo PUCP*
- *Centro de Convenciones Claro (San Miguel)¹⁰*

Como se puede apreciar, existen 21 establecimientos donde se pueden realizar conciertos (independientemente de la capacidad esperada o real) y esto denota que existe oferta privada suficiente que pueda absorber la oferta pública que dejaría libre. Ahora, la Sala ha hecho una diferenciación en la capacidad de estos espacios, el cual se analizará en el segundo problema jurídico, pero que finalmente termina por dejar un sinsabor al respecto, ya que es evidente que la iniciativa privada si está cubriendo esta actividad empresarial de arrendamiento de infraestructuras para la realización de eventos públicos. Al respecto, el TC en el expediente N° 008-2003-AI/TC, al desarrollar el principio de subsidiariedad menciona lo siguiente:

*“Debe enfatizarse que **la intervención de las autoridades públicas en el campo económico**, por dilatada y profunda que sea, **no solo 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.**”¹¹(El subrayado es nuestro)*

¹⁰ Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI

¹¹ Sentencia del TC expediente N° 008-2003-AI/TC. Fundamento 23

Es claro que el accionar del Estado, en el ingreso al mercado, termina por desincentivar el ingreso de más privados, ya que cabe precisar que no es la única empresa pública que ofrece este servicio de arrendamiento de infraestructura, sino también tenemos al Estadio Nacional que también incurre en el mercado; aunado a ello, los privados se topan con los costos hundidos que terminan generando el ingreso al mercado, siendo ambos barreras de entradas para que los privados puedan desarrollarse libremente en esta actividad empresarial.

Por lo que se concluye que lo estipulado por la Sala no es correcto, ya que el ingreso de la UNMSM no estaría siendo de carácter subsidiario en tanto que si existe oferta por parte del privado.

c) EL ALTO INTERÉS PÚBLICO O DE MANIFIESTA CONVENIENCIA NACIONAL

Finalmente, el tercer requisito mencionado en el artículo 60 es respecto al alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que debe estar contenida en la ley expresa habilitante, como justificativo para que el Estado realice la actividad empresarial.

Ahora bien, el interés público consiste en que el Estado busca proteger algún bien común en la sociedad, de forma más precisa lo expone De Cores (2007) donde menciona lo siguiente:

*“Puede definirse provisoriamente entonces al **interés público, como 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, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”. (p. 132 y 133) (el subrayado es nuestro).*

Es así que, el interés público, como parte de un bien común que necesite la sociedad, debe estar protegido y cubierto por el Estado, y es en razón de ello, que podría realizar actividad empresarial.

En este punto, la Sala menciona que el “interés público” solo puede ser dado de contenido por el Poder Legislativo, a través de la norma habilitante; por ello menciona que al INDECOPI no le corresponde hacer una evaluación al respecto, ya que esta función estaría a cargo del Congreso de la República, y solo verificará si la ley contiene esta razón de alto interés público. Sobre ese punto, concluye que en la Ley si está contenida la razón de alto interés público, en tanto que la Ley Universitaria cuenta como fin “la promoción de la cultura universal”, y la UNMSM al ofrecer en arrendamiento su infraestructura para la realización de conciertos, que, según su interpretación, terminan promoviendo la cultura, si estaría alineado a los fines que justifican su autorización e ingreso al mercado.

En este punto, el análisis de la Sala, nuevamente termina divagando sobre la promoción de la cultura y que en esta, se encuentra inmersa la realización de conciertos, lo cual termina siendo erróneo en base a todo el análisis de interpretación extensiva que fue realizando la Sala a lo largo de los argumentos esbozados en la Resolución.

Por otro lado, si es correcto lo mencionado por la Sala respecto al punto de que INDECOPI no tiene competencia para dotar de interés público a una norma, eso es competencia del Congreso, y lógicamente, si el Congreso es el responsable de promulgar una ley habilitante para realizar actividad empresarial, debe mencionar el porqué del ingreso del estado, y cuál es el interés público o de conveniencia nacional para que este se encuentre justificado (análisis que realizaremos en el tercer problema jurídico del informe)

Finalmente, se evidencia que la Sala buscó justificar el ingreso de la UNMSM en vez de cuestionarlo, debiendo partir de la premisa que este ingreso es de carácter excepcional, y que no debe ser justificado buscando darle forma e interpretación extensiva a los requisitos necesarios para que el Estado pueda entrar en la economía; muy por el contrario, se debe realizar un análisis de

interpretación restrictivo, en los 3 requisitos que requiere el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, por lo que termina siendo errada y peligrosa esta resolución, ya que traería como consecuencia que no exista predictibilidad en las resoluciones.

