

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución 0146-2022/SDC-  
INDECOPI

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

Victor Friederich Paladines Weiss

ASESOR:

Enrique Rosendo Bardales Mendoza

Lima, 2024

## Informe de Similitud

Yo, BARDALES MENDOZA, ENRIQUE ROSENDO, 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 0146-2022/SDC-INDECOPI", del autor(a) PALADINES WEISS, VICTOR FRIEDERICH, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 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, 10 de julio del 2024

<u>BARDALES MENDOZA, ENRIQUE ROSENDO</u>	
DNI: 08571041	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-6986-6350">https://orcid.org/0000-0002-6986-6350</a>	

## **RESUMEN**

El problema principal del caso se centra en determinar si la Municipalidad ha infringido el principio de subsidiariedad al llevar a cabo actividades empresariales sin cumplir con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución. En caso de confirmarse la infracción, se debe decidir la multa y/o medida correctiva correspondiente. Los problemas secundarios abordados incluyen el análisis del acto de competencia desleal por violación de normas en la modalidad de realización de actividad empresarial sin cumplir lo dispuesto en la Constitución, los criterios para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de los parámetros para graduar de sanción.

Los principales instrumentos normativos empleados en el análisis son el Artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que tipifica la violación de normas en la modalidad de actividad empresarial sin cumplir lo dispuesto en la Constitución, y los Artículos 52 y 53 que establecen los parámetros y criterios para la imposición de sanciones.

En cuanto a las conclusiones más relevantes, se destaca la necesidad de una mejor argumentación y motivación respecto al análisis de si efectivamente estamos ante una actividad empresarial del Estado habilitada por ley expresa. Así mismo, para determinar el monto de la sanción, proponemos una calificación directa de "Muy grave" considerado cada caso de actividad empresarial del Estado sin respetar la subsidiariedad, como tal. Esta propuesta busca garantizar la proporcionalidad y objetividad en el ejercicio de la potestad sancionadora, teniendo en cuenta el impacto tanto microeconómico como macroeconómico de las resoluciones en el mercado.

### **Palabras clave**

Actos de Competencia desleal; Violación de Normas; Actividad empresarial del Estado; Principio de subsidiariedad; Graduación de la sanción.

## **ABSTRACT**

*The main issue in this case is determining whether the Municipality has violated the principle of subsidiarity by engaging in business activities without adhering to Article 60 of the Constitution. If the violation is confirmed, the appropriate fine and/or corrective measure must be decided. Secondary issues addressed include the analysis of the act of unfair competition by breaching norms through conducting business activities without complying with the Constitution, the criteria for determining the severity of the violation, and the application of parameters for sanction gradation.*

*The primary legal instruments utilized in the analysis are Article 14.3 of Legislative Decree 1044, which typifies the breach of norms in the modality of business activities without adhering to the Constitution, and Articles 52 and 53, which establish the parameters and criteria for imposing sanctions.*

*Among the most relevant conclusions, the need for better argumentation and reasoning regarding whether we are indeed dealing with a state business activity authorized by express law is highlighted. Furthermore, to determine the sanction amount, we propose a direct classification of "Very Serious" for each case of state business activity that does not respect the subsidiarity principle. This proposal aims to ensure proportionality and objectivity in the exercise of sanctioning authority, considering both the microeconomic and macroeconomic impacts of resolutions on the market.*

### **Keywords**

*Acts of Unfair Competition; Violation of Norms; State Business Activity; Principle of Subsidiarity; Grading of the Sanction.*

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</b>	<b>4</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b>	<b>7</b>
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>11</b>
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO</b>	<b>12</b>
<b>IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios</b>	<b>12</b>
<b>IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución</b>	<b>20</b>
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>23</b>
<b>Análisis y posición del Problema Jurídico Principal</b>	<b>23</b>
<b>V.1. Primer Problema Jurídico Secundario</b>	<b>29</b>
<b>V.2. Segundo Problema Jurídico Secundario</b>	<b>34</b>
<b>V.3. Tercer Problema Jurídico Secundario</b>	<b>38</b>
<b>V.4. Cuarto Problema Jurídico Secundario</b>	<b>42</b>
<b>VI. CONCLUSIONES</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>49</b>

