

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución N° 0278-2017/SDC-INDECOPI,
relativa a la denuncia de la ESPAC, MASTER y AVIATUR contra la
Escuela de Aviación Civil de la Fuerza Aérea del Perú, por actos de
competencia desleal en la modalidad de violación de normas por
infracción al artículo 60 de la Constitución

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

Estrellita Maylin Bravo Colan

Asesor:

Laura Isabel Francia Acuña


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución N° 0278-2017/SDC-INDECOPI, relativa a la denuncia de la ESPAC, MASTER y AVIATUR contra la Escuela de Aviación Civil de la Fuerza Aérea del Perú, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución", del autor(a) ESTRELLITA MAYLIN BRAVO COLAN, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA	
DNI: 42093073	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0248-8498	

RESUMEN

La actividad empresarial del Estado ha sido materia de posiciones divididas debido al carácter subsidiario que incorpora la Constitución de 1993 en su artículo 60. El caso objeto de estudio se enfoca en la discusión que se desata cuando el Estado desarrolla actividades con fines aparentemente sociales o en ejercicio de su poder público.

La intención principal es analizar si la actividad denunciada en sede administrativa que consta del servicio de formación de pilotos y de personal civil aeronáutico brindado por la Escuela de Aviación Civil de la Fuerza Aérea del Perú, constituye una intervención del Estado en el mercado mediante el desarrollo de actividad empresarial, y la verificación de si la misma configura un acto de competencia desleal bajo modalidad de violación de normas por infracción al numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

La postura adoptada concluye que la actividad en cuestionamiento infringe los parámetros constitucionales definidos en el artículo 60 y la consecuente infracción a la norma imputada.

Su estudio se estructura en instrumentos normativos que se analizan en orden jerárquico, partiendo del texto fundamental para en una segunda parte recurrir al antecedente normativo en materia del derecho de la competencia como los Decretos Leyes N°s 25868 y 26122, el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y la norma de represión actual; por último, un tercer grupo comprende normas relacionadas con el servicio militar y la actividad denunciada, como el Decreto Legislativo N° 1139, su Reglamento, la Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, y la Resolución N° 135-2006-MTC/12, principalmente.

Palabras clave

Subsidiariedad, actividad empresarial del Estado, competencia desleal y capacitación y entrenamiento de pilotos.

ABSTRACT

The business activities of the State have been a topic of divided opinions due to the subsidiary nature incorporated in article 60 of the Constitution of 1993. The case under study centers on the debate that arises when the State engages in activities with apparently social purposes or public power.

The main objective is to analyze whether the activity denounced before the administrative headquarters, which comprises the pilot and civil aeronautical personnel training service provided by the Civil Aviation School of the Peruvian Air Force, constitutes State intervention in the market through business activity, and to determine whether this activity constitutes an act of unfair competition under the violation of regulations as per numeral 14.3 of article 14 of Legislative Decree No. 1044, the Law for the Repression of Unfair Competition.

The adopted position concludes that the activity in question violates the constitutional parameters outlined in article 60, leading to the violation of the specified norm.

The study is structured according to regulatory instruments analyzed in hierarchical order. Beginning with the fundamental text, followed by the regulatory background in competition law, including Decree Laws N^{os} 25868 and 26122, Supreme Decree N° 034-2001-PCM, and the current repression norm. Finally, a third group including regulations related to military service and the reported activity, such as Legislative Decree No. 1139 and its regulations, Law No. 29248 (Military Service Law), and Resolution No. 135-2006-MTC/12, mainly.

Keywords

Subsidiarity, State business activity, unfair competition, pilot training and education.

ÍNDICE

RESUMEN	1
PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Justificación de la elección de la resolución	6
1.2. Presentación del caso	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1. Antecedentes	7
2.2. Hechos relevantes del caso	7
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
3.1. Primer problema principal: ¿Los servicios prestados por la Escuela de Aviación Civil del Perú constituyen actividad empresarial del Estado?	11
3.2. Segundo problema principal: ¿La actividad prestada por la Escuela de Aviación Civil del Perú configura un acto de competencia desleal?	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	11
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal	11
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	11
5.1. El rol del Estado en el régimen económico actual y el principio de subsidiariedad	12
5.2. La iniciativa privada y competencia desleal	14
5.3. El papel del INDECOPI en materia de competencia desleal	15
5.4. La modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60	18
5.5. Primer problema principal: ¿Los servicios prestados por la Escuela de Aviación Civil del Perú constituyen actividad empresarial del Estado?	20
5.5.1. Determinar si los servicios prestados por la EDACI constituye actividad de ius imperium	21

5.5.1.1 La función del Estado en la formación de pilotos con fines comerciales y fines militares	23
5.5.2. Determinar si los servicios prestados por la EDACI constituye actividad de corte asistencial	25
5.5.3. Determinar si los servicios prestados por la EDACI constituye actividad empresarial	27
5.6. Segundo problema principal: ¿La actividad prestada por la Escuela de Aviación Civil del Perú configura actos de competencia desleal?	28
5.6.1. Determinar si la actividad empresarial desarrollada por la EDACI cuenta con ley expresa	28
VI. CONCLUSIONES	29
VII. BIBLIOGRAFÍA	31



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución N° 0278-2017/SDC-INDECOPI
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho constitucional, derecho administrativo y derecho de la competencia
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 0134-2016-CD1-INDECOPI y Resolución N° 0278-2017/SDC-INDECOPI
DENUNCIANTES	Escuela Peruana de Aviación Civil S.A., Master Of The Sky S.A.C. y Alexander Edixson López Vilela
DENUNCIADOS	Fuerza Aérea del Perú y Ministerio de Defensa del Perú
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Segunda instancia – Sala Especializada en Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El análisis de la Resolución N° 0278-2017/SDC-INDECOPI es un pretexto para abordar la figura del Estado en el régimen económico actual y delimitar el grado de su intervención en la economía mediante la actividad de índole empresarial. Este enfoque plantea el tratamiento de instituciones como la economía social de mercado, el principio de subsidiariedad y la competencia desleal como antesala.

El análisis constitucional busca la redefinición del papel del Estado en las Constituciones de 1979 y 1993 en materia económica y la vinculación de los valores jurídicos que caracterizan el actual modelo económico.

Los intentos normativos, de otro lado, en materializar la protección del artículo 60 de la Constitución son otra razón conjuntamente a la transición normativa que reguló al Instituto Nacional de Competencia y Propiedad Intelectual - INDECOPI que justifican la preferencia hacia este caso cuyo propósito es entender por qué se delegó en esta agencia de competencia la protección de una disposición de rango constitucional.

Conjuntamente, la descomposición del tipo infractor contenido en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal, en la jurisprudencia del INDECOPI es imprescindible para los niveles de análisis al cual debe someterse la actividad estatal en caso se verifique que no estamos ante una función de ius imperium o una prestación asistencial.

Los asuntos comentados tienen por finalidad el examen del tema base del presente informe, esto es, la actividad de capacitación y entrenamiento de pilotos. Su análisis exhibe un aspecto clave que pasó inadvertido en la resolución del caso: la formación con fines comerciales y con fines militares; un aspecto clave que es determinante distinguir dentro de los deberes primordiales del Estado.

1.2. Presentación del caso

El presente caso versa sobre un procedimiento administrativo sancionador iniciado ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI a raíz de la denuncia presentada por la Escuela Peruana de Aviación Civil S.A. - ESPAC, Master Of The Sky S.A.C. - MASTER y Alexander Edixson López Vilela - AVIATUR contra la Escuela de Aviación Civil del Perú de la Fuerza Aérea del Perú, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la

modalidad de violación de normas previsto en el numeral 14.3 del artículo 14 de la norma de represión.

La denunciada estaba autorizada para operar como escuela de pilotos por resolución administrativa y brindaba servicios de formación de pilotos y personal aeronáutico al igual que las denunciadas.

En primera instancia, la Comisión declaró improcedente la denuncia tras determinar que la actividad realizada por la Escuela de la FAP emana del ius imperium del Estado. Decisión que fue revocada por la Sala Especializada de Defensa de la Competencia luego de analizar la metodología de aplicación del artículo imputado y verificar que la labor denunciada constituye actividad empresarial y, en consecuencia, un acto de competencia desleal porque no cumple con lo establecido en el artículo reiterado de la Constitución.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

- El 25 de julio de 2006, la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante, DGAC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones expide la Resolución Directoral N° 135-2006-MTC/12, mediante la cual se otorga a la Escuela de Aviación Civil del Perú - EDACI la autorización para funcionar como escuela de pilotos por el plazo de 4 años¹.

2.2 Hechos relevantes del caso

A. La denuncia ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI

- El 6 de noviembre de 2015, las escuelas de pilotos ESPAC, MASTER y AVIATUR denuncian ante la Comisión a la EDACI por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas previsto en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal (en lo sucesivo, artículo imputado del DL 1044). Concretamente, alegaron:
 - La EDACI es una unidad orgánica dependiente de la FAP que realiza actividad empresarial a través de la impartición de clases teóricas y prácticas para la formación de pilotos y personal aeronáutico civil,

¹ La autorización de funcionamiento fue renovada posteriormente a través de las siguientes resoluciones directorales (RD): RD 135-2006-MTC/12 del 25/7/06, RD 240-2010-MTC/12 del 20/8/10 y RD 443-2014-MTC/12 del 29/9/14.

desviando recursos públicos a dicha actividad en vez de aplicarlos en tareas asistenciales.

- La actividad cuestionada no emana del ius imperium del Estado ni califica como asistencial, pero sí es empresarial ya que no tiene ley expresa emitida por el Congreso, sino cuenta con la Resolución Directoral N° 135-2006-MTC/12, por lo cual infringe el artículo 60 del texto supremo.
- La Escuela de la FAP opera en el mercado pese a existir suficiente oferta privada (10 Centros de Instrucción de Pilotos Civiles), por eso no es subsidiaria y configura un acto de competencia desleal al afectar el proceso competitivo del mercado.
- El 16 de diciembre de 2015 en el Expediente N° 128-2015/CD1, la Secretaría Técnica de la Comisión emite la resolución con la cual admite a trámite la denuncia e imputa a la Fuerza Aérea del Perú y al Ministerio de Defensa (en adelante, los denunciados) la presunta comisión del artículo imputado del DL 1044, asimismo, requiere a ambas instituciones detallar el régimen educativo a la cual esté adscrita la escuela denunciada.

B. Descargos de los denunciados

- El 15 de enero de 2016, la FAP presentó sus descargos contradiciendo la denuncia en los términos siguientes:
- La capacitación y entrenamiento de los pilotos privados, comerciales y operadores de vuelo por parte de la EDACI es una función que desde sus orígenes le fue encomendada para coadyuvar la defensa y seguridad nacional, y establecer la reserva aérea, al amparo de la Ley N° 28101.
- La labor señalada no es empresarial sino es una actividad de autoridad pública que se desprende del artículo 163 de la Constitución y se encuentra recogida en el artículo 119 del Decreto Legislativo N° 1139, Ley de la Fuerza Aérea del Perú (en adelante, Ley FAP).
- Las escuelas privadas carecen de las aeronaves suficientes para la instrucción en vuelo, a diferencia de la Escuela de la FAP, por ello, quienes aspiran a ser pilotos viajarían al exterior para adquirir el conocimiento en vuelo, de no existir aquella. Su fin es social y se demuestra con sus costos de instrucción que son menores a los de las escuelas de aviación.
- La enseñanza impartida por la EDACI debe ser entendida como “educación no formal” y no dentro del régimen educativo convencional definido por el

Ministerio de Educación. Está habilitada por la DGAC, lo cual le permite dictar cursos relacionados con la instrucción en vuelo.

- En la misma fecha, el Ministerio de Defensa (en adelante, MINDEF) formula su descargo solicitando que la denuncia sea declarada infundada por lo siguiente:
 - La EDACI depende de la FAP (institución que integra las Fuerzas Armadas) y su actividad responde a un fin social que es el de coberturar la reserva aérea, asimismo, se enmarca en la Política de Seguridad y Defensa Nacional, por ello, no califica como actividad empresarial.
 - Además, cuenta con autorización para funcionar como escuela de aviación, conforme a la Ley N° 27261. Por esa razón, su actividad es prestacional o de servicio público educativo y atiende al propósito social que persigue, a diferencia de las escuelas de los denunciantes cuya finalidad es lucrativa.
 - Las escuelas privadas basan su denuncia porque se consideran en desventaja ante la adquisición de 7 aeronaves por parte de la EDACI.

C. Alegatos finales de los denunciados

- El MINDEF agregó en su escrito del 8 de junio de 2016 que los pilotos formados por la Escuela de la FAP forman parte de la reserva de apoyo y se mantienen en ella por 5 años. En casos de movilización nacional, este personal apoya al que integra la reserva orgánica (personal militar formado por la FAP) cuando es insuficiente.
- En sentido similar, la FAP acotó en sus escritos de fechas 7 y 20 de junio que la defensa nacional no es solo competencia de las Fuerzas Armadas, sino también de quienes son formados por la EDACI, quienes al concluir sus estudios pasarán a integrar la reserva de apoyo, por eso, la reserva aérea de la FAP exige contar no solo con personal militar, sino también por los estudiantes de la EDACI como personal de la FAP.

D. Fundamentos de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (primera instancia)

- El 22 de junio de 2016, mediante Resolución N° 134-2016/CD1-INDECOPI la Comisión declara improcedente la denuncia por los siguientes fundamentos:
 - La reserva aérea de la FAP se encuentra conformada por quienes pertenecen a la reserva disponible, esto es, todos los peruanos en edad

militar que si bien no han realizado el servicio militar, han sido entrenados por la EDACI como escuela de la FAP, según el artículo 68 de la Ley N° 29248.

- La EDACI como unidad orgánica de la FAP cumple con el deber de la institución de capacitar al personal para la reserva aérea y su labor se enmarca en la Política de Defensa Nacional y en la administración del sistema de defensa nacional aéreo, por ello, es una expresión del ius imperium del Estado.
- La instrucción de pilotos y personal aeronáutico impartida por la Escuela de la FAP es una medida educativa que beneficia a quienes cooperan con la Defensa Nacional pese a no integrar las Fuerzas Armadas.
 - El voto en discordia del señor José Tavera Colunga como miembro de la Comisión expresa que la actividad cuestionada difiere del ámbito militar. Su carácter real es prestar servicios y operar en el mercado, en aplicación del principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 5 del DL 1044, por lo cual la denuncia debe declararse fundada.
 - El 14 de julio de 2016, los denunciantes impugnan la decisión de la Comisión mediante el recurso de apelación, el cual es concedido con Resolución N° 1 del 20 de julio.

E. Fundamentos de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (segunda instancia)

- El 18 de mayo de 2017, la Sala emite su decisión en la Resolución N° 0278-2017/SDC-INDECOPI, en la que revoca la decisión impugnada, la reforma y ampara la denuncia por el artículo imputado, asimismo, sanciona a la FAP y al MINDEF con la multa solidaria de 21.11 Unidades Impositivas Tributarias, y, dispone el cese definitivo de la actividad de la EDACI. Los fundamentos fueron:
 - La reserva disponible de la Ley N° 29248 comprende a todo peruano en edad militar que no ha tenido formación militar y en el caso de la FAP no requiere ser entrenada por la EDACI, determinando que no es una función de ius imperium del Estado. Asimismo, no es una prestación esencial porque no está dirigida a la atención de personas de bajos recursos.
 - Los reportes de ingresos y estados financieros, así como la actividad publicitaria y la habilitación como escuela de pilotos demuestra la realización de actividad empresarial, compitiendo con otras escuelas en la

preparación y entrenamiento de personal para las actividades de aviación civil.

- No existe ley que autorice la actividad en cuestión, sino autorizaciones de la DGAC, incumpliendo así el artículo 60.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Primer problema principal: ¿Los servicios prestados por la Escuela de Aviación Civil del Perú constituyen actividad empresarial del Estado?

3.2. Segundo problema principal: ¿La actividad prestada por la Escuela de Aviación Civil del Perú configura un acto de competencia desleal?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principales

En el primer problema jurídico, los servicios de formación de pilotos y de personal aeronáutico civil brindados por la EDACI constituyen una actividad de índole empresarial.