5.2. ¿EL INDECOPI REALIZÓ UN CORRECTO ANÁLISIS DE MERCADO RELEVANTE PARA DETERMINAR SI LA CONCURRENCIA DE LA UNMSM ERA RELEVANTE O NO, Y UN CORRECTO ANÁLISIS DE SUBSIDIARIEDAD?

Respecto al análisis del mercado relevante, la Sala validó la concurrencia del estadio San Marcos en el mercado de arrendamiento de infraestructura para eventos no deportivos, de hecho, considera correcta la delimitación del mercado relevante, la cual resulta trascendental debido a que permite identificar cuáles serán los posibles competidores en el mercado determinado. Así está establecido en el Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos, en donde se menciona que:

“La extensión del mercado relevante dependerá de qué tanta posibilidad hay de que el comprador o consumidor adquiera otros bienes en sustitución del que le ofrece su proveedor y de la ubicación de otros proveedores que puedan ofrecerle el mismo producto o sustitutos del mismo. Cuantas menos alternativas haya en términos de sustitutos o proveedores adicionales, más reducido será el mercado relevante, y viceversa. Típicamente un mercado relevante se define combinando dos dimensiones: la del producto y la geográfica.”¹²

La presente crítica radica en todos los extremos de análisis de mercado relevante, y es que el INDECOPI para determinar el mercado relevante en el que participa la empresa estatal hace un estudio de mercado producto y mercado geográfico.

MERCADO PRODUCTO

¹² Recuperado de: [libre competencia.pdf \(indecopi.gob.pe\)](#)

En este punto, lo que se busca es identificar el servicio de referencia e identificar los productos sustitutos, y la autoridad, para determinar los sustitutos, se basa en características, usos, preferencias de ellos consumidores, etc. Aquí la sala validó que el mercado producto sería el arrendamiento de infraestructura, y efectivamente se concuerda en este punto, la crítica va directamente hacia la división de este mercado en dos: arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas; y arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos deportivos con una asistencia esperada de entre 10 mil y 30 mil personas. Y es que esta división es realizada supuestamente por el tipo de evento que se busca realizar; es decir, cuando las productoras de eventos desean realizar un evento de gran magnitud trayendo a un artista de talla internacional, la búsqueda del alquiler del espacio y/o infraestructura es en base a la asistencia esperada, ya que ello puede generar mayor ganancia, y esto termina siendo lógico, ya que el traer a un artista internacional representa un gasto considerable, por lo que se buscaría vender la mayor cantidad posible de entradas.

Lo cuestionable es justamente el análisis que realiza la Gerencia de Estudios Económicos (GEE), ya que presenta un cuadro de los conciertos que se han realizado en el Estadio de la UNMSM en el periodo en cuestión (2008-2014) en donde había un total de 41 conciertos, de los cuales solo 9 de ellos tuvieron una asistencia efectiva de más de 30,000 personas, y es aquí donde nos vamos a detener a analizar este dato importante que no fue considerado en el análisis.

En primer lugar, la primera conclusión a la cual se debe arribar de este cuadro es que, del 100 % de conciertos realizados en 7 años (periodo 2008-2014), solo el 22% de estos requirió una infraestructura con una capacidad de asistencia esperada de más de 30,000 personas, es así que realizando un cálculo general, se realiza 1 concierto al año que requiera esta capacidad. Es necesario precisar esto, ya que al ver la poca cantidad que conciertos que requieren esta capacidad, no resulta tan útil la distinción de estos 2 mercados, ya que la mayoría de los conciertos son realizados en infraestructuras de entre 10,000 y 30,000 personas.

Cuadro 1
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) nd	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) nd	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 Rios (2012)	2 000

nd = no disponible.