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<p><b>N° EXPEDIENTE</b></p>	<p>Expediente 003-2019/CCD-INDECOPI-AQP / Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI</p>
<p>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</p>	<p>Derecho Administrativo Económico (Rol prestacional del Estado, Clasificación de la actividad prestacional específica) / Derecho Mercantil (Competencia Desleal, Protección al Consumidor) / Derecho Constitucional (Capítulo económico, Actividad Económica del Estado) / Análisis Económico del Derecho (Asignación de Recursos, Límites del Estado)</p>
<p>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</p>	<p>- La resolución final que es confirmada en parte: 594-2021/INDECOPI-AQP</p> <p>- La presente resolución: 0146-2022/SDC-INDECOPI.</p>
<p>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</p>	<p>Instituto Nacional De Defensa De La Competencia Y De La Protección De La Propiedad Intelectual</p>
<p>DEMANDADO/DENUNCIADO</p>	<p>Municipalidad Provincial Mariscal Nieto</p>
<p>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</p>	<p>Tribunal De Defensa De La Competencia Y De La Protección De La Propiedad Intelectual / Sala Especializada En Defensa De La Competencia</p>
<p>TERCEROS</p>	<p>-</p>

## I. INTRODUCCIÓN

El caso de la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI versa sobre un procedimiento iniciado de oficio contra la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas al realizar actividades empresariales sin cumplir con lo establecido en el Artículo 60 de la Constitución del Perú (Art. 14.3 D.L. 1044).

En primer lugar, la complejidad de este caso radica en la interpretación y aplicación de normas constitucionales relacionadas con la participación empresarial del Estado. La Constitución peruana establece en su artículo 60 una reserva de ley absoluta para que el Estado pueda realizar actividades empresariales, lo cual implica que dicha autorización debe provenir exclusivamente del Congreso de la República. En este contexto, la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto se vio involucrada en la realización de actividades empresariales sin el debido cumplimiento de este requisito constitucional, lo que plantea interrogantes sobre la legalidad de sus acciones y la responsabilidad administrativa correspondiente. Para abordar estas cuestiones, el presente trabajo analiza detalladamente los requisitos y límites para el ejercicio de la actividad empresarial por entidades estatales, resaltando que la interpretación de las normas que regulan esta actividad debe ser realizada con cuidado y de manera restrictiva.

Por otro lado, se examina la aplicación de sanciones en casos de actividad empresarial del Estado no subsidiaria, considerando diversos criterios para determinar la gravedad de la infracción (Art. 53 - D.L. 1044) y graduar la sanción correspondiente (Art. 52 - D.L. 1044). Desde nuestro punto de vista, el criterio más relevante en estos casos sería el efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, otros agentes que participan del proceso competitivo y los consumidores o usuarios (literal f del Art. 53). La correcta aplicación de estos criterios requiere un análisis detallado de las circunstancias específicas del caso para asegurar la competencia leal en el mercado. Proponemos que toda actividad empresarial del Estado sin respetar la

subsidiariedad debería ser calificada directamente como “Muy grave”, basándonos en el criterio mencionado, lo que añade complejidad a la resolución.

En conclusión, la relevancia jurídica y complejidad de este caso se derivan de la interpretación de normas constitucionales, la aplicación de criterios para determinar sanciones en casos de competencia desleal y la necesidad de garantizar la proporcionalidad y objetividad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Estos aspectos hacen que el caso de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto sea una elección apropiada para su análisis, ya que permite una mayor comprensión de estos temas en el ámbito administrativo y el límite al desarrollo de la actividad empresarial estatal, siendo de especial utilidad para su posterior aplicación práctica en situaciones similares que puedan surgir.