En el segundo problema jurídico se verifica que la labor de la Escuela de la FAP no tiene ley expresa que la autorice, incumpliendo el mandato del artículo 60 de la Constitución y configurando el tipo infractor de la norma de represión.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI tuvo una acertada decisión al determinar que la EDACI incurrió en actos de competencia desleal luego de verificar que su actividad no cumple con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución. No obstante, la fundamentación del órgano colegiado omitió diferenciar la naturaleza de la actividad sometida a evaluación: la formación de pilotos para la reserva aérea nacional; tema medular que será objeto de análisis en el presente informe por comprometer el deber constitucional del Estado en la defensa de la soberanía nacional.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos identificados en el presente caso tienen por objeto analizar la actividad realizada por la Escuela de la FAP, la cual tiene como correlato el estudio previo de las instituciones que se describen en el orden

siguiente: el régimen económico, el principio de subsidiariedad, competencia desleal y la función del INDECOPI en dicha materia, así también, la descomposición del tipo infractor.

5.1. El rol del Estado en el régimen económico actual y el principio de subsidiariedad

La actividad empresarial del Estado ha sufrido un cambio interesante en las Constituciones de 1979 y 1993. En el Capítulo I del Título III de la Constitución para la República del Perú de 1979 dedicado al régimen económico, apreciamos una regulación basada en una actuación estatal preponderantemente intensa en la vida empresarial, posicionada como la principal fuente de riqueza del país (artículo 113), sin dejar de lado la referencia a la iniciativa privada libre y al ejercicio de una economía social de mercado (artículo 115).

La Constitución vigente mantiene este modelo (artículo 58), empero, la diferencia con su antecesora yace en el rol del Estado en materia económica. Ahora es acotado y su intervención se encuentra reservada para determinadas áreas² y de forma subsidiaria, como se señala en el segundo párrafo de su artículo 60 cuando condiciona el desarrollo de dicha actividad a tres requisitos: ley expresa, carácter subsidiario de la actividad y el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Simplificando, la diferencia en el rol económico asignado al Estado radica en la expresión del grado de su intervención en el mercado. Bajo la influencia de la Constitución de 1979, *tenía un rol asistencial* manifestado en un fuerte intervencionismo en la economía, en cambio, *hoy tiene un rol subsidiario* y su presencia ha sido desplazada por la iniciativa privada al punto que esta se erige como el principal sustento de la economía nacional.

Esta variación se ajusta a la adecuada noción del modelo de economía social de mercado que “se rige bajo la lógica de tanto mercado como sea posible y tanta intervención estatal como sea necesaria” (Ernesto Álvarez, 2014).

Analizando este cambio constitucional, el TC ha reconocido la subsidiariedad como un principio que soporta nuestro régimen económico y delimitando su ámbito ha señalado que por él se plantea la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en ese sentido, se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada (fundamento jurídico 23 de la sentencia emitida en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC).

² Conforme al artículo 58 de la Constitución de 1993, su actuación se enfoca en áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Por tanto, el **principio de subsidiariedad**³ -en sentido general- impone como regla la participación y actuación de las empresas privadas en el mercado (contenido negativo⁴) y como excepción, la intervención del Estado en defecto de la primera (sea por su inacción o defección), solo cuando se presente la necesidad en la sociedad de satisfacer un bien o servicio -previo cumplimiento de los requisitos del artículo 60 de la Constitución-, esto es, atender o responder a un “fin social” o en calidad de “ayuda”⁵ (contenido positivo).

Debido a que la **actividad empresarial del Estado** se debe desarrollar con un **fin social**, se excluye la posibilidad que su presencia en materia económica, a diferencia de las empresas privadas, responda necesariamente a un fin lucrativo, ya que como afirma Christian Guzmán, por definición, el Estado no produce lucro⁶ (2002).

Ahora bien, entre las razones que justifican este cambio en el papel estatal, Luis Diez Canseco señala que históricamente, el Estado no ha sido un buen administrador de capital, a causa de su intervención intensa en la economía del país envuelta por la estatización, la expropiación de empresas privadas, así como la creación de empresas públicas en distintos sectores (2011). Esto ha denotado, siguiendo a Alfredo Bullard, que el Estado sea más peligroso para la competencia libre que las empresas privadas porque no le gusta competir, sino eliminar a su competencia (2011).

Los antecedentes históricos han mostrado la necesidad de equilibrar el mercado a través del rol subsidiario del Estado. Su instalación en el régimen económico es un paliativo que buscó contrarrestar dos grandes problemas que destaca Vladimir Rodríguez: 1) sobredimensionar al Estado mediante el incremento del gasto público; y, 2) destinar los escasos recursos públicos a la atención de necesidades prioritarias de la sociedad y no en sectores competitivos donde hay oferta privada suficiente (2013).

³ A nivel jurisprudencial y doctrinario, se han postulado distintas clasificaciones para el principio de subsidiariedad. El Tribunal Constitucional agrega en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC que este principio puede concebirse de forma vertical y horizontal, entendiendo por la primera a la restricción al ordenamiento mayor de no intervenir en áreas de competencia del ordenamiento menor (fundamento jurídico 19). Por su lado, Christian Napurí lo distingue en dos sentidos: amplio (comprende en él la actuación del Estado cuando la iniciativa privada no es eficiente) y restringido (comprende en él la actuación del Estado ante la necesidad en el mercado de bienes y servicios que la iniciativa no puede proveer) (2002).

⁴ La diferenciación del contenido positivo y negativo del principio de subsidiariedad ha sido clasificada por Baldo Kresalja en ¿Estado o Mercado? El principio de Subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), pp. 34.

⁵ Así lo califican Luis Diez Canseco y Crosby Buleje cuando analizando el concepto del papel subsidiario del Estado, traducen y vinculan el latín *subsidium* con ayuda. En “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”, pp. 225.

⁶ Señala el autor cuando explica la conjugación de “empresa pública”. Al respecto, véase “Las teorías existentes sobre el servicio público”, pp. 77

5.2. La iniciativa privada y competencia desleal

La incorporación del principio de subsidiariedad ha regulado consigo los derechos que se buscan proteger en el vigente régimen económico, es por ello que nos interesa resaltar otros dos pilares de este diseño constitucional para efectos del presente informe⁷ (además del de subsidiariedad): iniciativa privada (artículo 58) y libre competencia (artículo 61).

La relación entre ambos derechos fundamentales es indisociable. Al respecto, afirma Hebert Tassano, “en ejercicio de la libre iniciativa privada se deberá establecer como regla general el libre funcionamiento del mercado y, por tanto, garantizar que las actividades liberalizadas se presten en libre competencia”. (2016).

También ha sido reconocido por el TC que la promoción de la libertad de empresa y la libre competencia son “base del desarrollo económico del país”⁸. Remarca Baldo Kresalja como función de impulsar este desarrollo, a la libre competencia dentro del actual régimen económico (2001). Coincide con ello Gaspar Ariño cuando reconoce como principio esencial del modelo social de mercado a la libre y real competencia que es el alma del mercado (2001).

Como se aprecia, el **modelo social de mercado** que acoge nuestra Constitución es un sistema que ha sido diseñado sobre la base de la iniciativa privada y su inserción ha delimitado el campo de acción del Estado haciendo indispensable la defensa de la libre competencia, la misma que busca “la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares” (Pinkas Flint, 2002).

Para esta concurrencia es primordial que el Estado garantice que se dé en condiciones adecuadas y de forma libre. Es por ello que el principio de subsidiariedad no debe ser entendido como la privación o abstención del Estado porque -siguiendo a Roberto Dromi- el mercado sin él no es posible, por eso, no puede desentenderse de la subsidiariedad y de la defensa de la competencia. Allí está la tarea de regulación y de la autoridad regulatoria para equilibrar la balanza (2005).

⁷ Para efectos del presente informe, se ha visto necesario el señalamiento de iniciativa privada y libre competencia, sin embargo, ello no deja que reconozcamos otros derechos fundamentales que se tutelan en el régimen económico actual, como libertad de empresa, el derecho de los consumidores, el pluralismo económico, entre otros que se vinculan con el principio de subsidiariedad, cuyo análisis se reserva para otra oportunidad.

⁸ Fundamento jurídico 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC.

Se reserva en el Estado un **rol vigilante y regulador⁹ o denominada también como función supervisora y correctiva¹⁰ en el mercado**. Papel que se traduce en la necesidad que vía regulación dicte las reglas y condiciones adecuadas que garanticen un entorno competitivo en el mercado, en el que las libertades económicas no se vean restringidas, limitadas o vulneradas, así como la garantía de la competencia; misión que tiene el derecho de competencia.

En relación al derecho de competencia, cabe señalar que este es un mecanismo de intervención administrativa destinada a la protección de los principios que se muestran inherentes a la libre competencia y el Estado, mediante el INDECOPI es el garante de la competencia (Christian Guzmán, 2011).

Para efectos del presente informe, nos interesa el sistema de competencia desleal¹¹ que persigue la represión de los actos que afecten el proceso competitivo, conforme al artículo 1 de la norma de represión, y se consideran desleales por incidir en la forma en la que se ejecuta la competencia. Ello resulta importante porque dentro del modelo de economía social de mercado una manifestación del rol encomendado al Estado es la represión de la competencia desleal.

5.3. El papel del INDECOPI en materia de competencia desleal

Ante la inserción de nuevos agentes económicos en el mercado, se evidencia una doble necesidad: (i) la existencia de autoridades estatales que los fiscalicen y (ii) la confección de la regulación que reprima los actos contrarios a la buena fe empresarial.

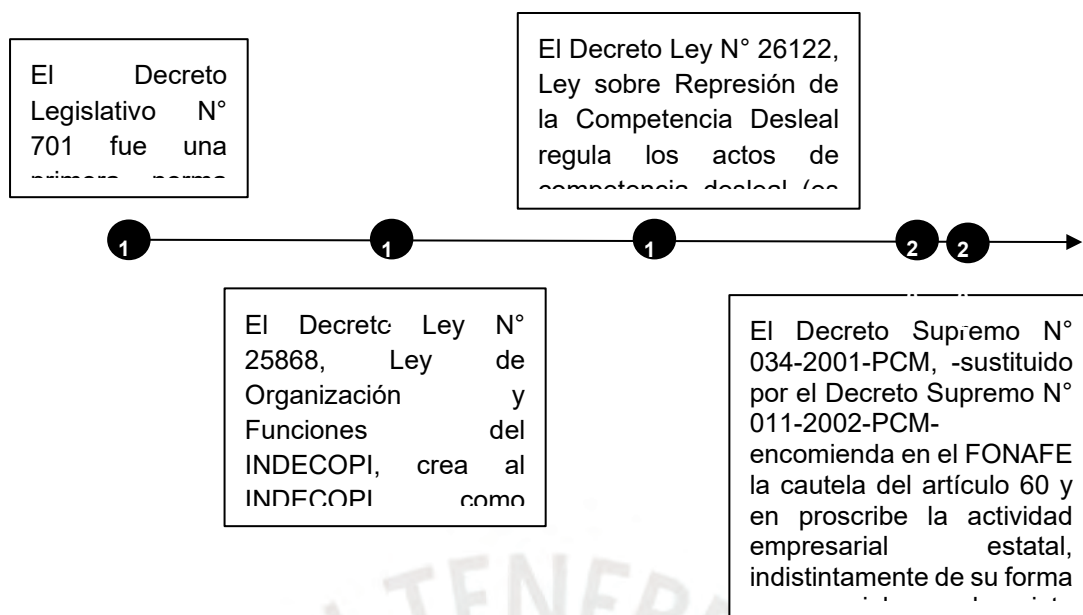
Precisamente, el INDECOPI y el precepto 14.3 del artículo 14 del DL 1044 son la expresión de la tutela buscada con el artículo 60 de la Constitución. Es importante remitirnos brevemente al antecedente normativo para tener alcances sobre la regulación de su actuación y comprender su labor. A partir de ello intentaremos entender por qué le fue encomendada la protección del articulado constitucional.

La explicación se origina entre el Decreto Legislativo N° 701 hasta el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM que se ilustran de manera concisa a continuación:

⁹ En línea con esta afirmación, Gutiérrez Camacho señala que el modelo de economía social de mercado reserva al Estado un rol regulador y promotor tras la exclusión de su intervención en el mercado (2005); razonamiento que la Constitución resguarda con el principio de subsidiariedad.

¹⁰ Esta función del Estado surge por la aplicación de la subsidiariedad en el régimen económico, enfatiza el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 35 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

¹¹ El derecho de la competencia se subdivide en dos sistemas: competencia desleal y libre competencia.



Cabe señalar que como consecuencia de los requerimientos de información, se estima de la data de los años 2001 - 2003, alrededor de 13 informes emitidos por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI (Michael Luyo, 2017). En ellos se definieron los tres requisitos para verificar cuando el Estado se encontraba condicionado a realizar actividad empresarial, los cuales sirvieron de referentes¹² para la metodología de aplicación del numeral 14.3 del artículo 14 del DL 1044 elaborada por la Sala de Defensa de la Competencia.

Este primer tramo normativo muestra un primer esfuerzo por materializar la protección del mencionado artículo 60 mediante el **mandato de prohibición**¹³ dirigido a la actividad empresarial del Estado ejecutada sin cumplir con aquella disposición, asumiendo el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE la responsabilidad de cautelar tal mandato e INDECOPI, por su lado, destaca como entidad consultiva en la materia.

Un segundo momento se ubica con la publicación del Decreto Legislativo N° 1044¹⁴ (2008¹⁵), cuya finalidad es tutelar los procesos competitivos reprimiendo los actos o conductas de competencia desleal (artículo 1). Por primera vez¹⁶, con

¹² Así se reconoce en el fundamento 81 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI de carácter vinculante.

¹³ Conforme al artículo 3 del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM.

¹⁴ En su Segunda Disposición Derogatoria derogó el Decreto Ley N° 25868 y sus normas modificatorias, complementarias y sustitutorias.

¹⁵ El 25 de junio de 2008 se publica el Decreto Legislativo N° 1033 que aprueba la nueva Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Se establece como función de dicha institución la potestad de sancionar las conductas desleales (literal b) del numeral 2.1 del artículo 2).

¹⁶ Así lo hace saber en su exposición de motivos cuando señala:

De otro lado, el Decreto Legislativo introduce una muy importante innovación estableciendo, **por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una norma legal de desarrollo constitucional sobre el artículo 60** de la Constitución Política del Perú.

[...]

Al respecto, cabe señalar que la actividad empresarial del Estado que no se ajuste a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, estará afectando indebidamente los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, situación que busca evitar el Decreto Legislativo considerando dicha situación como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

el numeral 14.3 de su artículo 14, se califica como acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas¹⁷ la actividad empresarial del Estado desarrollada fuera del marco del reiterado artículo 60.

Este ilícito compete ser verificado por el INDECOPI y se justifica en la necesidad de tener una institución que vele por la protección de los principios que informan nuestro modelo económico, entre los cuales se ubica el de subsidiariedad y porque -como señala Lucio Sánchez- “el tránsito de Estado prestador a uno garante exige el desarrollo y especialización de una potestad de fiscalización para velar porque los privados, quienes ahora prestarán servicios públicos y esenciales de manera directa, lo hagan en estricto cumplimiento del ordenamiento [...]” (2020).

Dicha exigencia resulta extensiva también a las entidades y empresas públicas, cuya participación en el mercado debe satisfacer las condiciones del articulado constitucional. Se demanda entonces como resultado de la incorporación del rasgo subsidiario que se delegue en una autoridad estatal la competencia para velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo en el mercado.

De tal forma, el INDECOPI constituye el órgano supervisor del cumplimiento del artículo 60 de la Constitución y es responsable del funcionamiento de un entorno competitivo y eficiente; por su parte, la disposición legal objeto de estudio concretiza el fin del principio de subsidiariedad. Dicho ello, no basta con la confección de la regulación, sino se debe velar que no existan actos que afecten el desenvolvimiento de los agentes económicos, de identificarlos que sean reprimidos por la entidad especializada.