Notas:

Fuente: cuadro elaborado por la Gerencia de Estudios Economicos del Indecopi, de la Resolución N° 076-2017/CCD-INDECOPI (2017)

En segundo lugar, solo deteniéndonos a analizar el mercado de arrendamiento de infraestructura para la organización de eventos no deportivos con una asistencia esperada de más de 30 mil personas, realizado por la GEE, y desprendiéndose del análisis del párrafo anterior, si solo se realiza un aproximado de entre 1 a 2 conciertos anuales de gran magnitud, que requieran de una infraestructura que tenga una capacidad de asistencia esperada de más de 30,000 personas, ¿Cómo se llega a la conclusión de que la oferta liberada por las 2 empresas públicas que concurren en el mercado, no podría ser cubierta por la empresa privada? No solo ello, la Sala menciona lo siguiente: *“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”* (el subrayado es nuestro)

Sobre este punto, es bastante cuestionable y ligera la afirmación que realiza la Sala, en tanto que ¿existe la posibilidad de que se realicen 2 eventos de gran magnitud en un mismo día? El propio informe emitido por la GEE demostró que en 7 años solo se realizaron 9 conciertos que necesitaban de una infraestructura que tenga una capacidad de asistencia esperada de más de 30,000 asistentes, y no solo ello; al respecto, la industria de realización de eventos no deportivos (conciertos) menciona que este tipo de eventos de gran magnitud necesita de un planeamiento bastante programado en varios aspectos: en primer lugar, para poder traer a una estrella mundial, se necesita coordinar fechas con los managers y depende de si este está realizando alguna gira mundial, lo que normalmente no choca con otros artistas, es así que estas fechas se separan con bastante tiempo de antelación y no son eventos seguidos justamente por la inversión que supone realizar, ya que sería fáticamente imposible traer a varios artistas internacionales en un mismo año, por lo que, por ambas razones, es impreciso y equivoco decir que la oferta liberada por las empresas públicas no podría ser absorbida por la empresa privada, en este caso, por GREMCO.

Sumado a ello, no se ha tenido en cuenta que hace varios años atrás, los especialistas en el rubro, ya no apuntan necesariamente a la mayor cantidad de venta de entradas, sino que ven una mayor ganancia en la venta de consumo de bebidas alcohólicas, por lo que han comenzado a desarrollar los tan conocidos “Festivales”, en donde se presentan varias bandas locales o artistas nacionales, dando un concierto de varias horas, en donde las personas permanecen muchas más horas que en un concierto de un artista de talla mundial, el cual dura aproximadamente entre hora y media y 2 horas. Al respecto, en Mercado Negro (2019), se realizó una entrevista a Jair Toledo, gerente de Marketing de Kandavu, una productora de conciertos en el Perú, comentó para el diario Gestión que:

“Hoy en día hay artistas peruanos de cumbia o salsa que cobran incluso más que artistas internacionales. Y los productores de estos eventos están apuntando a la venta de cervezas o alimentos». Es decir, al igual que en el cine, las ventas se generan por el consumo de bebidas y alimentos y no meramente por la taquilla” (s/p).

MERCADO GEOGRAFICO

Este punto, consiste en la delimitación de la zona geográfica, y para ello se esclarece que solo se está operando en Lima, ya que normalmente los conciertos se vienen realizando en Lima, y solo Lima tiene la infraestructura disponible para la organización de este tipo de eventos.

Luego de determinar estos 2 puntos, es necesaria la determinación de la existencia de oferta privada real y potencial, para analizar el carácter subsidiario de dicha actividad realizada por la UNMSM.

- i) Sobre la oferta privada disponible: En este punto, se mencionan argumentos bastante cuestionables para llegar a la conclusión de que ambas ofertas no son sustitos. Uno de ellos es la negociación para el arrendamiento del Estadio Monumental, lo que generaría un costo que debería ser evaluado por los interesados, y es que este punto es evidente, el privado debe invertir sus propios recursos en su infraestructura y no solo ello, sino que genera más gasto al momento de pagar sus impuestos, lo que no realiza la empresa pública, ya que entra al mercado con recursos del tesoro público y en este caso no paga impuestos, por lo que es claramente posible y aceptable que la negociación con GREMCO sea más costosa que con la UNMSM, lo cual no termina siendo un argumento válido para hablar de subsidiariedad.