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

### **II.1. Antecedentes**

El 23 de mayo de 2019, la señora Roxana Ñaupá Cutipa presentó una denuncia informativa ante la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Arequipa en contra de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto. En esta se manifestó que la municipalidad venía realizando actividad empresarial consistente en: (i) la venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé”, ubicado en la Avenida Balta s/n, Moquegua y “Grifo San Antonio”, ubicado en la Avenida Santa Fortuna s/n Centro Poblado de San Antonio, Moquegua; (ii) el alquiler de maquinarias y equipos; y, (ii) la venta de agregados, pese a que no cuenta con una ley que expresamente la autorice a realizar dichas actividades.

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

#### **PRIMERA INSTANCIA - COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL (594-2021/INDECOPI-AQP)**

1. El 10 de agosto de 2020, mediante Resolución 02-2020/SEC-TEC-INDECOPI-AQP de, la Secretaría Técnica requirió a la Municipalidad que, en el plazo de 5 (cinco) días hábiles, cumpla con: (i) precisar desde qué fecha vendría realizando la venta de combustible en “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; e, (ii) informar el monto de los ingresos obtenidos por la venta de combustibles en los dos establecimientos mencionados, desde el año 2015 al año 2019.
2. El 25 de agosto de 2020, mediante un escrito la Municipalidad informó que el “Grifo San Bernabé” inició sus actividades el 30 de mayo de 1997, mientras que el “Grifo San Antonio”, inició sus actividades el 16 de noviembre del año 2000. Así mismo, la Municipalidad solicitó una prórroga de 5 (cinco) días hábiles para cumplir con la presentación de la

información de los ingresos obtenidos por la venta de combustibles en los dos establecimientos mencionados desde el año 2015 al 2019.

3. El 30 de noviembre de 2021, personal de la Secretaría Técnica realizó una inspección a la página web de la Municipalidad, encontrando publicados los documentos denominados “Presupuesto Institucional de Apertura” de los años 2019, 2020 y 2021, los cuales incorporó al expediente.
4. El 23 de diciembre 2021, la comisión mediante Resolución 594-2021/INDECOPI- AQP: (i) halló responsable a la Municipalidad por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas; (ii) la sancionó con una multa de 644.04 UIT; y, (iii) le ordenó el cumplimiento de una medida correctiva.

#### **MUNICIPALIDAD INTERPUSO UN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN 594-2021/INDECOPI-AQP**

5. El 1 de febrero de 2022, la Municipalidad interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP9, con base en los siguientes argumentos:
  - (i) La Comisión no ha tomado en cuenta su escrito presentado el 18 de marzo de 2021, a través del cual presentó la información referida a los ingresos y gastos correspondientes a las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio” en los años 2015 a 2020. Por tanto, la graduación de la sanción no se encuentra debidamente motivada.
  - (ii) La Comisión no ha considerado que al momento de la creación de las empresas municipales a través de las cuales realizó actividad económica, se encontraba vigente la Ley 23853, la cual establecía en el inciso 6 de su artículo 36 que el concejo municipal tenía la atribución de aprobar la creación de empresas municipales.