Una expresión de esta labor, acorde con nuestro régimen económico, es la jurisprudencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, cuando postula que la actividad empresarial prescinde del fin de lucro y de la forma jurídica adoptada¹⁸. Esta percepción ha motivado su apartamiento en la Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI¹⁹ de la posición del Tribunal Constitucional expuesta en el Expediente N° 07644-2006-PA/TC, en el que se relaciona la actividad empresarial con el fin de lucro, lo que a criterio de la agencia de competencia vacía de contenido el artículo 60 de la CP.

[Énfasis agregado]

¹⁷ La infracción de “violación de normas” se incorporó con el Decreto Ley N° 26122.

¹⁸ Por ejemplo, en la Resolución N° 1382-2007/TDC-INDECOPI, la agencia de competencia ha calificado la labor del Hogar de Cristo como actividad empresarial aun cuando carezca de fines lucrativos (fundamento 9).

¹⁹ En el caso, la Universidad Mayor de San Marcos fue denunciada por la empresa Gremco por actos de competencia desleal por infracción al numeral 14.3 del DL 1044. La Sala revocó la resolución impugnada en la que se adoptó la posición del intérprete constitucional cuando califica la actividad de la universidad como autofinanciamiento. Como acotación, en este expediente el TC declara infundada la acción de amparo interpuesta por Jorge Leonardo Zevallos Coll, en representación de Gremco Publicidad S.A, contra el Instituto Nacional de Deporte y concluye que el arrendamiento del Estadio Nacional por parte de esta no constituye actividad empresarial.

Este es un tema que no ha estado exento de discusión, sin embargo, discrepamos con la lógica del TC. No es posible entender que si no hay persecución de fin lucrativo, no haya actividad empresarial aun cuando el agente opere en el mercado como ocurre con entidades y empresas públicas. Por excelencia, como señalábamos, la actividad empresarial estatal tiene un fin social y bajo esa lógica, esta posición colisiona con los rasgos de una economía social de mercado (como el de subsidiariedad) analizados en los Expediente N^{os} 0008-2003-AI/TC y 8152-2006-PA/TC.

Lo anterior nos lleva a puntualizar lo siguiente. Mediante una acción de amparo se busca la tutela de derechos fundamentales, así resulta entendible que el TC, como intérprete de la Constitución, vele por la protección de derechos o bienes jurídicos que afecten individualmente a las personas, como sería la libertad de empresa, pese a que su razonamiento no se ajuste a una perspectiva económico-jurídica.

En cambio, lo que se busca proteger a través del INDECOPI es el funcionamiento del proceso competitivo y con ello los valores que inspiran el régimen económico. Si bien la línea divisoria entre los bienes jurídicos que tutelan ambas instituciones es tenue, debe recordarse que en el contexto de nuestro régimen actual, la libre competencia nace como principio que busca proteger el equilibrio en el mercado y el proceso competitivo constituye un bien jurídico supraindividual.

Entonces, hay derechos que por esencia deben ser tutelados por la vía constitucional y otros que involucran una satisfacción colectiva y, por esa razón ser protegidos por el órgano especializado, sin embargo, la realidad actual es que la tramitación de la acción de amparo incumple la remisión a la vía igualmente satisfactoria. Esto justificaría por qué al tratar la actividad empresarial del Estado, el TC y el INDECOPI tienen interpretaciones separadas: el primero tutela derechos fundamentales como la libertad de empresa (bien jurídico individual) y el segundo bienes como el proceso competitivo (bien jurídico supraindividual).

5.4. La modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60

El tipo infractor objeto de estudio es una disposición remisiva, su evaluación exige comprobar el cumplimiento del artículo constitucional reiterado tantas veces, luego de lo cual su incumplimiento configura un acto de competencia desleal previsto en el numeral 14.3, sin exigirse la obtención de una ventaja significativa por disposición del mismo. El ilícito entonces es la actividad empresarial desarrollada por el Estado con infracción al artículo 60 de la Constitución.

En el precedente vinculante emitido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI conocido como el caso de la pollería “El Rancho”, la agencia de la competencia ha interpretado el alcance de la disposición en cuestión, estableciendo la metodología en la que debe aplicarse. Podemos hablar a grandes rasgos de dos niveles de análisis, sin perjuicio de que en cada uno existen otras subdivisiones. El primero busca determinar si la actividad particular realizada por el Estado es empresarial, diferenciando si se trata de una actividad de *ius imperium* o de índole asistencial (numerales 39 y 41). De comprobarse que es empresarial, el siguiente nivel consta en verificar el cumplimiento de tres requisitos: ley expresa que autorice la actividad, el carácter subsidiario de la misma y si tiene un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (numeral 33).

A continuación comentaremos brevemente los dos niveles de análisis.

A. Primer nivel

La potestad de **ius imperium** está referida a las actividades propias y exclusivas del Estado, las cuales se encuentran regularmente recogidas en la norma primaria de cada ordenamiento (Michael Luyo, 2017). Esto quiere decir que la concepción jurídica de soberanía consiste en admitir que el Estado tiene la necesidad de disponer de cierto número de poderes o derechos como los de legislar, administrar justicia, etc (Baldo Kresalja, 2015).

Bajo esa concepción, la actividad del *ius imperium* se funda en la soberanía que posee el Estado por el cual ejerce determinadas funciones que son naturales del poder público.

Por otra parte, en la jurisprudencia del INDECOPI, los **actos de corte asistencial** han sido tratados como prestaciones del Estado dirigidas a personas de bajos recursos y que por mandato constitucional debe brindar.

En caso que la conducta no se enmarque en ninguna de las dos actividades indicadas, estaremos ante una de índole empresarial, sin importar que tenga o no un ánimo lucrativo y de la forma jurídica que pueda adoptar, esto porque como señalamos anteriormente, el Estado carece de tal finalidad, máxime en el mercado.

B. Segundo nivel

Una vez determinado que el Estado realiza actividad empresarial, el siguiente análisis se expresa en comprobar los tres requisitos repetidamente y que a nivel

legal se regula en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1031²⁰ (norma que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado). Basta el incumplimiento de uno de ellos para agotar la discusión y determinar la configuración del tipo infractor contenido en el numeral 14.3 del artículo 14 de la norma de represión.

El primer requisito es formal y en torno a lo que debe entenderse por “ley expresa”, el alcance desarrollado por el INDECOPI es suficiente. En base a la posición del Tribunal Constitucional²¹, comprende a la ley aprobada por el Congreso de la República que autorice la actividad.

El segundo requisito es amplio. Comprende la delimitación del mercado relevante y la evaluación de tres escenarios que han sido explicados en los numerales 88 al 120 del precedente y graficados en el anexo 1 adjunto al mismo.

Respecto a la verificación del tercer requisito, no solo el INDECOPI sino también respetada doctrina y el propio Tribunal Constitucional han coincidido en que corresponde al poder legislativo la evaluación y determinación de lo que debe entenderse por “alto interés público o manifiesta conveniencia nacional”, bastando que el INDECOPI compruebe su referencia en la ley.

Ahora procedemos al análisis de los problemas planteados siguiendo el orden de la metodología comentada.

5.5. Primer problema principal: ¿Los servicios prestados por la Escuela de Aviación Civil del Perú constituyen actividad empresarial del Estado?

En el presente caso, los denunciados afirmaban que la formación de pilotos y de personal civil aeronáutico ejecutada por la Escuela de la FAP emana de la potestad del ius imperium del Estado, negando la posición de los denunciantes, quienes sostenían que se trataba de una actividad empresarial.

Para el órgano de primera instancia, la instrucción impartida por la EDACI constituye una expresión del poder público y se enmarca en la función del ius imperium. Su razonamiento se basó en que la reserva disponible de la FAP incluye necesariamente al personal de la EDACI. La Sala, por su parte, se aparta de esta interpretación y concluye que la reserva disponible de la FAP comprende a cualquier peruano que esté en edad militar y no específicamente al de la señalada escuela, por tanto, su actividad contiene elementos que acreditan la concurrencia en el mercado como un agente económico siendo de índole empresarial.

²⁰ Del 24 de junio de 2008.

²¹ Fundamentos 31 y 26 de las sentencias recaídas en los Expedientes Nos 0034-2004-PI/TC.

Consideramos apropiada la decisión del Tribunal, sin embargo, la fundamentación del órgano colegiado omitió diferenciar la naturaleza de la actividad sometida a evaluación: la formación de pilotos para la reserva aérea nacional; tema medular que analizaremos enseguida.

Con ese propósito, corresponde identificar si la EDACI realiza actividad empresarial, diferenciando la función del *ius imperium* y los actos de corte asistencial; supuestos en los cuales el Estado puede situarse como agente económico en el mercado. Para tal fin, es importante determinar la naturaleza de la actividad denunciada y verificar si concurre en el mercado.

5.5.1. Determinar si los servicios prestados por la EDACI constituye actividad de *ius imperium*

Un primer aspecto que observamos de las decisiones de las instancias del INDECOPI es que ambas parten por analizar la Ley FAP sin advertir que a la fecha en la que se habilita a la EDACI a operar como escuela de pilotos (2006), la norma en cuestión se emitió con posterioridad (2012). Si nos detenemos en este análisis, la escuela comentada no contaba con ninguna disposición normativa que justificara sus funciones, claramente tampoco podría hablarse de su aplicación retroactiva, por mandato del artículo 103 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo precisado, analizaremos la normativa invocada por los denunciados. En la estructura orgánica de la FAP, la EDACI era una unidad orgánica que integraba²² el Comando de Operaciones de dicha institución²³. Tenía asignada como función el control de las operaciones aéreas relacionadas a la instrucción impartida a los alumnos pilotos y el desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje de la formación del piloto civil y del personal aeronáutico (artículo 119 del Reglamento de la Ley FAP, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2014-DE²⁴).

Esta disposición podría inducir a pensar que la EDACI cuenta con habilitación legal para formar al personal de la actividad aeronáutica y constituye una manifestación del *ius imperium* del Estado, sin embargo, a continuación se explica por qué el caso particular no calza en esta potestad.

²² La alusión es en tiempo pasado porque a la fecha de la elaboración del presente informe, el vigente Reglamento del Decreto Legislativo N° 1139, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2023-DE, ha suprimido a la Escuela de Aviación Civil de la estructura orgánica de la Fuerza Aérea del Perú.

²³ Conforme al numeral 113.7 del artículo 113 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1139, Ley de la Fuerza Aérea del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2014-DE.

²⁴ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2014. Derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 008-2023-DE, publicado el 8 de octubre de 2023.

Primero, la actividad señalada, a criterio de los denunciados, tiene por finalidad que el personal integre la reserva aérea, por eso, los pilotos que son formados en la Escuela de la FAP constituyen la reserva aérea de apoyo.

Sobre el particular, en principio, cabe señalar que las Fuerzas Armadas se integran por el Ejército del Perú, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea del Perú. Cada institución organiza y dispone de sus reservas, según lo habilita el artículo 168 de la Constitución. En concordancia con ello, la Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar (en adelante, LSM), delega en cada institución de las Fuerzas Armadas que organice y reglamente su reserva (artículo 68).

Para fines de lo anterior, la LSM establece la siguiente clasificación:

Reserva Orgánica (literal a)	Reserva de Apoyo (literal b)	Reserva Disponible (literal c)
“[...] Se considera en esta situación a todo el personal militar en situación de disponibilidad o retiro, licenciados de las modalidades Acuartelado y No Acuartelado; y personal civil que labora en las Instituciones Armadas quienes desempeñarán puestos de su especialidad.”	“Se considera como tal al personal de licenciados en la modalidad de Comités de Autodefensa y al personal que, por su actividad o capacitación afín a las necesidades de cada Institución de las Fuerzas Armadas, estén en condiciones de servir para fines de movilización militar.”	“Es la integrada por todos los peruanos en edad militar, no considerados en los literales a) y b), que pueden ser empleados para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional.”
Tiene ámbito determinado	Tiene ámbito determinado	Tiene ámbito indeterminado

Base legal: Artículo 68 de la LSM.

Como se aprecia del cuadro ilustrado, la reserva orgánica y la reserva de apoyo tienen un ámbito determinado, es decir, delimitan expresamente el personal que integra cada una, específicamente con formación militar. No sucede lo mismo en la reserva disponible, cuyo ámbito es indeterminado al haberse englobado en ella a todo peruano en edad militar, sin otra condición o especialidad específica, excluyéndose por tanto que tengan formación militar.

Ahora bien, en el caso de la FAP, el literal d) del artículo 72 del Reglamento de Organización y Funciones del MINDEF, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2011-DE, señala como una función suya la organización, entrenamiento y empleo de la reserva aérea. La cual, de acuerdo al artículo 20 de la Ley FAP, está constituida por el personal que es requerido por la propia institución (FAP), a la que organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, la norma comentada en su artículo 19 establece que el personal de la FAP está compuesto por personal militar FAP y personal civil. Los primeros están integrados por “Personal de Oficiales, Personal de Cadetes, Personal de Supervisores, Técnicos y Suboficiales, Personal de Alumnos y Personal de Tropa”, mientras que los segundos por “ciudadanos, que de preferencia hayan realizado el servicio militar; y que por razón de su profesión, especialidad u oficio, prestan servicio en la Fuerza Aérea del Perú”.

De una lectura concordada de las disposiciones hasta aquí comentadas podemos colegir que **la reserva disponible de la Fuerza Aérea del Perú incluye a todos los peruanos en edad militar (sin mayor condición que la edad).**

Este personal no tiene formación militar -a diferencia de aquellos que integran la reserva de apoyo y la reserva orgánica- y es empleado por la institución para cualquier **otra** actividad que requiera la defensa nacional, según los términos de la LSM.

En ese orden de ideas, no existe posibilidad de vincular que el personal de la EDACI se encuentra incluido necesariamente en la reserva disponible, pues, la norma no exige ninguna condición que el tener edad militar, además, el personal de esta reserva que es empleado por la FAP no lo es para el desempeño de actividad relacionadas con las Fuerzas Armadas, porque para ello tiene al personal con formación militar especificado en el artículo 19 de la Ley FAP (ámbito determinado).

Bajo esa explicación, coincidimos con la opinión de la Sala cuando señalaba que la interpretación de la Comisión vacía de contenido la clasificación de reservas previstas en la LSM.

5.5.1.1 La función del Estado en la formación de pilotos con fines comerciales y fines militares

Con el razonamiento previo podemos adelantarnos a afirmar que la instrucción impartida por la EDACI no deriva del rol de autoridad pública atribuida al Estado, por lo tanto, no es manifestación del ius imperium. Este planteamiento es controvertido y podría generar cuestionamientos en escenarios de operaciones militares, humanitarias, en los casos de desastres, en aquellos de emergencia e incluso en las acciones que son desplegadas en el Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro - VRAEM, entre otros supuestos, que son efectuados por el Estado y que corresponde distinguir de la función de la EDACI.

Primero, el escenario que proponemos es una realidad. Esta actividad es immanente al Estado y responde a su deber primordial constitucional de defender

la soberanía nacional (artículo 44), de garantizar el orden interno y la seguridad nacional (artículo 163), en aras de tutelar los derechos de la población y el resguardo de su bienestar.

La soberanía a la que nos referimos y que es objeto de estudio se manifiesta en el espacio aéreo (artículo 54) y precisamente corresponde a la FAP organizar la reserva aérea y formar al personal que participará de tales operaciones -el cual por eso tiene formación militar (ámbito determinado)-, esto dentro del deber constitucional que tiene y que, a toda vista, carece de una finalidad lucrativa, ya que, como afirma César Landa, tal actividad es esencial para el funcionamiento del Estado y por ello se justifica el establecimiento de instituciones como las Fuerzas Armadas (2019).

El ejemplo claro es la formación que se brinda mediante la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú cuyo objetivo, entre otros, es que el personal formado y entrenado por la misma opere las aeronaves de la FAP²⁵. Según el artículo 2 del Reglamento de las Escuelas e Institutos de Formación Profesional de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2019-DE, son tres (3) las escuelas de formación profesional de oficiales de las Fuerzas Armadas, entre ellas, la escuela de oficiales de la FAP. Es esta la escuela especializada para la formación de las ciencias aeroespaciales y el personal con esta formación militar es el empleado por la FAP para el cumplimiento de sus fines.