El otro argumento es la ubicación de ambas ofertas, y se menciona que como el Estadio Monumental queda en el distrito de Ate, mientras que el Estadio de la UNMSM queda en Cercado de Lima (es necesario precisar que es límite con San Miguel), esto haría que la participación de los asistentes al Estadio Monumental sea limitada, en tanto que debido a su ubicación y vías de acceso, los consumidores preferirían no asistir, lo cual termina siendo una afirmación poco acertada, ya que los conciertos que se han realizado en el Estadio Monumental han tenido una asistencia efectiva superior a los 30,000 asistentes, sin importar que este se encuentre ubicado en el distrito de Ate, como por ejemplo el concierto de los Rolling Stones, realizado en el año 2016, en donde El Comercio

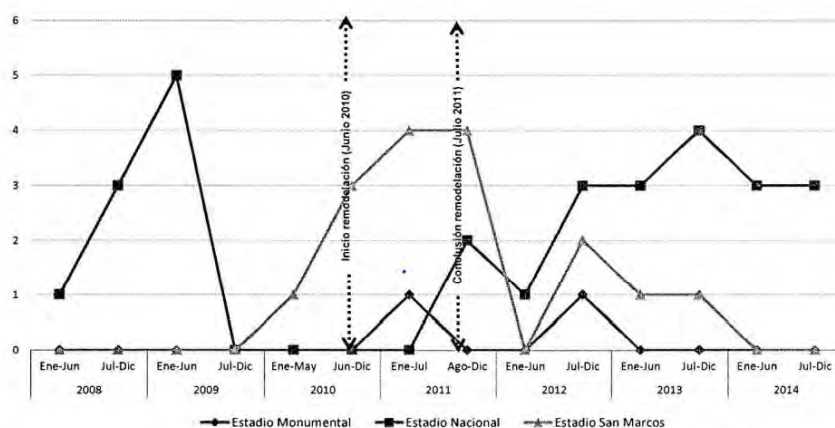
(2016) publicó que reunió a 70,000 personas; asimismo, en el año 2016, se realizó el concierto de Guns N' Roses, en donde RPP Noticias (2016) informaba que este concierto reunió a 40,000 asistentes.

Además de ello, en esta industria existen aspectos que son considerados claves para que se desarrollen los conciertos, y los más importantes son: la elección del artista, colocan muchísimo énfasis en la publicidad, ya que esto hace que los consumidores sepan con varios meses de anticipación cuando es que un artista se va a presentar en su país, además de ello, esto permite mayor alcance en puntos de venta de las entradas, ya se realizando publicidad por internet, orientando las compras por e-commerce y en puestos físicos de ticketeras; también es de suma importancia el presupuesto y los patrocinadores del evento. Independientemente del lugar que se escoja para realizar el concierto, lo más importante para los productores de eventos es lo que tendrán que conseguir por su propia cuenta, tales como: licencias de venta de alcohol, personal de seguridad, elementos técnicos, servicio de limpieza, etc.

- ii) Sobre el escenario aplicable: Mencionan solo la existencia de una empresa pública y una empresa privada, lo cual deviene en una gran incongruencia, ya que, en el mismo informe, en el análisis de la oferta disponible, se menciona lo siguiente. *“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”*. Y aunado a ello, el informe también menciona que **no podría realizarse mas 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,** este punto es bien importante, y es que solo se menciona que como la capacidad del Estadio Monumental es exactamente la misma que la del Estadio San Marcos, se deduce que si se libera la oferta del Estadio San Marcos, el Estadio Monumental no podría cumplir con la realización de 2 eventos en un mismo día, pero ¿es probable esta afirmación?

Definitivamente es improbable que en un mismo día se realicen dos eventos de tal magnitud, y esto no solo sacado del informe realizado por la GEE, como se puede observar a continuación:

Gráfico 2
LIMA: CONCIERTOS ORGANIZADOS CON ASISTENCIA ESPERADA DE MÁS DE 30 MIL PERSONAS, SEGÚN ESTABLECIMIENTO, 2008 – 2014 (Conciertos)



Fuente: cuadro elaborado por la Gerencia de Estudios Economicos del Indecopi, de la Resolución N° 076-2017/CCD-INDECOPI (2017)