No pasa lo mismo en el supuesto de los pilotos que son entrenados y capacitados por la EDACI. No necesariamente integran la reserva aérea como fue señalado anteriormente y una razón más para acreditar este postulado es que -sea que culminen o no su formación educativa- de querer pertenecer a la FAP tendrán que postular al servicio militar mediante la Escuela de Oficiales, la cual está apta para cualquier persona a partir de los 18 años, conforme al artículo 2 de la LSM. Es este personal el que compone la reserva aérea de la FAP al que se refiere el numeral 20.1 del artículo 20 de la Ley FAP.

Nos encontramos ante una función propiamente estatal, que es una típica manifestación de la función del Estado en la administración del sistema de defensa nacional, en consecuencia, deriva del *ius imperium* y su participación en el mercado se encuentra excluida de la actividad empresarial. En ese razonamiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) en el asunto Eurocontrol tuvo la oportunidad de apartar como empresa la actividad de navegación aérea por vincularse con prerrogativas públicas

²⁵ Esta afirmación encuentra soporte en la información publicitada por la propia Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú en su portal institucional. Véase: <https://eofap.edu.pe/cadete/especialidades>

reservadas al Estado y debido a que implicaba la protección de la seguridad de los territorios.

Dicho de otro modo lo expuesto, podemos distinguir la formación de pilotos según los fines que se persiguen: i) para fines militares (integrar la reserva aérea) y ii) para fines comerciales. Como ha sido analizado, el primer supuesto es una manifestación del ius imperium del Estado y dada la especialidad del mismo, es coherente que el Estado a través del servicio militar sea quien capacite y entrene al personal que ejecutará la actividad pública, distanciándose de ella los servicios que presta la EDACI.

En cierta medida, el contexto desarrollado podría justificar que en el presente procedimiento administrativo sancionador tanto los denunciados como la Comisión hayan forzado el alcance de la reserva aérea e intentar incluir en ella la actividad de la EDACI. Sin embargo, como ha quedado demostrado, la función cuestionada no deriva del ius imperium del Estado.

5.5.2. Determinar si los servicios prestados por la EDACI constituye actividad de corte asistencial

Un segundo argumento de los denunciados es que la formación de pilotos constituye una manifestación de la actividad prestacional del Estado. En su opinión, la enseñanza que se imparte a través de la EDACI constituye un servicio educativo, el cual no se encuentra solamente reservado al Ministerio de Educación y porque mediante ella se persigue un fin social que difiere del ánimo lucrativo de las escuelas de pilotos privadas, debido a que sus costos educativos al ser inferiores permite que las personas de bajos recursos económicos puedan acceder a la formación aeronáutica.

Recordemos que los actos asistenciales se materializan en la prestación de bienes o servicios por parte del Estado y responden a su deber constitucional que le ha sido encomendado. Ello quiere decir que estamos ante un fin social y que fácilmente se aprecia en los servicios de salud o educación que tradicionalmente han sido prestado por aquel.

En efecto, la impartición de cursos para la formación de pilotos no es el servicio educativo superior al que la Constitución ha obligado al Estado a garantizar como servicio público (artículo 18). Como parte de su oferta educativa, la escuela imputada ofrece los cursos de piloto privado, de piloto comercial, de habilitación de vuelos por instrumentos, de habilitación multi-motor, de despachador de vuelos y el de técnicas de instrucción. Resulta evidente que los mismos no han sido diseñados para satisfacer el deber del Estado de tutelar el derecho a una

educación integral, debido al contenido del mismo: instrucción teórica de aeronáutica e instrucción en aire en términos generales.

Adicionalmente, la presunta “oferta educativa” en cuestionamiento no está dirigida para toda la población, sino para un segmento específico, esto es, quienes tengan interés en formarse como pilotos y quienes puedan pagar por él, por lo que no sería posible calificarla como prestación esencial.

Por el contrario, lo que se evidencia es que el fin (que no tiene nada) social que aparentemente persigue, esto es, lograr que personas de bajos recursos que aspiran a ser pilotos tengan una educación accesible, en la realidad lo coloca en el mercado como un operador económico más, compitiendo con otras diez escuelas de pilotos privadas que han sido autorizadas por la DGAC (autoridad aeronáutica civil²⁶) a ofrecer servicios vinculados al empleo de aeronaves civiles y cuya presencia es suficiente para la satisfacción del servicio en el mercado.

Respecto a ello, debe tenerse en cuenta que la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, en su artículo 5 ha reservado al sector privado la actividad de aeronáutica civil, mientras que la actuación del Estado es subsidiaria; disposición que se encuentra conforme a nuestro régimen económico actual. En este campo, la norma acotada ha establecido expresamente como un deber estatal la promoción que el personal aeronáutico sea capacitado a través de la creación de escuelas de aviación o centros de instrucción (literal e) de su artículo 4), ello con la excepción de las funciones que se desprenden de su titularidad pública lógicamente. Y que no se configura con la función de la escuela denunciada.

Por esa razón, es que si bien se ha designado a la DGAC como la responsable de otorgar las autorizaciones de escuelas de aviación, según se aprecia del inciso h) del artículo 9 de la norma señalada, estas deben sujetarse a la regla de reserva al sector privado de la actividad aeronáutica que incluye la operación de escuelas de pilotos, en cuyo caso el Estado tiene una presencia subsidiaria por mandato legal.

Por tales consideraciones, los servicios prestados por la EDACI no califican como una actividad de “corte asistencial”, en la terminología del INDECOPI.

²⁶ Según artículo 8 de la Ley N° 27261.

5.5.3. Determinar si los servicios prestados por la EDACI constituye actividad empresarial

La Sala determina por descarte la actividad empresarial del Estado cuando no actuó en ejercicio de su *ius imperium*, ni su actuación constituye actos de corte asistencial. Habiendo superado estas dos vallas y siendo el resultado el mismo, estimamos provechosa la oportunidad de aportar una serie de elementos que permitirá despejar dudas -si todavía las hubiere- sobre la configuración de la actividad estatal empresarial en el presente caso.

Previamente, nos interesa hacer un paréntesis para sintetizar la intervención del Estado en el mercado, que, entre otras formas, puede expresarse: i) en calidad de regulador; y, ii) en calidad de empresario. Reiterando lo ya señalado, en el primer supuesto, la presencia estatal se expresa en la determinación de reglas (de acceso) y condiciones para la interacción y desenvolvimiento correcto de los agentes económicos²⁷ en el mercado.

En el segundo supuesto, el término empresarial proviene de empresa. Esta es definida por la RAE como la “unidad de organización (1) dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios (2) con fines lucrativos (3)”.

Aplicando estos elementos en el rol de empresario e interpretándose acorde a nuestro régimen económico actual, podemos definir la actividad empresarial del Estado como aquella **intervención estatal (1) en el mercado para actuar como agente económico mediante la prestación de un bien y/o servicio (2) con un fin no necesariamente lucrativo (3)**. Esto último recogiendo la posición del INDECOPI²⁸ que prescinde de la forma jurídica del agente y de su ánimo lucrativo en la prestación del servicio, así como del pronunciamiento del TJCE cuando abstrae del concepto de empresa tanto la forma en la que se financia la entidad, así como de su estatuto jurídico²⁹.

Retomando el análisis, mediante la Resolución Directoral N° 135-2006-MTC/12 de fecha 25 de julio de 2006, la EDACI obtiene la autorización de funcionamiento como escuela de pilotos por el plazo de 4 años sujeto a renovación. Como consecuencia de los servicios académicos que presta, la escuela percibía ingresos por el derecho de matrícula y por las constancias, los certificados, entre otros, que se observan en los Resúmenes de sus Importes de ingresos y estados financieros de los periodos del 2006 al 2015 expedidos por ella. Lo que tenemos en términos simples es un elemento de índole empresarial producto del rédito

²⁷ Sobre el particular, el INDECOPI la define como la actuación estatal que se da a título de autoridad, definiendo los términos de acceso al mercado, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir (Resolución N° 0126-2019/SDC-INDECOPI, Resolución N° 0244-2017/SDC-INDECOPI, otros).

²⁸ Al respecto, puede apreciarse el concepto expuesto en el numeral 37 del precedente vinculante del año 2010 que viene siendo comentado en el presente trabajo.

²⁹ Numeral 18 de la sentencia de fecha 19 de enero de 1994 expedida en el asunto Eurocontrol.

que obtiene la EDACI por la actividad que ejecuta, esto es, una contraprestación económica de quienes se inscriben en los cursos que dicta, sin perjuicio que ello no resulte exigible.

Asimismo, en la línea de lo explicado en el desarrollo constitucional del presente informe, es importante recordar que el Estado se caracteriza por ser un competidor perverso que actúa en el mercado sin un fin limitado de recursos públicos y por naturaleza ello le da una ventaja superior a su participación económica.

El presente caso no fue la excepción y se aprecia cuando se analizaba el fin social que aparentemente perseguía la EDACI o en la adquisición de nada menos que 10 aeronaves. Esto último resulta opuesto con las restricciones presupuestales que anualmente se fijan en las leyes de presupuesto, precisamente porque todos los ingresos del Estado se sujetan a ellas por el principio de universalidad y unidad que rige el Sistema Nacional de Presupuesto, denotando un desvío de recursos en lugar de orientarlos a la atención de servicios prioritarios lo que desnaturaliza el fin de nuestro régimen económico.

Resulta evidente que los recursos deben ser asignados y ejecutados para satisfacer y cumplir con los deberes constitucionales impuestos al Estado, nos preguntamos entonces ¿los cursos de pilotos y de personal aeronáutico aplicados por la EDACI responden a un deber constitucional? La respuesta es evidente. No cabe duda que estamos ante una función de índole empresarial.

5.6. Segundo problema principal: ¿La actividad prestada por la Escuela de Aviación Civil del Perú configura actos de competencia desleal?

Superado el análisis que el Estado, mediante la escuela de la FAP, realiza actividad empresarial, a continuación se trata el cumplimiento copulativo de los requisitos conforme al artículo 60 de la CP de 1993, siendo que el incumplimiento de uno agota la discusión y el desarrollo de las siguientes condiciones.

5.6.1. Determinar si la actividad empresarial desarrollada por la EDACI cuenta con ley expresa

El primer requisito consiste en verificar la existencia de ley expresa que autorice la actividad empresarial del Estado.

Siguiendo la explicación líneas previas, analizaremos las 3 normas invocadas por los denunciados que habilitarían la actuación de la EDACI, a saber: el Reglamento de la LFAP, la Ley N° 28101, Ley de Movilización Nacional (en adelante, LMN), y la Resolución Directoral N° 135-2006-MTC/12.

Sin necesidad de revisar el contenido del Reglamento de la LFAP, este no cumple con el requisito de ley expresa porque es aprobado por decreto supremo por el Poder Ejecutivo, en mérito a su competencia atribuida en el numeral 2 del artículo 13 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Igualmente ocurre con la Resolución Directoral N° 135-2006-MTC/12, que es aprobada por el Director de la DGAC. Por lo tanto, ninguna de ellas cumple el primer requisito.

Luego, de la revisión de la LMN apreciamos que sus disposiciones están referidas a los procesos de movilización y desmovilización en sus etapas de planeamiento, preparación y ejecución de tal acción, más no habilita la actividad de la EDACI, por lo que no se cumple con el requisito materia de análisis.

La invocación de la LMN responde al intento de los denunciados de vincular forzosamente el servicio que ofrece la escuela con la consecuente afiliación a la reserva aérea de sus egresados cuando culminan sus estudios. Lo cual carece de asidero legal debido a que la misma norma en su artículo 19 ha comprendido como sujetos a la movilización a todo peruano domiciliado incluso en el extranjero, así como todo extranjero domiciliado en el territorio nacional, y no necesariamente a quienes se forman en la EDACI.

Por lo expuesto, al no haberse verificado el requisito de ley expresa, la actividad desarrollada por el Estado, a través de la EDACI, transgrede el artículo 60 de la CP de 1993, consecuentemente, configura un acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas por infracción al mandato del numeral 14.3 del artículo 14 del DL 1044.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente informe hemos apreciado que el régimen económico recogido en nuestra carta magna ha previsto que la intervención del Estado en materia empresarial sea subsidiaria. Esta ha sido la premisa mayor que ha servido de referente para el desarrollo del análisis realizado en este trabajo y nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones.

En primer término, entre otras manifestaciones de la incorporación del principio de subsidiariedad, es el abandono del Estado como principal agente generador de la riqueza nacional y en su lugar la toma de la posta por parte de la iniciativa privada.

Luego, el régimen económico dispuesto en la vigente Constitución busca proteger consigo libertades y derechos fundamentales como la libre iniciativa privada y la libre competencia como base del modelo social de mercado

introducido en 1993. Esto ha impactado en la actuación del Estado en el mercado a la vez de provocar la asunción de un papel regulador y vigilante en el funcionamiento del proceso competitivo a través del INDECOPI.

La función asignada a la agencia de competencia comporta el control y represión de las conductas y actos que representen un potencial o real restricción al bien jurídico que tutela.

Todo este antecedente constitucional y legal ha sido la base del análisis de los problemas jurídicos principales planteados.

Respecto al primer problema principal, referido a si los servicios prestados por la escuela denunciada constituye actividad empresarial, se verificó que la naturaleza de la prestación de servicios no constituye una función de ius imperium ni una prestación asistencial esencial, en cambio sí tiene elementos de naturaleza empresarial y actúa en el mercado como agente económico en competencia con distintas escuelas de pilotos privadas, pese a no requerirse un ánimo lucrativo.

De esta forma, se concluye que la función de la EDACI constituye actividad empresarial. Para este desenlace se concluye otras dos conclusiones importantes. Primero, la reserva disponible de la FAP está conformada por todo peruano en edad militar y no necesariamente por el personal de la EDACI. Segundo, la formación de pilotos puede darse para fines militares y para fines comerciales. El primero es una manifestación del ius imperium del Estado y el ejemplo es la formación militar que se brinda mediante la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, y, el segundo supuesto calza con la labor de la Escuela de la FAP, cuyos egresados en caso quieran integrar la reserva aérea de la institución tendrán que postular a la escuela del servicio militar.

Respecto al segundo problema principal, referido a si la labor ejecutada configura un acto de competencia desleal, es este el acto resultante del primero. Se concluye que la actividad desarrollada por la EDACI sí configura un acto de competencia desleal por infracción al numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 porque no contaba con ley expresa que autorice su actividad, sino con una resolución administrativa emitida por el director del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, incumpliendo el mandato constitucional del artículo sesenta.

Sin duda que cuando el Estado opte por prestar un servicio, no basta con la invocación de la intención social o del poder público, previamente las autoridades responsables de su impulso deberán identificar con claridad el servicio o bien a prestar, haciendo una evaluación exhaustiva que permita verificar que no se trata

de una actividad empresarial, de lo contrario, deberá necesariamente cumplirse con las condiciones del marco constitucional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Ernesto

2014 El modelo económico de la constitución peruana. *IUS ET VERITAS*, 24. Lima, pp. 256-269. Consulta: 15 de abril de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921>

ARIÑO, Gaspar

2001 “Capítulo Lección Séptima: Libertad de empresa”. *Principios de derecho público económico*. Madrid: Editorial Comares S.L., pp. 217-218

BULLARD, Alfredo

2011 “El Otro Pollo La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, pp. 199-209.

DIEZ CANSECO, Luis & BULEJE, Crosby

2011 “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1- INDECOPI”. *Revista De Derecho Administrativo*. Lima, pp. 221-235.

DROMI, Roberto

2005 “Constitución y Estado”. *Libro de Derecho Administrativo: Tomo I*. Argentina: Gaceta Jurídica S.A., pp. 65, 85-86.

FLINT, Pinkas

2002 “El mercado y la libre competencia”. *Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegético del Decreto Legislativo 701*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 28-29.

GUZMÁN, Christian

2002. “Las teorías existentes sobre el servicio público”. *Revista Foro Jurídico*. Lima, p. 77

GUZMÁN, Christian

2011 “Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044”. *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 245-257.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13693>

KRESALJA, Baldo

2001 “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las constituciones de 1979 y 1993”. *IUS ET VERITAS*, pp. 272-306.

KRESALJA, Baldo

2015 ¿Estado o Mercado? El principio de Subsidiariedad en la Constitución peruana. Capítulo V: El marco constitucional peruano. 2015. pp. 24.

LANDA, César

2019 “El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú”. *Revista De Derecho Forseti*, pp. 146 - 147.
<https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i6.1125>

LUYO, Michael & BAZÁN, Víctor

2017 “Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas”. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*, pp. 185-202.

RODRIGUEZ, Vladimir

2013 Principio de subsidiariedad económica del Estado en la Constitución Política del Perú. *Revista QUIPUKAMAYOC de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, pp. 118.

SÁNCHEZ, Lucio

2020 La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *IUS ET VERITAS*, (60), 38-64.
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.002>

TASSANO, Hebert

2016 “Competencia y regulación”. *Derecho PUCP*. Lima: Edición N° 76, pp. 105-121.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Sentencia del 11 de noviembre de 2003. Consulta: 10 de abril de 2024.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente N° 07644-2004-AI/TC. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. Consulta: 20 de abril de 2024.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

1994 “Asunto Eurocontrol - Sentencia de fecha 19 de enero de 1994”. Consulta:
20 de abril de 2024

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0364>



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : ESCUELA PERUANA DE AVIACIÓN CIVIL S.A.
MASTER OF THE SKY S.A.C.
ALEXANDER EDIXSON LÓPEZ VILELA
DENUNCIADO : FUERZA AÉREA DEL PERÚ
MINISTERIO DE DEFENSA DEL PERÚ
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
VIOLACIÓN DE NORMAS
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD
PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MEDIDAS CORRECTIVAS
ACTIVIDAD : SERVICIO DE INSTRUCCIÓN AÉREA

SUMILLA: se **REVOCA** la Resolución 0134-2016-CD1-INDECOPI del 22 de junio de 2016, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela en contra de la Fuerza Aérea del Perú y el Ministerio de Defensa y, reformándola, se declara **FUNDADA** la denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por la infracción del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, que establece que sólo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar actividad empresarial subsidiaria.

La razón es que, si bien la Comisión interpretó que las actividades cuestionadas en el presente procedimiento constituirían el ejercicio de una potestad de *Imperium* respecto de la formación de la reserva aérea disponible con que cuenta la Nación y no actividad empresarial del Estado, esta Sala considera que, por su naturaleza, los medios probatorios que obran en el expediente y de conformidad con el marco legal vigente, los servicios de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico llevados a cabo por la Escuela de Aviación Civil del Perú sí constituyen actividad empresarial del Estado. Adicionalmente, se ha corroborado que no existe una ley que autorice a la Fuerza Aérea del Perú y/o al Ministerio de Defensa a prestar dichos servicios, por lo que dicha actividad resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

De igual manera, se **SANCIONA** a la Fuerza Aérea del Perú y al Ministerio de Defensa con una multa solidaria de veintiuno punto once (21.11) Unidades Impositivas Tributarias y se les **ORDENA**, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de los servicios de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico a través de la Escuela de Aviación Civil del Perú, en tanto no cumplan con los requisitos previstos en el artículo

60 de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, se declara IMPROCEDENTE la solicitud de Master of the Sky S.A.C. y del señor Alexander Edixson López Vilela respecto del pago de las costas y costos en los que hayan incurrido durante la tramitación del presente procedimiento.

Lo anterior, ya que, de acuerdo con el artículo 413 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado a través de la Resolución Ministerial 010-93-JUS y aplicable supletoriamente al presente procedimiento, el Poder Ejecutivo está exento de la condena en costas y costos.

SANCIÓN: VEINTIUNO PUNTO ONCE (21.11) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 18 de mayo de 2017

I. ANTECEDENTES

1. El 6 de noviembre de 2015, Escuela Peruana de Aviación Civil S.A. (en adelante, la ESPAC), Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela (en adelante, las denunciantes) denunciaron a la Fuerza Aérea del Perú (en adelante, la FAP) ante 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 Perú, supuesto contemplado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal):
 - (i) Según las denunciantes, la Escuela de Aviación Civil del Perú (en adelante, la EDACI) sería una unidad orgánica dependiente del Comando de Operaciones de la FAP, que estaría realizando actividad empresarial no subsidiaria mediante la prestación de servicios de instrucción, consistentes en brindar clases teóricas y prácticas a cualquier ciudadano, para la formación de pilotos civiles y personal aeronáutico en el país.
 - (ii) La autorización de funcionamiento de la EDACI habría sido otorgada únicamente mediante resoluciones directorales de la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante, la DGAC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), a pesar de que no existiría ninguna Ley aprobada por el Congreso de la República que

autorice su creación y/o funcionamiento bajo un criterio de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

- (iii) Además, alegaron que la EDACI tampoco cumpliría con un rol subsidiario en el sector de escuelas privadas, dado que en el mercado existiría suficiente oferta privada para atender la demanda del sector.
2. Las denunciantes solicitaron a la Comisión, en calidad de medidas correctivas: (i) el cese definitivo, por parte de la EDACI de la FAP, de la actividad de brindar servicios educativos de formación de pilotos y personal civil aeronáutico, (ii) el cierre definitivo de la referida escuela y (iii) la publicación de la resolución condenatoria. Asimismo, solicitaron a la Comisión que ordene a la imputada el pago de las costas y costos en los que incurrieran durante el trámite del presente procedimiento.
3. A través de la Resolución s/n de fecha 16 de diciembre de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó a la FAP y al Ministerio de Defensa (en adelante, el MINDEF) la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, ya que, a través de la EDACI, brindarían el servicio de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
4. El 15 de enero de 2016, el MINDEF presentó su escrito de descargos, alegando lo siguiente:
- (i) Desde sus orígenes, la EDACI tuvo como objetivo la formación del personal técnico especializado necesario para los servicios de aviación civil y por dicho motivo se le habría encargado la preparación y entrenamiento de dicho personal, con el fin de conservar la reserva área nacional.
- (ii) Al respecto, el artículo 118 del Reglamento de la FAP, aprobado por Decreto Supremo 017-2014-DE señala que la EDACI *“es la unidad orgánica dependiente del Comando de Operaciones, responsable de formar pilotos civiles y personal civil aeronáutico, en provecho del desarrollo de la aviación civil y aerodeportiva, y capacitarlos para conformar la reserva aérea de acuerdo con los intereses del país, así como cumplir con las operaciones aéreas que disponga la Superioridad”* y, por su parte, el artículo 119 de dicho reglamento enumera entre sus funciones el *“coordinar con la Dirección de Reserva y Movilización de la FAP sobre los requerimientos relacionados con la reserva aérea”*.

- (iii) De otro lado, el artículo 20 del Decreto Legislativo 1139, Ley de la FAP, señala que el personal de reserva está constituido por aquel que requiere la FAP, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia. Además, las funciones encargadas a la EDACI tendrían concordancia con la Ley 28101, Ley de Movilización Nacional.
 - (iv) Así, se puede colegir que la FAP, a través de la EDACI, permite cubrir las necesidades de reserva área nacional en función de los objetivos y las políticas de Seguridad y Defensa Nacional, a través de la formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico.
 - (v) Debido a lo anterior, la EDACI realizaría una función pública y no actividad empresarial, por lo que la denuncia interpuesta en su contra sería improcedente.
5. En la misma fecha, la FAP presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
- (i) El artículo 163 de la Constitución señala que *“el Estado garantiza la seguridad de la Nación”* y el artículo 168 que *“las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley”*.
 - (ii) Así, la EDACI no realizaría actividad empresarial ni directa ni indirecta, dado que su finalidad sería instruir a los pilotos que pasarían a ser parte de la reserva aérea y, de esta manera, contribuir con la defensa nacional, de conformidad con la Ley de Movilización Nacional, según la cual ésta no sólo sería competencia de la FAP sino también de las personas que conformarían la reserva aérea.
 - (iii) Existirían dos tipos de reserva área: (i) orgánica (el conjunto de militares formados por la FAP en situación de retiro, que se encontrarían en dicha situación hasta cinco (5) años después de haber pasado a retiro) y (ii) de apoyo (el personal civil formado por la FAP como pilotos civiles y aeronáuticos, quienes se encuentran en reserva durante cinco (5) años).
6. Mediante Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI del 22 de junio de 2016, la Comisión declaró, por voto en mayoría¹, improcedente la denuncia presentada contra la FAP y el MINDEF, por los siguientes argumentos:

¹ De acuerdo con el voto en discordia del señor José Tavera Colugna, miembro de la Comisión, debido a que el artículo 5 de la Ley de la Represión de la Competencia Desleal recoge el principio de primacía de la realidad y, adicionalmente, debido a que el artículo 118 del Reglamento de la Ley de la FAP señala expresamente que *“la Escuela de Aviación Civil es la unidad orgánica dependiente del Comando de Operaciones, responsable de formar pilotos civiles y personal*

- (i) El artículo 7 de la Ley de la FAP establecería que, a través de su Comandancia General, la FAP tiene como función organizar, entrenar y emplear a la reserva aérea. El artículo 20 de la misma ley establecería que el personal de la Reserva de la FAP está constituido por aquel que requiere dicha institución, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia.
 - (ii) De lo anterior se podría concluir que la reserva recogida en la Ley del Servicio Militar no podría obviar un aspecto relevante de la reserva aérea, esto es, que ésta tiene que incluir necesariamente a aquellos que han sido entrenados por la propia FAP. Esto significa que la clasificación recogida en el artículo 68 de la Ley del Servicio Militar es complementada por la Ley de la FAP, por lo que deben de analizarse en su conjunto.
 - (iii) Así, se podría concluir que dentro del ámbito de la reserva aérea se encuentran igualmente aquellos que pertenecen a la reserva disponible, es decir, todos los peruanos en edad militar (que no han realizado el servicio militar, dado que de ser este el caso serían parte de la reserva orgánica o de la reserva de apoyo) que pueden ser empleados para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional, pero que han sido entrenados por la propia FAP.
 - (iv) Conforme a lo anterior, la reserva aérea disponible de la FAP cuenta con personal que no ha realizado el servicio militar (es decir, civiles) pero que han sido formados en sus destrezas en aire por dicha institución.
 - (v) Por lo señalado, las actividades cuestionadas en el presente procedimiento constituirían el ejercicio de una potestad de *ius imperium* respecto de la formación de la reserva aérea disponible con que cuenta la nación y no una actividad empresarial del Estado.
7. El 18 de julio de 2016, las denunciantes apelaron la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI, basándose en los siguientes fundamentos:

civil aeronáutico, en provecho del desarrollo de la aviación civil y aerodeportiva", se puede concluir que la EDACI es una unidad de la FAP y del MINDEF orientada a prestar el servicio de formación de pilotos y personal civil aeronáutico en el mercado a cambio de una contraprestación.

Adicionalmente, debido a que las imputadas no cumplen con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución, en el sentido de que sus actividades empresariales se encuentren autorizadas por una ley expresa, dicho miembro de la Comisión estimó que correspondería declarar fundada la denuncia.

- (i) El artículo 5 del Decreto Legislativo 1044 recoge el principio de primacía de la realidad, a través del cual se autoriza a la autoridad administrativa a determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. Así, se pone de manifiesto el real corte empresarial de las actividades que desarrolla la EDACI, autorizadas por la DGAC.
 - (ii) La Comisión interpretó erróneamente la Ley del Servicio Militar al considerar que la actividad desarrollada por la EDACI es de *ius imperium*, estimando que la formación de la reserva disponible es parte de la defensa nacional, encomendada a las Fuerzas Armadas por mandato constitucional. Sin embargo, la definición de reserva disponible y el procedimiento para su llamamiento y movilización establecidos en los artículos 63 al 73 de la Ley del Servicio Militar, así como de los artículos 118 al 127 de su reglamento, difiere de dicho razonamiento.
 - (iii) La EDACI no forma ninguna reserva aérea en la realidad. Al respecto, el artículo 119 del Reglamento de la FAP señala como función específica de la EDACI “Desarrollar el proceso de enseñanza-aprendizaje integral y científica en la formación del piloto civil y personal aeronáutico, de acuerdo con las regulaciones aprobadas por la Dirección General de Aeronáutica Civil, con la finalidad de permitirles la obtención de las licencias y habilitaciones correspondientes”.
 - (iv) Por su parte, la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil, señala en su artículo 5 que la actividad aeronáutica civil está reservada al sector privado, lo que significa que ninguna entidad estatal puede desarrollar dicha actividad empresarial sino está autorizada por ley. Dado que la formación de pilotos civiles es una función específica de la EDACI, la misma debería regirse por la referida norma de aeronáutica civil.
 - (v) Además, el artículo 38 de la referida Ley de Aeronáutica Civil señala que incluso las naves de propiedad del Estado que realicen actividades aeronáuticas civiles son consideradas naves civiles. Por su parte, la quinta disposición transitoria y final de dicha norma habilitó a la empresa TANS a prestar el servicio de transporte aéreo de forma subsidiaria. En dicho supuesto sí se cumplió con el requisito de ley expresa del artículo 60 de la Constitución.
8. El 7 de noviembre 2016, el MINDEF absolvió el traslado de la apelación, alegando lo siguiente:

- (i) En los artículos 118 y 119 del Reglamento de la Ley de la FAP se define a la EDACI y se establecen sus funciones. Asimismo, el artículo 20 de la Ley de la FAP establece que el Personal de Reserva de la FAP está constituido por aquel que requiere dicha institución, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones.
 - (ii) La EDACI entrena pilotos civiles y personal civil aeronáutico como una Unidad Orgánica de la FAP para capacitarlos y conformar la Reserva Aérea Disponible de dicha institución armada.
 - (iii) La EDACI no tiene como finalidad lucrar con la formación de pilotos civiles sino, por el contrario, su objetivo es atraer a aquellos que tengan interés en formar parte de la Reserva Aérea brindándoles una formación para desempeñarse como pilotos civiles y personal civil aeronáutico, siendo ese el beneficio que se brinda a aquellos que busquen coadyuvar a la defensa nacional sin necesariamente ser parte de las Fuerzas Armadas.
9. El 16 de noviembre de 2016, la FAP absolvió el traslado de la apelación, sobre la base de los siguientes argumentos:
- (i) La Ley de Reserva y Movilización es la norma que ampara el trabajo diario de la EDACI. La tarea que cumple la EDACI es la formación de pilotos para la reserva aérea.
 - (ii) La función de la Fuerza Aérea sólo podrá ser cumplida si los órganos que la conforman cumplen con sus tareas, entre ellas la EDACI, con la formación de pilotos para la reserva aérea, hecho que ha quedado acreditado con la interpretación de la Comisión.
 - (iii) Todos somos parte de la reserva aérea, seamos o no pilotos, en nuestras capacidades podemos y debemos ofrecer un servicio a la patria cuando ésta lo necesita, es así que la EDACI forma a pilotos no sólo por un tema de especialidad, sino de espíritu patrio.
 - (iv) La DGAC los evaluó y aprobó como escuela de formación de pilotos, autorizando a su escuela y a sus aviones de formación. Las denunciantes han reconocido que el máximo órgano que rige la aviación civil es la DGAC, por lo que no podrían cuestionar las motivaciones de dicha institución en el presente procedimiento.
10. Asimismo, en dicho escrito, la FAP solicitó a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) que se le conceda el uso de la palabra.