Como se puede observar en el gráfico, el máximo número de conciertos se realizaron en el primer semestre del año 2013, los cuales suman 6 conciertos; es decir, sería un promedio de un concierto mensual que requiera una capacidad de asistencia esperada de más de 30,000 personas, por lo que es necesario reiterar que la afirmación realizada por la Sala de que si se liberase la oferta del Estadio Nacional y el Estadio San Marcos, el Estadio Monumental no podría absorber la demanda de estos y albergar 2 conciertos en un mismo día.

iii) Sobre el análisis de las barreras de entrada

Sobre este punto, es necesario recalcar que solo se realiza este análisis si es que se demuestra que la oferta privada no cuenta con la capacidad inmediata de absorber la demanda que liberaría la empresa pública. En el caso en concreto, como la Sala consideró que la oferta no puede ser asumida por los privados, es que realiza este análisis, que también será analizado en el presente informe.

Según lo mencionado en el precedente de observancia obligatoria del Indecopi, en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, los tipos de barrera de entrada se estarían dividiendo en: i) legales (barreras de entrada derivadas de políticas públicas o del marco legal de la industria), ii) estructurales (barreras de entrada de carácter económico propios de la misma industria) y iii) estratégicas o de conducta (barreras de entrada que se relacionan con el comportamiento de los competidores que se encuentran en el mercado analizado.

En este punto, la Sala concluye que existen barreras legales y estructurales relevantes que no son atribuibles a la UNMSM, pero es necesario precisar que a la barrera estructural de este mercado, se suma el desincentivo de que en el coexisten 2 empresas públicas brindando el servicio de arrendamiento de infraestructura para la realización de eventos no deportivos (conciertos). Y es que si bien es cierto que la entrada de los privados a este mercado tiene bastante costos hundidos; es decir, costos muy altos en la adquisición del terreno, desarrollo de la infraestructura, y sobre todo su lenta recuperación debido al excesivo gasto que conlleva crear estas estructuras. Esto termina siendo cierto, pero no debe negarse dos situaciones: primero, este tipo de mercado, en varios países, termina teniendo pocos privados, por lo mismo que cuenta con barreras estructurales, y no solo ello, sino que no existen espacios grandes libres en las ciudades o capitales de varios países, como para hablar de 7 o 10 estadios por capital o departamento; segundo, los privados al observar que en Lima se encuentran ya posicionadas 2 empresas públicas ofertando sus infraestructuras para la realización de conciertos, esto termina siendo un desincentivo más (sería lógico catalogarlo como una barrera de entrada) para que los privados decidan no ingresar a este mercado relevante.

Por otro lado, también se mencionó las barreras legales, y es que para poder desarrollar tanto la infraestructura, como para las propias realizaciones de los eventos, se necesita de permisos y de límites regulatorios que harían más complicado el ingreso de los privados en este mercado relevante.

5.3. DETERMINAR QUIÉN DEBERÍA ANALIZAR LA SUBSIDIARIEDAD EN EL PRESENTE CASO, DEBERÍA SER EL INDECOPI O EL PODER LEGISLATIVO.

En este punto, es necesario mencionar que el mercado económico se caracteriza por ser dinámico, por lo que el carácter subsidiario siempre debe ser analizado por el INDECOPI, ya que como consecuencia de este cambio constante, puede ser que en un periodo de tiempo no existan competidores privados en el mercado, o al revés, puede ser que en cierto periodo de tiempo estén concurriendo varios competidores privados en el mercado; por ello se considera de suma importancia siempre la intervención del INDECOPI, y de ser el caso, que en el análisis se encuentre que si existe un ingreso del estado en el mercado violando lo establecido por el artículo 60 de la constitución, corresponde, por abogacía de la competencia, dar informe al congreso para que estos, dentro de sus funciones, tomen las acciones correspondientes.

La abogacía de la competencia es otra de las labores que le corresponde al Indecopi, la cual es definida por el Indecopi de la siguiente manera:

“La abogacía de la competencia tiene como objeto la realización de recomendaciones tanto a autoridades públicas como a agentes privados, para que en su ámbito de acción adopten medidas conducentes al desarrollo de mercados competitivos. Asimismo, la abogacía de la competencia involucra una labor de difusión de los valores intrínsecos a una cultura de competencia”.

Pero yendo un poco más atrás, ponemos en evidencia una problemática que se viene observando en nuestro país al momento de legislar, sobre todo cuando se habla de ley expresa habilitante para que el Estado pueda entrar al mercado a realizar actividad empresarial, y es que al momento de emitir este tipo de normas debería pasar justamente por el análisis de subsidiariedad y la razón de alto interés público y conveniencia nacional, ya que estas son las bases para que el Estado pueda entrar como un competidor en el mercado, pero se observa que el Congreso no realiza este análisis, que debería ser requisito y exigencia al momento de emitir una norma de carácter

excepcional, tal como se menciona en el Reglamento del Congreso de la República, que en su artículo 75 dice:

Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.¹³

Ahora bien, al tratarse en este caso particular del análisis previo que origine una ley que, en principio, debe ser de carácter excepcional, debería realizarse un test de ponderación. Se debe precisar que en este caso, al estar tratarse de un principio recogido en nuestra constitución (art. 60) el cual establece que, solo de forma excepcional, el Estado entrará al mercado a realizar actividad empresarial, el Congreso debe exponer en primer lugar, la idoneidad, en segundo lugar la necesidad, y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto. Este análisis es imprescindible, ya que nos encontramos afectando uno de los principios recogidos en la Constitución, y respecto a este análisis, el Tribunal Constitucional en su expediente N. ° 579-2008-PA/TC, específicamente en su fundamento 25 menciona lo siguiente:

25. Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca

¹³ Recuperado de: [REGLAMENTO-23.05.2014.pdf \(congreso.gob.pe\)](#)

tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹⁴

Y es que, si se observa detenidamente, el ingreso del Estado al mercado económico, si no es debidamente justificado, afecta al derecho de los privados, específicamente lo establecido en los artículos 58, 59, 60 y 61 de la Constitución política del Perú, por lo que sería necesario demostrar la pertinencia de que el Estado supla al privado en la realización de algún servicio.

Asimismo, se debería demostrar la necesidad de que el Estado tenga que ingresar al mercado económico, y esto inclusive puede estar relacionado al carácter de subsidiariedad, ya que esta necesidad puede estar traducida en que el privado no cuenta con oferta suficiente para cubrir las necesidades de los consumidores en cierto mercado relevante, o quizá el privado es inexistente en el mercado, por lo que necesariamente el Estado debe ingresar al mercado para poder suplir esta carencia.

Finalmente, demostrar la proporcionalidad en sentido estricto, demostrando que el ingreso del Estado en la economía genera una

¹⁴ Sentencia del TC. Expediente N. ° 579-2008-PA/TC

mayor satisfacción en el bien común (lo que podría ser claramente desarrollado con el interés público o conveniencia nacional) que la afectación de participar en el mercado únicamente los privados (esto por mandato constitucional).

Es por ello que, en el presente caso, se afirma que no existe ley habilitante expresa, ya que la Ley Universitaria, claramente no cuenta con este análisis de subsidiariedad y tampoco contiene expresamente las razones de alto interés y conveniencia nacional para que el Estadio de la UNMSM ingrese al mercado económico de arrendamiento de infraestructura para eventos con capacidad de más de 30,000 asistentes.

Asimismo, se considera necesaria la existencia de este doble chequeo; es decir, el análisis previo que debería realizar el congreso al momento de emitir la norma expresa habilitante que permita el ingreso del Estado a realizar actividad empresarial, y el análisis del INDECOPI en el mercado, para determinar el análisis del carácter subsidiario de la actividad realizada por parte del Estado.

Ahora, en los casos en los que no existiese la ley habilitante expresa para que el Estado pueda realizar actividad empresarial, compartimos lo hasta ahora realizado por INDECOPI; es decir, si la actividad no cuenta con ley expresa habilitante, esta automáticamente debería ser retirada del mercado, sin realizar mayor análisis en los otros 2 requisitos, y es que es necesario recalcar que, debido a que el ingreso del Estado al mercado económico es solo de forma excepcional, las literalidades y formalidades deben ser tomadas de forma restrictiva, por lo que tiene sentido que el INDECOPI, al no encontrar la ley expresa habilitante, simplemente resuelva que la empresa estatal debe ser sancionada por violar el artículo 14.3 de la Ley de la Represión de la Competencia Desleal.