11. El 28 de febrero de 2017 tuvo lugar la audiencia de informe oral solicitada por el MINDEF, con la participación de los representantes de la FAP y del MINDEF.
12. El 28 de febrero de 2017, la ESPAC presentó un escrito solicitando que se la tenga por desistida de la denuncia y del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI.
13. El 7 de marzo de 2017, las denunciantes presentaron un escrito solicitando que se revoque la decisión de la primera instancia y que, reformándola se declare fundada su denuncia. Asimismo, reiteraron los argumentos esgrimidos durante la tramitación del presente procedimiento y adjuntaron, en calidad de anexos: (i) los Apéndices A y B de la RAP 141, en los que se señalarían los requisitos y cursos que debe contener todo programa de piloto comercial y privado a dictarse en cualquier centro de instrucción de Pilotos y que deben ser debidamente aprobados por la DGAC; (ii) el Oficio 1207-2016-MTC/04.02, elaborado por el Director de Certificaciones y Autorizaciones de la DGAC y en el que se informa que entre los años 2011 y 2016 ciento cincuenta y un (151) alumnos concluyeron el curso de piloto comercial y privado dictado por la EDACI; (iii) el directorio de centros de instrucción a julio de 2016, en el que se consignan las 12 escuelas que dictarían el curso de piloto privado y comercial; y (iv) un folleto o tríptico impreso que la EDACI repartiría y con el que promocionaría e invitaría a la ciudadanía a seguir el curso de instrucción de piloto privado y comercial, a fin de poder trabajar en líneas aéreas comerciales.
14. El 7 de marzo de 2017, la FAP presentó un escrito solicitando que se confirme el pronunciamiento de la primera instancia, que declaró improcedente la denuncia. Asimismo, reiteró que la EDACI cumple con una función constitucional de formación de la reserva aérea nacional y señaló que, conforme al artículo 263 de la Constitución, una de las tareas fundamentales del Estado consiste en garantizar la seguridad de la Nación, a través de un sistema de Defensa Nacional.
15. Por último, en dicho escrito, la FAP señaló que, de la Constitución, la Ley de Reserva Nacional y la Ley de la FAP, se desprendería que la EDACI entrena pilotos civiles y personal civil aeronáutico como una unidad orgánica de la FAP, con la finalidad de capacitarlos para que formen parte de su reserva aérea disponible. En ese sentido, su labor se enmarcaría dentro de lo establecido por el artículo 72 del Reglamento de Organización y Funciones del MINDEF y por el artículo 7 de la Ley de la FAP.
16. El 16 de marzo de 2017, la FAP y el MINDEF presentaron la información referida al monto de los ingresos brutos, expresados en Soles, percibidos por

la EDACI durante el año fiscal 2016, en respuesta al requerimiento cursado por la Secretaría Técnica de la Sala a través del Oficio 0016-2017/SDC.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

17. Luego de analizar los argumentos expuestos en la apelación, y revisar los actuados del caso, la Sala considera que a fin de resolver el presente caso es necesario:

- (i) Determinar si corresponde confirmar la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por las denunciantes en contra de la FAP y el MINDEF.
- (ii) De ser el caso, analizar si la FAP y el MINDEF cometieron actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
- (iii) De ser el caso, determinar la sanción a ser impuesta y establecer las medidas correctivas pertinentes.
- (iv) De ser el caso, evaluar la pertinencia de ordenar el pago de las costas y costos en los que incurran las denunciantes durante la tramitación del presente procedimiento.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre los actos de competencia desleal por infracción al principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado

III.1.1 Marco Teórico

18. De manera previa al desarrollo de la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, esta Sala considera pertinente desarrollar el marco teórico del principio de subsidiariedad, a efectos de explicar el grado de intervención del Estado en la economía del país.

a) Principio de subsidiariedad y su expresión en materia económica

19. El principio de subsidiariedad está reconocido en el artículo 60 de la Constitución², el cual señala que "(...) sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o

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.

indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”.

20. De acuerdo a lo señalado en el texto constitucional, la intervención económica del Estado es excepcional, debido a que se limita su capacidad de intervenir en el mercado como agente económico, esto es, proveedor de bienes y servicios.
21. La limitación señalada tiene como respaldo el modelo de Economía Social de Mercado recogido por la Constitución³, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades fundamentales de los individuos (tales como, la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras)⁴, reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos a través de los mercados (y en particular, del sistema de precios), conservando el Estado sólo una función residual o subsidiaria⁵. De esta forma, la iniciativa privada ejerce un rol protagónico en el mercado, mientras que al Estado se le asigna principalmente promover esta iniciativa.
22. La exigencia constitucional de rol subsidiario del Estado es también un límite que evita se sobredimensione y destine recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente.
23. Otra razón típicamente aceptada que justifica el principio de subsidiariedad de la actividad económica del Estado es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades económicas brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas.
24. En efecto, la administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

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

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

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

⁵ 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.”*

instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales⁶ y suelen tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad⁷. De hecho, es común que algunos servicios públicos se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado.

25. De esta manera, una gestión ineficiente, que no busca reducir costos por incrementar sus rentas y motivada por decisiones políticas, puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecte 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”*⁸.
26. Si bien es cierto, en la mayoría de casos la actividad económica que realiza el Estado como proveedor de bienes o servicios no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que

⁶ 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.

Por su parte, Hauriou también refiere que la empresa estatal favorece el uso del denominado *spoilsystem* o “sistema de los despojos”, nombre con el cual se denomina aquel escenario en que el partido ganador de las elecciones, al asumir el gobierno, ocupa gran parte de los cargos directivos de las entidades estatales o empresariales del Estado.

HAURIOU, André. *“Derecho Constitucional e instituciones políticas”*. Editorial Ariel. Barcelona. 1980. Pg. 539.

⁷ 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.

⁸ Traducción libre del siguiente texto: *“The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement.”*

FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. *“Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomic aspects”*. International Monetary Fund. Washington. 1986. Pg. 144.

el modelo de intervención subsidiaria acepta que la actividad empresarial del Estado se encuentre excepcionalmente justificada⁹. En efecto, las actividades económicas subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas, en tanto tengan como objeto satisfacer la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público.

27. Una razón adicional que sustenta que la actividad económica estatal sea subsidiaria es que, por lo general -como lo señalan distintos autores- la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia. Así, cuando el Estado concurre con privados en el mercado, su permanencia suele depender de un esquema que le permite actuar en situación de ventaja artificial sobre sus competidores, dado que puede entre otros: (i) acceder a privilegios de financiación con respaldo de los fondos públicos (subsidios), (ii) ofrecer precios por debajo de determinados niveles de costos, (iii) percibir ampliaciones de capital para soportar los déficits que su gestión genera, (iv) no incurrir en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otros casos, pueden recibir privilegios jurídicos respecto de los particulares¹⁰.

b) Metodología de aplicación

28. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala¹¹, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos 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 mercado¹².

⁹ 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.

¹⁰ 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 14 de octubre de 2015).

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033 - LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL 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. (...)

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

29. Uno de los actos de competencia desleal contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es el de violación de normas, el cual cuenta con un supuesto particular recogido en el artículo 14.3, que señala lo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“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”.

30. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad económica desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución.
31. Por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010¹³, la Sala desarrolló la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual 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 empresarial. En caso contrario, 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.
32. Siguiendo con la metodología de análisis previamente mencionada, en el supuesto que la actividad estatal desarrollada tiene por efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado, ofreciendo bienes o servicios a cambio de una contraprestación económica, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecúe a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

Artículo 24.- Las autoridades.-

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada.

(...)

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión (...).

Artículo 55.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado (...).

¹³ 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.

- (i) El primero, de tipo formal, exige que la realización de **la actividad empresarial estatal esté autorizada por ley expresa** aprobada por el Congreso de la República. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la misma;
 - (ii) el segundo requisito es de fondo e implica **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación del Estado como agente económico en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de oferta privada para atender dicha demanda; y,
 - (iii) el tercer elemento consiste en constatar si el objetivo que la actividad económica pretende satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**¹⁴.
33. Cabe resaltar que, según lo dispuesto por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para que se configure el supuesto de violación de normas no es necesario que se acredite la obtención de una ventaja competitiva significativa, bastando que la actividad empresarial estatal vulnere el artículo 60 de la Constitución.
34. En línea con lo anterior, la intervención empresarial del Estado será lícita sólo en caso que supere cada uno de los tres requisitos mencionados. De lo contrario, nos encontraremos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución, conforme lo establece el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
35. Atendiendo a que las partes han discutido si la EDACI realiza actividad empresarial o si, por el contrario, se trata de una actividad propia del *ius imperium* de la FAP, conviene precisar dicho punto a fin de evaluar si la misma se encuentra dentro de los límites de subsidiariedad establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
- c) La actividad empresarial del Estado

¹⁴ 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, sólo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

36. El Estado puede intervenir en los mercados cumpliendo diversos roles. Así, puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso al mercado, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir.
37. Sin embargo, el Estado también puede intervenir en los mercados desarrollando actividades económicas, es decir, como un ofertante de bienes y servicios¹⁵.
38. Este segundo caso es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, proveer a la población de algún producto o servicio determinado.
39. 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 una potestad de *ius imperium* ni califique como una prestación asistencial.
40. Es importante señalar que la actividad económica que desarrolle el Estado es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio¹⁶. En efecto, el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, pues, en cumplimiento de diversos fines no lucrativos, tales como religiosos o caritativos, organizaciones como asociaciones o fundaciones pueden organizarse y proveer bienes o servicios en el mercado.

¹⁵ RESOLUCIÓN JEFATURAL 024-2010-INEI-ADOPTAN LA CLASIFICACIÓN INDUSTRIAL INTERNACIONAL UNIFORME DE TODAS LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS (CIU REVISIÓN 4) EN LA ELABORACIÓN DE ESTADÍSTICAS OFICIALES

Actividad económica

La actividad económica está directamente ligada a la noción de producción: no hay producción sin actividad. Producir es crear bienes o suministrar servicios, utilizando otros bienes y servicios, dentro de un proceso de producción que requiere factores (materias primas, trabajo y capital fijo, entre otros). (...).

Empresa

Se entiende por empresa una entidad institucional en su calidad de productora de bienes y servicios. (...).

¹⁶ En esa misma línea, cabe mencionar que La Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, también asume una definición de actividad empresarial amplia, que no exige que el agente que preste bienes o servicios procure una finalidad de lucro ni que tenga una estructura societaria "de tipo empresarial" determinada:

"Artículo 1.- Glosario

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

f) Actividad Empresarial.- Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios."

41. A modo de ejemplo, en la Resolución 1382-2007/TDC-INDECOPI del 6 de agosto de 2007, la Sala señaló que el hecho que la Asociación Católica Educativa “Hogar de Cristo” cumpliera un rol humanitario sin ánimo de lucro no constituía un obstáculo para que se le aplique la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
42. En la misma línea, la Ley de Represión de la Competencia Desleal expresamente señala en la definición de su ámbito subjetivo que sus disposiciones son aplicables a todo tipo de **entidades privadas o públicas** que desarrollen actividades económicas, **con o sin fines de lucro**, tal como se detalla a continuación:

DECRETO LEGISLATIVO 1044-LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

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

(Énfasis agregado)

43. También, en esta materia, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi ha sostenido que:

“La actividad empresarial del Estado puede desarrollarse a través de alguna forma jurídica reconocida por la Ley General de Sociedades, es decir, mediante sociedades formalmente constituidas, o sino, directamente a través de entidades del sector público que realizan actividades comerciales a través de organismos que forman parte de la administración pública y que venden productos o servicios”¹⁷.

44. En este punto, se desprende que **lo relevante en el análisis de la conducta denunciada no es la forma jurídica de la entidad, sino la actividad realizada en un mercado, cualquiera que ésta sea.**
45. También es preciso señalar que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios, debido a que no es privativa de las empresas públicas, pues incluso una entidad de la Administración Pública puede desempeñar actividades empresariales. Resulta suficiente **corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien o servicio que satisface necesidades de los consumidores.**

¹⁷ GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Banco de la Nación S.A.* Informe No. 045-2002/GEE, del 17 de junio de 2002. P. 7.

46. Esta idea es recogida por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual precisa que son dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica: (i) las empresas estatales; y, (ii) las entidades públicas que desarrollan actividad empresarial, es decir, que concurren en el mercado ofreciendo bienes o servicios.
47. Así, dentro del rubro de empresas públicas o estatales, se encuentran todas aquellas entidades bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – Fonafe que desarrollen su actividad bajo alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1031 - Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado¹⁸.
48. Como ha sido indicado, la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada “actividad estatal de autoridad pública”, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas.
49. Sobre el particular, García Trevijano define como una atribución soberana o prerrogativa de autoridad pública a “*aquella que se desarrolla en la consecución de los fines esenciales [del Estado], en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normativa jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así toda actividad legislativa, judicial, y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, etc*”¹⁹.
50. **La actividad de *ius imperium*, que por esencia es de titularidad reservada del Estado**, tiene entre sus típicas manifestaciones las siguientes: la función legislativa (expedición de normas con rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el

¹⁸ DECRETO LEGISLATIVO 1031 - LEY QUE PROMUEVE LA EFICIENCIA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

Artículo 4.- Formas en que se desarrolla la Actividad Empresarial del Estado

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes formas:

4.1 Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.

El accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye Actividad Empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas.

¹⁹ TREVIJANO GARCÍA, J. A. “*Tratado de derecho administrativo*”. Editorial RDP. Madrid. 1971. Págs. 20 y ss.

otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos²⁰. Ello, toda vez que el Estado desempeña las funciones propias del concepto clásico de soberanía.

51. De otro lado, también debe descartarse de la calificación de empresarial a aquel grupo de prestaciones brindadas por el Estado que son denominadas por la doctrina como “asistenciales o sociales”.
52. La actividad de corte asistencial comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social²¹.
53. Con relación a ello, la doctrina sostiene que “(...) en el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales.” (énfasis añadido)²².
54. Además, en diversas resoluciones, la Sala ha señalado que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible²³.
55. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comparte este parecer, pues al delimitar la definición de actividad empresarial, ha sostenido que las prestaciones asistenciales no califican como empresariales, en la medida que, a través de ellas, el Estado cumple compromisos sociales, esto es, funciones que constituyen expresión del Estado Social de Derecho que inspira a la organización política.²⁴

²⁰ En esa línea de razonamiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia del 19 de enero de 1994 (Asunto *Eurocontrol*), calificó que la actividad estatal consistente en el control de la navegación aérea no calificaba como actividad económica, puesto que se encontraba relacionada con la potestad soberana de ordenación del espacio aéreo con la finalidad de aseguramiento de la defensa nacional.

²¹ Cfr.: GARRIDO FALLA, Fernando. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 347-376.

²² Ver: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CÁRDICH. “*Derecho Constitucional Económico*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 239.

²³ Ver: Resolución 0391-2007/TDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2007, correspondiente al procedimiento seguido por la señora Gladys Mercedes Simeón Vilca contra la Universidad Nacional Federico Villarreal; y, Resolución 1668-2008/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por tipo Huk Vida Asociación Civil contra la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.

²⁴ Ver Sentencia del 17 de febrero de 1993, correspondiente al Asunto *Poucet y Pistre*.

56. Al respecto, entre estas prestaciones obligatorias tenemos a aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social²⁵.
57. El hecho que el aparato estatal se encuentre en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución.
58. En efecto, si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón de que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría evitando cumplir una obligación prevista por disposición constitucional.
59. Conforme a lo expuesto, si la actividad desarrollada por el Estado responde al ejercicio de funciones de *ius imperium* o a la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales, esta no podrá ser considerada como actividad empresarial.
60. Por consiguiente, teniendo en consideración lo expuesto, corresponde a la Sala determinar si la actividad realizada por la FAP a través de la EDACI califica como una actividad de *ius imperium*, asistencial o empresarial.

III.2. Aplicación al caso en concreto

Actividad de *ius imperium*

²⁵ El Título I, Capítulo II de la Constitución Política del Perú, se denomina “*De los Derechos Sociales y Económicos*”. Los principales dispositivos que demuestran la existencia de una obligación ineludible a cargo del Estado en los sectores salud, educativo y de seguridad social son los dos siguientes:

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

(...)