6. CONCLUSIONES

El presente caso es bastante peculiar, es que ha tenido varias idas y venidas por parte del Indecopi (si se debió o no admitir la denuncia, la primera instancia dio los

argumentos por los cuales consideraba que era una actividad empresarial estatal que cumplía con los requisitos del artículo 60 de la constitución, la segunda instancia modifica los argumentos, pero confirma la resolución de primera instancia), y sobre todo porque termina tocando un tema sumamente delicado: el Estado estaría realizando un acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, específicamente, la violación de artículo constitucional (art. 60) que menciona que el Estado no puede realizar actividad empresarial, a menos que esta sea a través de ley expresa, de carácter subsidiario, y que sea por razón de interés público o conveniencia nacional.

La UNMSM realiza actividad empresarial, compitiendo en el mercado de arrendamiento de infraestructura para eventos no deportivos, y se ha dejado en evidencia que no cumpliendo con los límites establecidos en la Constitución: i) no cuenta con ley expresa habilitante, ya que la Ley Universitaria – Ley N° 23733 termina siendo bastante general, y no es específica ni contiene el análisis que justifique el ingreso del Estado en este mercado; ii) no cuenta con carácter subsidiario la actividad realizada por la UNMSM, ya que se ha evidenciado que la existencia del privado si puede absorber la demanda liberada por la empresa pública; y , iii) la razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, debería estar inmersa en la ley expresa habilitante que no tiene la UNMSM para poder realizar la actividad empresarial.

Por otro lado, también se arribó a la conclusión de que el Indecopi no realizó un correcto análisis de mercado relevante, ya que terminó colocando escenarios y supuestos que, según el tipo de actividad, no terminan siendo reales ni van acorde al tipo de interpretación (restrictiva) que se le debe dar a la lectura de una norma que solo debe ser traspasada de **forma excepcional**.

Finalmente, se denota la imperiosa necesidad de la existencia del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, ya que el carácter subsidiario siempre está supeditado a una de las mayores características del mercado económico: el dinamismo. Es así que, al ser este dinámico y cambiante, puede ser que, en cierto periodo de tiempo, una actividad empresarial estatal ya no cuente con el carácter subsidiario (límite indispensable establecido en el art. 60 de la constitución), y este deba ser necesariamente revisado por el Indecopi para determinar si se sigue cumpliendo o no con el carácter subsidiario, y en base a ello emita el informe correspondiente.



7. RECOMENDACIONES

Con el presente análisis se termina proponiendo las siguientes recomendaciones:

- En primer lugar, no se debe olvidar que el Estado solo debe realizar actividad empresarial de forma excepcional, por lo que la interpretación que se deba realizar en este tipo de casos tiene que ser de forma restrictiva.
- En segundo lugar, en análisis del mercado relevante y el carácter de subsidiariedad, debe ser minucioso y acorde a la actividad o mercado en el cual el Estado este ingresando, esto debido a que pueden existir supuestos como los del presente caso: arrendamiento de infraestructura para eventos no deportivos de más de 30,000 personas (según la propia división propuesta por el Indecopi), en el cual varios países no cuentan con muchos privados con este tipo de infraestructura por la misma naturaleza de la actividad, y no solo ello, sino que debido al rubro de servicios que utiliza este tipo de infraestructuras, no son eventos que se realicen todos los días del año, y mucho menos probable es que se realicen varios eventos en un mismo día.
- En tercer lugar, es necesario exigir al Congreso de la República que emita leyes que sean debidamente justificadas y realizar el análisis ex ante de los límites impuestos por el artículo 60, en el caso de la creación de una ley expresa que habilite al Estado a realiza actividad empresarial en el mercado económico. Esto sin perjuicio de que siga existiendo el control ex post por parte del Indecopi, frente a denuncias como las del presente caso, para poder realizar el análisis que demuestre que la actividad desarrollada por parte del Estado aun cuenta con el carácter de subsidiario.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALVAREZ, E. (2014) “El Modelo Económico de la Constitución Peruana”. Revista Ius Et Veritas – Año 2014 N° 48. Recuperado de: [Vista de El modelo económico de la constitución peruana \(pucp.edu.pe\)](http://pucp.edu.pe)

BARDALES, E. (2011) “No mires la paja en el ojo ajeno: comentarios a la Resolución N° 3134-2010/sc1-indecopi – precedente de observancia obligatoria”. Lima – Perú. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/enriquebardales/2011/05/04/no-mires-la-paja-en-el-ojo-ajeno-comentarios-a-la-resolucion-n-3134-2010-sc1-indecopi-precedente-de-observancia-obligatoria/>

BULLARD, A. (2011) El otro pollo: La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad. *Revista De Derecho Administrativo*, 2011, 10

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. (1993).