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

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

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

61. A través de la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI del 22 de junio de 2016, la Comisión declaró improcedente la denuncia interpuesta por las denunciantes en contra de la FAP y del MINDEF por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por la presunta infracción del artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
62. A criterio de la Comisión, las actividades cuestionadas en el presente procedimiento, esto es, la formación de pilotos civiles y de personal civil aeronáutico por parte de la EDACI, constituirían el ejercicio de una potestad de *ius imperium* respecto de la formación de la reserva aérea disponible con que cuenta la nación y no actividad empresarial del Estado.
63. La primera instancia citó el artículo 7 de la Ley de la FAP que establece que, a través de su Comandancia General, la FAP tiene como función organizar, entrenar y emplear la reserva aérea.
64. Adicionalmente, trajo a colación el artículo 20 de esta misma ley, que establece que el personal de la reserva de la FAP está constituido por aquel que requiere dicha institución, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia.
65. En ese sentido, de la lectura conjunta de dichas normas, la Comisión concluyó que quienes conforman la Reserva Disponible referida en la Ley del Servicio Militar debía incluir necesariamente a aquellos que han sido entrenados por la propia FAP, función que, de conformidad con el artículo 118 del Reglamento de la Ley de la FAP²⁶, sería cumplida por la EDACI. Por ende, la primera instancia estimó que la actividad realizada por la FAP (a través de la EDACI) es propia del *ius imperium* de la institución militar.
66. En su apelación, las denunciantes invocaron la aplicación del principio de primacía de la realidad, contemplado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1044, señalando que se debía poner de manifiesto el real corte empresarial de las actividades que desarrolla la EDACI, las cuales son autorizadas por la DGAC.
67. Asimismo, han alegado que la interpretación efectuada por la Comisión estaría totalmente divorciada de la definición de reserva disponible y del procedimiento para su llamamiento y movilización establecidos en los artículos 63 al 73 de la

²⁶

DECRETO SUPREMO 017-2014-DE – REGLAMENTO DE LA LEY DE LA FAP

Artículo 118.- Escuela de Aviación Civil

La Escuela de Aviación Civil es la unidad orgánica dependiente del Comando de Operaciones, responsable de formar pilotos civiles y personal civil aeronáutico, en provecho del desarrollo de la aviación civil y aerodeportiva, y capacitarlos para conformar la reserva aérea de acuerdo con los intereses del país, así como cumplir con las operaciones aéreas que disponga la Superioridad.

Ley del Servicio Militar, así como de los artículos 118 al 127 de su reglamento.

68. A fin de dilucidar dicha controversia, esta Sala estima conveniente referirse a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 29248, Ley del Servicio Militar, la cual clasifica a la Reserva de la siguiente manera:

(a) **Reserva Orgánica.** - Es la que requiere cada Institución de las Fuerzas Armadas para completar, mantener o incrementar su organización.

Se considera en esta situación a todo el personal militar en situación de disponibilidad o retiro, licenciados de las modalidades Acuartelado y No Acuartelado; y personal civil que labora en las Instituciones Armadas quienes desempeñarán puestos de su especialidad.

(b) **Reserva de Apoyo.** - Se considera como tal al personal de licenciados en la modalidad de Comités de Autodefensa y al personal que, por su actividad o capacitación afín a las necesidades de cada Institución de las Fuerzas Armadas, estén en condiciones de servir para fines de movilización militar.

(c) **Reserva Disponible.** - Es la integrada por todos los peruanos en edad militar, no considerados en los literales a) y b), que pueden ser empleados para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional²⁷.

69. Como puede observarse, la Reserva Disponible incluye a **todos** los peruanos en edad militar que puedan ser empleados para **cualquier otra actividad** que requiera la Defensa Nacional y que no forman parte ni de la Reserva Orgánica ni de la Reserva de Apoyo.

70. Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 20 del Decreto Legislativo 1139, Ley de la Fuerza Aérea del Perú, señala que el Personal de la Reserva está

²⁷

LEY 29248 – LEY DEL SERVICIO MILITAR

Artículo 68.- De la organización y reglamentación de la Reserva

Cada Institución de las Fuerzas Armadas organiza y reglamenta el servicio de su Reserva, de acuerdo con sus necesidades.

La Reserva se clasifica de la siguiente manera:

a. Reserva Orgánica.- Es la que requiere cada Institución de las Fuerzas Armadas para completar, mantener o incrementar su organización. Se considera en esta situación a todo el personal militar en situación de disponibilidad o retiro, licenciados de las modalidades Acuartelado y No Acuartelado; y personal civil que labora en las Instituciones Armadas quienes desempeñarán puestos de su especialidad.

b. Reserva de Apoyo.- Se considera como tal al personal de licenciados en la modalidad de Comités de Autodefensa y al personal que, por su actividad o capacitación afín a las necesidades de cada Institución de las Fuerzas Armadas, estén en condiciones de servir para fines de movilización militar.

c. Reserva Disponible.- Es la integrada por todos los peruanos en edad militar, no considerados en los literales a) y b), que pueden ser empleados para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional.

La persona discapacitada que se encuentra apta para realizar funciones administrativas o de asesoría en las instituciones armadas pertenece a la Reserva de Apoyo.

constituido por aquel que requiere la FAP, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia²⁸.

71. Como puede apreciarse, ninguna de las mencionadas normas determina que la Reserva Disponible de la FAP tenga que incluir necesariamente a quienes han sido entrenados por dicha institución.
72. Por el contrario, de la definición de Reserva Disponible contenida en la Ley del Servicio Militar, se desprende que, más bien, la misma está integrada justamente por todos aquellos peruanos en edad militar pero que no han recibido formación militar alguna ni han formado parte de las instituciones armadas.
73. Así, la interpretación esbozada por la Comisión vacía de contenido la definición señalada en la Ley del Servicio Militar, pues justamente la Reserva Disponible (a diferencia de la Reserva Orgánica y la de Apoyo) solo está conformada por peruanos en edad militar que no tengan formación militar y que la FAP emplea (en los términos de la Ley de la FAP) para desempeñar actividades distintas de las que son propias de las Fuerzas Armadas, dependiendo de lo que requiera la Defensa Nacional.
74. A modo de ejemplo, la FAP podría emplear a un peruano en edad militar (sin formación militar alguna), licenciado en ingeniería civil, a fin de construir infraestructura militar por cuestiones de seguridad y defensa nacional. Tal persona forma parte de la Reserva Disponible y no requiere de instrucción militar pues es empleado por la FAP *"para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional"*.
75. A diferencia de la Reserva Disponible, la Reserva Orgánica y la de Apoyo están conformadas por personas que sí han tenido formación militar, bien porque han sido parte de la FAP (personal en retiro o en situación de disponible) o han recibido una formación que les permitiría participar en una movilización militar.

²⁸

DECRETO LEGISLATIVO 1139 – LEY DE LA FUERZA AÉREA DEL PERÚ

Artículo 20.- Reserva Aérea

1) El Personal de la Reserva está constituido por aquel que requiere la Fuerza Aérea del Perú, al cual organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia.

2) Conforman los bienes y servicios de la Reserva, aquellos que requiere la Fuerza Aérea del Perú, para el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia.

Reserva Orgánica	Reserva de Apoyo	Reserva Disponible
<p>(a) El personal militar (disponible o en situación de retiro);</p> <p>(b) Licenciados Acuartelados y Licenciados no Acuartelados; y</p> <p>(c) Personal civil que labora en las Instituciones Armadas.</p>	<p>(a) Licenciados (el personal dado de baja por tiempo cumplido en el Servicio Militar en el Activo)²⁹;</p> <p>(b) Los Oficiales en situación militar de retiro³⁰; y</p> <p>(c) Los Supervisores, Técnicos y Suboficiales u Oficiales de Mar en situación militar de retiro³¹.</p>	<p>Todos los peruanos en edad militar que no formen parte de la Reserva Orgánica ni de la Reserva de Apoyo.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Personas que forman parte de la FAP 	<ul style="list-style-type: none"> • Personas que formaron parte de la FAP o recibieron instrucción militar (Servicio Militar) 	<ul style="list-style-type: none"> • No forman ni formaron parte de la FAP • No tienen instrucción militar (Servicio Militar)

76. Por tanto, una interpretación concordada entre la Ley del Servicio Militar y la

²⁹ **LEY 29248 – LEY DEL SERVICIO MILITAR**

Artículo 59.- De los Licenciados

El personal dado de baja por tiempo cumplido en el Servicio Militar en el Activo se denomina licenciado. Su grado es el obtenido durante su permanencia en el Activo.

³⁰ **LEY 28359 - LEY DE SITUACIÓN MILITAR DE LOS OFICIALES DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Artículo 60.- Condición de Reserva

La condición de reserva del Oficial en situación de retiro constituye la posibilidad de ser reincorporado al servicio, para el cumplimiento de determinado empleo y por períodos delimitados, en atención a las causales previstas en el Reglamento de la presente Ley.

El Oficial en situación de retiro, permanece en la condición de reserva hasta por un máximo de cinco (5) años, después de excedido el límite de edad correspondiente a su grado. Cuando es reincorporado, goza de las mismas prerrogativas del Oficial en situación de actividad, de acuerdo al grado que ostenta, con excepción de las remuneraciones, beneficios, derecho al ascenso, y sin perjuicio de sus derechos pensionarios.

³¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1144 - QUE REGULA LA SITUACIÓN MILITAR DE LOS SUPERVISORES, TÉCNICOS Y SUBOFICIALES U OFICIALES DE MAR DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Artículo 59.- Condición de Reserva

El personal de Supervisores, Técnicos y Suboficiales u Oficiales de Mar en situación militar de retiro, se encuentra en condición de reserva, por lo cual está en posibilidad de ser reincorporado al servicio, para el cumplimiento de determinado empleo y por períodos delimitados, en atención a las causales previstas en el reglamento del presente Decreto Legislativo.

El personal de Supervisores, Técnicos y Suboficiales u Oficiales de Mar en situación de retiro, permanece en la condición de reserva hasta por un máximo de cinco (05) años, después de excedido el límite de edad correspondiente a su grado. Cuando es reincorporado, goza de las mismas prerrogativas del personal en situación de actividad, de acuerdo al grado que ostenta, con excepción de las remuneraciones, beneficios, derecho al ascenso y sin perjuicio de sus derechos pensionarios.

Ley de la FAP permite concluir que la capacitación y entrenamiento de la Reserva Aérea Disponible no requieren ser realizadas por la EDACI.

77. Lo anterior, ya que, de acuerdo al marco legal, corresponde que las personas que conforman la Reserva Aérea Disponible sean empleadas por la FAP “*para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional*”, no requiriendo una formación militar para ello.
78. En consecuencia, corresponde desestimar el argumento referido a que, al brindar servicios de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico, la EDACI realiza actividades propias del *ius imperium* de la FAP.
79. Se debe precisar que lo anterior no implica que en ningún supuesto la EDACI pueda contribuir o participar de la instrucción de las Reservas Aéreas. Lo que esta Sala descarta es que las actividades de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico realizadas por dicha escuela constituyan el ejercicio de una función de *ius imperium*.

Actividad asistencial

80. Como ha sido indicado, la actividad de corte asistencial comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, **su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal y continuo a determinados derechos fundamentales de corte social**³². Entre estas prestaciones obligatorias están aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución que consisten en la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social.
81. En el presente caso, la EDACI brinda servicios de instrucción para pilotos civiles y personal técnico aeronáutico.
82. Al respecto, se observa que la prestación de tales servicios no está prevista entre las prestaciones obligatorias y esenciales previstas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, las cuales el Estado debe necesariamente proveer a la población más necesitada. En efecto, este servicio no está dirigido a asistir a los sectores de menos recursos en salud, educación o seguridad social.
83. Si bien las denunciadas han alegado que, a través de la EDACI, se posibilitaría que jóvenes de bajos recursos sean formados como pilotos civiles o como

³² QUIÑONES ALAYZA, María. “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos”. En: Revista de Derecho Administrativo 10. Tomo II. Círculo de Derecho Administrativo. Lima. 2011. P. 68.

personal civil aeronáutico, en ningún momento han indicado que su actuación esté dirigida a atender a la población de bajos recursos a fin de garantizar su acceso a una **prestación esencial**; elemento que resulta indispensable para que una actividad califique como asistencial, sino a formar a las personas que conforman la Reserva Aérea (independientemente de su situación económica).

84. Por lo expuesto, la Sala concluye que los servicios de instrucción para pilotos civiles y personal técnico aeronáutico ofrecidos por la FAP a través de la EDACI no califican como una actividad asistencial.

Actividad empresarial

85. La actividad empresarial que desarrolla el Estado tiene lugar cuando éste interviene como un agente económico en el mercado, esto es, como un ofertante de bienes y servicios para la población.
86. En su escrito de absolución de la apelación, el MINDEF ha alegado que la EDACI no tendría como finalidad lucrar con la formación de pilotos civiles sino, por el contrario, su objetivo consistiría en atraer a aquellos que tengan interés en formar parte de la reserva aérea brindándoles una formación para desempeñarse como pilotos civiles y personal civil aeronáutico, siendo ese el beneficio que se brinda a aquellos que busquen coadyuvar a la defensa nacional sin necesariamente ser parte de las Fuerzas Armadas.
87. Sin embargo, por las razones expuestas en la presente resolución (ver *supra* numerales 36 al 60), a fin de determinar si la actividad del Estado califica como empresarial, resulta irrelevante la presencia del ánimo lucrativo y la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio.
88. En el presente caso, la EDACI no es una “empresa pública”, ni tiene fines de lucro, no obstante, **lo que importa es que efectivamente concurre en el mercado de servicios de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico**. De esta manera, se debe desestimar dicho argumento, por lo que, a continuación, corresponde establecer si la EDACI concurre efectivamente en el mercado.
89. Así, de los actuados en el expediente se puede observar la información que ha sido remitida por las denunciadas en respuesta a los requerimientos de la Secretaría Técnica de la Comisión, que da cuenta de las actividades empresariales realizadas por la EDACI:

- (i) Estadísticas referentes a los cursos dictados por la EDACI entre los años 2006 y 2015³³;
 - (ii) Los reportes de ingresos de la EDACI por derechos de matrícula y servicios académicos de los años 2009 a 2015³⁴;
 - (iii) Los estados financieros remitidos por la EDACI a la DGAC de los años 2008 a 2015³⁵.
90. De igual manera, se puede observar que la EDACI realiza actividad publicitaria de los servicios que presta de manera activa, a través de las redes sociales³⁶.
91. Adicionalmente, de la revisión de los artículos 118 y 119 del Reglamento de la FAP, aprobado por el Decreto Supremo 017-2014-DE, se puede notar que la EDACI es una Unidad Orgánica de la FAP que tiene entre sus funciones específicas *“desarrollar el proceso de enseñanza-aprendizaje integral y científica en la formación del piloto civil y personal aeronáutico, de acuerdo con las regulaciones aprobadas por la Dirección General de Aeronáutica Civil, con la finalidad de permitirles la obtención de las licencias y habilitaciones correspondientes.”* (el subrayado es nuestro).
92. Asimismo, en las Resoluciones Directorales 135-2006/MTC/12, 240-2010-MTC/12 y 443-2014-MTC/12 se autoriza a la EDACI a funcionar como Centro de Instrucción de Aeronáutica Civil -CIAC Tipo 3 (Escuela de Aviación).
93. Cabe agregar que, de la revisión del expediente se desprende que, a lo largo del procedimiento, las propias denunciadas han reconocido que ofrecen el servicio de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico, a cambio de lo cual perciben una contraprestación³⁷.
94. En ese sentido, por las razones expuestas, queda acreditado que la EDACI **sí realiza actividad empresarial al brindar en el mercado el servicio de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico, compitiendo efectivamente con otras empresas que realizan la misma actividad (como las denunciadas).**
95. Habiendo concluido que las actividades de formación de pilotos civiles y

³³ Ver foja 78 del Expediente.

³⁴ Ver foja 79 del Expediente. Asimismo, ver fojas 114 a 185 del Expediente.

³⁵ Ver fojas 187 a 249 del Expediente.

³⁶ Ver fojas 353, 354 y 355 del Expediente.

³⁷ Ver fojas 61, 70, 99, 394 y 395 del Expediente.

personal aeronáutico llevadas a cabo por la EDACI constituyen actividad empresarial del Estado; esta Sala considera que corresponde revocar la Resolución 0134-2016-CD1-INDECOPI, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por las denunciantes en contra de la FAP y del MINDEF y, reformándola, declarar procedente la referida denuncia.

96. Por otro lado, en el presente caso, de la revisión de la documentación que obra en el expediente, esta Sala considera que cuenta con suficiente información para pronunciarse respecto de la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, por parte de la FAP y del MINDEF y, de ser el caso, respecto de las pretensiones accesorias planteadas por las denunciantes.

III.3. La actividad empresarial del Estado debe estar habilitada por ley expresa

97. 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”.
98. De acuerdo a lo desarrollado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, la interpretación más adecuada del referido requisito es que la autorización de la actividad económica de las entidades estatales se encuentre sometida a la expedición de una ley aprobada por el Parlamento.
99. Dicha interpretación se encuentra respaldada con 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 de la República. 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 Legislativo³⁸.
100. 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 restrictivamente³⁹. En tal sentido, si se considera que la

³⁸ Asimismo, recientemente dicho razonamiento ha sido ratificado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 0001-2014-PI/TC.

³⁹ 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

participación empresarial del Estado es un escenario excepcional, entonces la lectura del requisito de “autorización por ley” para desarrollar la actividad económica debe entenderse restrictivamente como autorización por ley del Congreso de la República.

101. De la revisión del marco normativo vigente, este Colegiado verifica que ni la FAP ni el MINDEF cuentan con una ley aprobada por el Congreso de la República que los habilite a brindar el servicio de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico. Debido a lo anterior, esta Sala considera que la EDACI ha brindado dicho servicio sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
102. Si bien es cierto que el artículo 118 del Reglamento de la FAP establece que la EDACI es la unidad orgánica “*responsable de formar pilotos civiles y personal civil aeronáutico, en provecho del desarrollo de la aviación civil y aerodeportiva*”, dicha norma no es una ley aprobada por el Congreso de la República, sino un decreto supremo, por lo que no cumple con lo establecido por el artículo 60 de la Constitución.
103. En su apelación, la FAP alegó que la Ley de Movilización es la norma que ampara el trabajo diario de la EDACI, ya que la tarea que cumple dicha escuela es la de formación de pilotos para la reserva aérea.
104. Al respecto, de la revisión de la Ley 28101, Ley de Movilización Nacional⁴⁰, se puede observar que la misma tiene por objeto precisar los derechos y deberes del Estado, así como de las personas naturales y jurídicas, frente a situaciones de emergencia ocasionadas por conflictos o desastres. En ese sentido, la Ley de Movilización Nacional no autoriza las actividades de carácter empresarial que, conforme ha sido determinado, son realizadas por la EDACI. Por tanto, se debe desestimar el argumento de la FAP.
105. Por su parte, en su apelación, el MINDEF ha alegado que la DGAC evaluó a la EDACI y la autorizó como escuela de formación de pilotos. De acuerdo con lo señalado por el MINDEF, las denunciantes habrían reconocido que el máximo órgano que rige la aviación civil es la DGAC, por lo que en este procedimiento no se podría cuestionar las actuaciones de dicha institución en ese sentido.

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.

⁴⁰

LEY 28101 – LEY DE MOVILIZACIÓN NACIONAL

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto precisar los derechos, deberes del Estado, de las personas naturales y jurídicas frente a situaciones de emergencia ocasionadas por conflictos o desastres, que requiere de su participación, así como de la utilización de los recursos, bienes y servicios disponibles.

106. Sobre el particular, de conformidad con lo señalado en este pronunciamiento, el artículo 60 de la Constitución establece como requisito para el desarrollo de actividad empresarial la existencia de una ley aprobada por el Congreso de la República que autorice su realización. Sin embargo, las autorizaciones otorgadas por la DGAC no constituyen leyes aprobadas por el Congreso. En ese sentido, el hecho de que la DGAC hubiere autorizado a la EDACI para funcionar como escuela de pilotos no permite cumplir el requisito impuesto por la Constitución, por lo que corresponde desestimar el argumento del MINDEF.
107. En consecuencia, esta Sala concluye que ha quedado acreditado que, al brindar el servicio de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico a través de la EDACI, la FAP y el MINDEF han transgredido el artículo 60 de la Constitución y, por ende, han incurrido en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
108. Por tanto, corresponde declarar fundada la denuncia interpuesta por las denunciantes en contra de la FAP y el MINDEF por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución.

III.4. Sobre la graduación de la sanción

III.4.1 Marco normativo

109. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los criterios que podrá considerar para determinar la gravedad de la infracción atendiendo a las particularidades de cada caso en concreto, los cuales son: el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la conducta infractora; la modalidad y el alcance de la misma; la dimensión del mercado afectado; el efecto del acto de competencia desleal sobre los agentes que participan en el proceso competitivo; la duración en el tiempo del acto de competencia desleal; entre otros⁴¹.

⁴¹

DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

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

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

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

110. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 246.3 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-MINJUS (en adelante, el TUO de la Ley 27444)⁴². Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, salvaguardando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas y asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
111. En virtud de lo anterior, la autoridad administrativa actuará bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad en perjuicio de los administrados.
112. Como ha sido señalado en anteriores ocasiones, la sanción esperada depende principalmente de dos factores. El primero es el monto de la multa y, el segundo es la probabilidad de que la conducta infractora sea efectivamente detectada y sancionada. Su cálculo se obtendrá aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

113. Este criterio económico de graduación ha sido recogido en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que reconoce como los primeros factores de graduación de la sanción el beneficio ilícito resultante de la infracción y la probabilidad de detección.
114. Cabe precisar que al cálculo de la multa base realizado considerando el beneficio ilícito y la probabilidad de detección, se podrán agregar otros factores de graduación. Estos criterios son: la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal, la dimensión del mercado afectado, la duración en el tiempo del acto de competencia desleal, la cuota de mercado del infractor, y la reincidencia o reiteración en la comisión del acto.
115. Una vez calificada la infracción, la autoridad de competencia debe proceder a enmarcar el acto ilícito dentro de los parámetros estipulados en el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual establece la escala de sanciones aplicables⁴³, el cual detalla que, en los casos en que se impongan

⁴² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-MINJUS**
Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. (...)

⁴³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

sanciones pecuniarias, **las multas no deben superar el 10% de los ingresos brutos obtenidos por el infractor en todas sus actividades económicas en el ejercicio inmediato anterior al de la fecha en que se expide la resolución de la Comisión**, salvo que el sancionado no haya proporcionado información sobre sus ingresos en dicho ejercicio o sea reincidente⁴⁴.

III.4.2 La sanción aplicable al caso en concreto

116. En el presente caso, la infracción cometida por la FAP y el MINDEF consiste en desarrollar la actividad empresarial de servicios de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico a través de la EDACI, sin contar con una ley habilitante aprobada por el Congreso de la República. Por ende, su concurrencia en el mercado realizando dicha actividad por sí misma es ilícita.
117. En tal sentido, teniendo en cuenta anteriores pronunciamientos⁴⁵, la Sala estima que el beneficio ilícito asciende al 100% de los ingresos brutos obtenidos por la FAP y por el MINDEF por la prestación ilegal del servicio mencionado desde el inicio de su operación hasta la fecha de notificación de la resolución de imputación de cargos, esto es, del 25 de julio de 2006 al 22 de diciembre de 2015.
118. Al respecto, es importante tomar en cuenta que la conducta infractora fue tipificada recién con la entrada en vigencia de la Ley de Represión de la

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

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

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

44

DECRETO LEGISLATIVO 1044-LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

(...)

52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.

45

Ver: (i) Resolución 3174-2012/SDC-INDECOPI del 22 de noviembre de 2012, (ii) Resolución 3412-2012/SDC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2012 y (iii) Resolución 3639-2012/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2012

Competencia, el 27 de julio de 2008⁴⁶.

119. Por tanto, en el presente procedimiento, la conducta infractora solo podrá ser sancionada en el periodo comprendido entre el 27 de julio de 2008 y el 22 de diciembre de 2015. Tomando en cuenta dicho periodo temporal, el beneficio ilícito obtenido por la FAP y por el MINDEF es de **S/ 5'546,831.00** equivalente a **1369.59 UIT**.
120. Sobre el particular, es importante precisar que dichas entidades no han cumplido con presentar información sobre los ingresos de la EDACI correspondientes al periodo 2006-2008 ya que, según indicó la FAP en su escrito presentado con fecha 15 de enero de 2016, luego de la mudanza de las instalaciones de la EDACI ubicadas en Collique, la referida información se habría extraviado.
121. Por otro lado, siguiendo la línea fijada en los anteriores pronunciamientos, con la finalidad de establecer la probabilidad de detección, se considerará el alcance de la conducta infractora, para lo cual se utilizará el ámbito y duración de la misma. Así, también deberá evaluarse si para la autoridad administrativa el acto de competencia desleal era fácil de detectar o no.
122. En este caso, se aprecia lo siguiente: (i) la EDACI cuenta con un establecimiento abierto al público en la Base Aérea de Las Palmas; (ii) el período infractor es de siete (7) años y seis (6) meses; y, (iii) la EDACI cuenta con presencia en redes sociales, en las que publicita sus servicios⁴⁷.
123. Por estas consideraciones, se concluye que la probabilidad de detección equivale a 90%⁴⁸. De tal manera, aplicando la fórmula prevista en el marco teórico y normativo de esta resolución, se obtiene el siguiente resultado:

$$\frac{\text{S/ } 5'546\ 831.00}{90\%} (100\%) = \text{S/ } 6' 163\ 145.55 \text{ (1369.59 UIT)}$$

124. Una vez determinada la multa base resultante del beneficio ilícito y la probabilidad de detección, corresponde determinar si resulta aplicable el límite legal establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁴⁶ Al respecto, si bien el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de junio de 2008, de acuerdo con lo dispuesto por su Séptima Disposición Complementaria Final, la misma entró en vigencia 30 días después de dicha publicación.

⁴⁷ Ver fojas 353, 354 y 355 del Expediente.

⁴⁸ A manera de referencia, y en aplicación del principio de predictibilidad, en la Resolución 581-2015/SDC-INDECOPI se estimó una probabilidad de detección del 80% para una actividad empresarial cuya duración era de 3 años con 3 meses en un establecimiento abierto al público (Clínica Veterinaria) y cuya conducta fue detectada por el gremio de veterinarios y no la autoridad. El hecho de que en este caso la actividad de la EDACI tenga mayor difusión publicitaria y su duración fuera mayor genera que el porcentaje de probabilidad de detección sea mayor que el caso citado, sin llegar al 100% atendiendo a que, por la especialización de los servicios cuestión, no sea plenamente detectable.

125. De acuerdo con la información provista por las entidades denunciadas, en el año 2016 sus ingresos brutos obtenidos en todas sus actividades económicas en el ejercicio correspondiente al año 2016 ascienden a S/ 854 957.92 (ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y siete Soles y noventa y dos centavos). Por lo cual, la sanción a imponer no puede sobrepasar el 10% de tal monto, es decir **S/. 85 495.79 (ochenta y cinco mil cuatrocientos noventa y cinco Soles y setenta y nueve centavos)**.
126. Por tanto, de conformidad con lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde reducir la sanción a la FAP y al MINDEF a S/. 85 495.79 (ochenta y cinco mil cuatrocientos noventa y cinco Soles y setenta y nueve centavos) en atención al límite máximo contemplado en la norma citada.
127. En conclusión, corresponde imponer a la FAP y al MINDEF una multa solidaria ascendente a **veintiuno punto once (21.11) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)**.

III.5. Sobre la pertinencia de ordenar una medida correctiva

128. En su denuncia, las denunciantes solicitaron a la Comisión que ordene, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo de la prestación de servicios educativos de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico a través de la EDACI.
129. En el presente caso, se ha verificado que, a través de la EDACI, el MINDEF y la FAP brindan el servicio de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico, sin cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución.
130. A criterio de esta Sala, dicha conducta viene perjudicando a los agentes económicos que prestan servicios de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico, en la medida que produce una desviación de la demanda a favor de la EDACI.
131. Por tanto, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴⁹, corresponde ordenar a la FAP y al MINDEF, como

⁴⁹

DECRETO LEGISLATIVO 1044-LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55.- Medidas correctivas.-

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

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;

(...)

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

medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicios de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico a través de la EDACI, en tanto no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución.

132. De otro lado, en su escrito de denuncia las denunciantes solicitaron a la Comisión que ordene, en calidad de medida correctiva, la publicación de la resolución final condenatoria.

133. Sobre el particular, esta Sala considera que la medida correctiva ordenada garantiza por sí misma la suspensión de los efectos de la conducta infractora, por lo que no corresponde ordenar la publicación de la presente resolución final.

III.6. Sobre la solicitud de costas y costos del procedimiento

134. En su escrito de denuncia, las denunciantes solicitaron a la Comisión que ordene a las imputadas el pago de las costas y costos en los que incurrieran durante la tramitación del procedimiento.

135. Al respecto, de acuerdo con el artículo 413 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado a través de la Resolución Ministerial 010-93-JUS y aplicable supletoriamente al presente procedimiento, están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales⁵⁰.

136. Debido a que la FAP y el MINDEF forman parte del Poder Ejecutivo, corresponde declarar la improcedencia de la referida solicitud.

III.7. Sobre la solicitud de desistimiento de la Escuela Peruana de Aviación Civil

137. Con fecha 28 de febrero de 2017, la ESPAC presentó un escrito solicitando que se la tenga por desistida de la denuncia y del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI.

138. Al respecto, el numeral 5 del artículo 198 del TUO de la Ley 27444⁵¹ dispone

⁵⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.-
Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales.

⁵¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-MINJUS**
Artículo 198.- Desistimiento del procedimiento o de la pretensión

que el desistimiento de la pretensión se puede realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa. Por su parte, el numeral 3 de dicha norma precisa que el desistimiento de la pretensión sólo afectará a quienes lo hubieren formulado y, adicionalmente, su numeral 6 establece que la autoridad deberá aceptar de plano el desistimiento, así como declarar concluido el procedimiento.

139. En ese sentido, en atención a que el desistimiento de las pretensiones planteadas en su denuncia ha sido solicitado por la ESPAC antes de la notificación de la presente resolución final, corresponde aceptar el referido desistimiento y dar por concluido el procedimiento respecto de dicha empresa. Sin perjuicio de ello, el desistimiento planteado por la ESPAC no limita en modo alguno que este colegiado pueda emitir un pronunciamiento sobre la conducta imputada, atendiendo a que las otras denunciadas no se han desistido de su pretensión.
140. Por lo expuesto, carece de objeto pronunciarse sobre el pedido de desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI, solicitado por la ESPAC.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: aceptar la solicitud de desistimiento de Escuela Peruana de Aviación Civil S.A. respecto de las pretensiones planteadas en su denuncia de fecha 6 de noviembre de 2015 y, por tanto, dar por concluido el procedimiento únicamente respecto de dicha empresa. En ese sentido, carece de objeto pronunciarse sobre el pedido de desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI solicitado por Escuela Peruana de Aviación Civil S.A.

SEGUNDO: revocar la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI del 22 de junio de 2016, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela en contra de la Fuerza Aérea del Perú y el Ministerio de Defensa y, reformándola, declarar fundada la

198.1 El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.

198.2 El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.

198.3 El desistimiento sólo afectará a quienes lo hubieren formulado.

198.4 El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento.

198.5 El desistimiento se puede realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa.

198.6 La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

198.7 La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podrá estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento.

denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por la infracción del artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

TERCERO: sancionar a la Fuerza Aérea del Perú y al Ministerio de Defensa con una multa solidaria de veintiuno punto once (21.11) Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: ordenar a la Fuerza Aérea del Perú y al Ministerio de Defensa, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicios de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico a través de la Escuela de Aviación Civil del Perú, en tanto no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, de conformidad con lo señalado en la parte resolutive de la presente resolución.

QUINTO: declarar la improcedencia de la solicitud de Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela respecto del pago de las costas y costos en los que hayan incurrido durante la tramitación del presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales José Luis Bonifaz Fernández, Juan Luis Avendaño Valdez, Sergio Alejandro León Martínez, Julio Carlos Lozano Hernández y Silvia Lorena Hooker Ortega.

JOSÉ LUIS BONIFAZ FERNÁNDEZ
Presidente