DE CORES, C. (2007). El concepto de interés público y su incidencia en la Contratación Administrativa. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>.

EL COMERCIO. (2016). Rolling Stones en Lima: los detalles del inolvidable concierto. Recuperado de: [Rolling Stones en Lima: los detalles del inolvidable concierto \[VIDEOS\] | LUCES | EL COMERCIO PERÚ.](#)

DECRETO LEGISLATIVO 1044

DIEZ CANSECO, L. (2011) Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”. *Revista Circulo de Derecho Administrativo. RDA 10 – Derecho de la Competencia.*

FALLA, A. (2003) “¡Zapatero a tus zapatos!” De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad”. Recuperado de: https://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2003af_zapatero.pdf.

INDECOPI. (2015). Abogacía de la competencia en el mercado de servicios notariales en el Perú INDECOPI, Lima, 2015

INDECOPI. (2015). Abogacía de la competencia en el mercado del servicio de examen práctico de manejo en la región Lima INDECOPI, Lima, 2015

LANDA, C. (2016) El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. Lima: Derup Editores. Recuperado de: <http://forseti.pe/revista/derecho-constitucional-y-derechos-humanos/articulo/el-principio-de-subsidiariedad-en-el-marco-de-la-constitucion-economica-del-peru>

LEY UNIVERSITARIA N° 23733.

MERCADO NEGRO. (2019). ¿Cómo se manejan los conciertos en el Perú?. Recuperado de: [Industria musical: ¿Cómo se manejan los conciertos en el Perú? \(mercadonegro.pe\)](http://www.mercadonegro.pe)

GUZMAN, N. (2011). Introducción a la represi3n de la competencia desleal en el Perú: Un análisis del Decreto Legislativo No. 1044". *Revista De Derecho Administrativo*, 2011, 10

HUAPAYA, R. (2018). Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicaci3n constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. No. 1044 en materia de actividad empresarial del Estado. *Revista Derecho & Sociedad –Año 19 N° 31*

INFORME N°037-2001/GEE – Indecopi. (2001).

KAPLAN, M. (1965). *Desarrollo econ3mico y empresa p3blica*". Buenos Aires: Ediciones Macchi.

KRESALJA, B. (s/f). *Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti*". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de Derecho Themis.

KRESALJA, B. (2015). *¿Estado o mercado?: El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

KRESALJA, B., & OCHOA, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: PUCP. Fondo Editorial.

ORTEGA, MA. (2003). *Privatización y ¿eficiencia económica?*”. *Gestión y Política Pública*, XII(2). ISSN: 1405-1079

PATRON, C. (S/F). El perro del hortelano: definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica. Recuperado de: [El perro del hortelano.pdf](#).

QUINTANA, Eduardo (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Lima – Perú. Indecopi.

QUIÑONES, M. (S/F). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos”. *Revista Circulo de Derecho Administrativo. RDA 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13490/14117>

RESICO. M. (2010). *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Buenos Aires. Konrad-Adenauer-Stiftung

RPP NOTICIAS. (2016). CRÓNICA | Guns N' Roses sacudió —literalmente— el Estadio Monumental. Recuperado de: [CRÓNICA | Guns N' Roses sacudió —literalmente— el Estadio Monumental | RPP Noticias](#).

Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI

Resolución 076-2017/CCD-INDECOPI

Resolución 0269-2018/SCD-INDECOPI

Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 0579-2008-PA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 07644-2006-AA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 00008-2003-AA/TC

SOSA, A. (2021). TERCER PROGRAMA INTERNACIONAL DE INSTITUCIONES ECONÓMICAS Y IUSECONOMÍA 2021 - I. Lima – Ecuador. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=khUZlBumBok&t=3084s&ab_channel=ASIGNATURASPUCEIEDEGJ

ZUÑIGA, T. (2010). “*Rutas hacia un Perú mejor*”. Centrum Católica. Lima – Perú. 2010.



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