- (iii) Por tanto, a la fecha en que empezó a realizar las actividades materia de controversia, el concejo municipal se encontraba plenamente facultado para aprobar la creación de empresas municipales, conforme a lo dispuesto por la norma vigente, por lo que la realización de tales actividades ha sido llevada a cabo con arreglo a lo establecido en la referida ley.
6. El 17 de marzo de 2022, la Municipalidad presentó un escrito a través del cual reiteró los argumentos expuestos en su apelación y adicionalmente, señaló lo siguiente:
- (i) Para graduar la sanción, la Comisión tomó en cuenta los ingresos consignados en el ítem “Recursos Directamente Recaudados”. Sin embargo, los montos empleados correspondían al total de ingresos recaudados, lo cual comprende no solo la venta de combustibles, agregados, alquiler de maquinarias y equipos; sino también lo recaudado mediante el pago de tasas.
  - (ii) La sanción impuesta no ha sido calculada tomando en cuenta los ingresos referidos al alquiler de maquinarias de equipos ni tampoco a la venta de agregados, pues se trata de información que nunca le fue requerida. Por tal motivo, la sanción impuesta carece de motivación.
7. El 18 de agosto de 2022, por Requerimiento 009-2022/SDC, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia solicitó a la Municipalidad que cumpla con informar el monto de las ventas o ingresos brutos, expresado en soles, percibidos específicamente por el alquiler de maquinarias y equipos, así como por la venta de agregados, durante el año 2020.
8. El 25 de agosto de 2022, la Municipalidad cumplió con presentar la información referida a los ingresos percibidos por el alquiler de maquinarias y equipos durante el año 2020. Sin embargo, no presentó la información correspondiente a los ingresos obtenidos en dicho año por la venta de agregados. En atención a ello, mediante Requerimiento 010-

2022/SDC del 26 de agosto de 2022, la Secretaría Técnica de la Sala reiteró a la Municipalidad que cumpla con presentar tal información.

9. Por escrito del 15 de setiembre de 2022, la Municipalidad señaló no haber obtenido ingresos por la venta de agregados en el año 2020

## **SEGUNDA INSTANCIA - SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA (0146-2022/SDC-INDECOPI)**

10. El 11 de octubre de 22, la Sala emitió la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI en la cual estableció:

**PRIMERO:** Confirmar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que halló responsable a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a la realización de las actividades de venta de combustibles, alquiler de maquinaria y equipos y venta de agregados, sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

**SEGUNDO:** Modificar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que sancionó a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto con una multa de 644.04 Unidades Impositivas Tributarias; y, reformándola, se impone a dicha entidad una sanción de 197.77 Unidades Impositivas Tributarias.

**TERCERO:** Confirmar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que ordenó a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto una medida correctiva consistente en el cese inmediato de las actividades empresariales referidas a: (i) la venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; (ii) el alquiler de maquinarias y equipos; y, (iii) la venta de agregados.

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

#### **III.1. Problema principal**

¿Cómo se determina si hubo competencia desleal por violación de normas en la modalidad de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución (Artículo 14.3 del D.L. 1044) y cómo se debería aplicar el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción (Artículos 52 y 53 del D.L. 1044) en este tipo de casos?

#### **III.2. Problemas secundarios**

1. ¿Cómo se determina si la prestación de un servicio en concreto califica como actividad empresarial del Estado?
2. ¿Cómo se determina si esta actividad se encuentra habilitada por ley expresa?
3. ¿Cómo se debería aplicar el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción en los casos de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución ? (Artículo 53 del D.L. 1044)
4. ¿Cómo se debe interpretar el límite del 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en los casos de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución ? (Artículo 52 del D.L. 1044)

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO**

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

#### **Problema principal**

- **¿Cómo se determina si hubo competencia desleal por violación de normas en la modalidad de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución (Artículo 14.3 del D.L. 1044) y cómo se debería aplicar el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción (Artículos 52 y 53 del D.L. 1044) en este tipo de casos?**

El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, establece que cuando una entidad pública desarrolle actividades empresariales en violación del artículo 60 de la Constitución; estará incurriendo en competencia desleal.

Para determinar si las actividades de la Municipalidad (venta de combustible, alquiler de maquinarias y venta de agregados) se ajustan a este marco legal, la autoridad de competencia debe analizar si dichas actividades cumplen con ser actividades empresariales desarrolladas en conformidad al principio de subsidiariedad. Este principio establece que el Estado sólo debe realizar actividades empresariales cuando el sector privado no puede cubrir efectivamente la demanda de determinado bien o servicio.

Así mismo, el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 3134-2010/SC1 del INDECOPI establece cuatro requisitos para evaluar la legalidad de la actividad empresarial del Estado: 1) Verificación de Actividad Empresarial. 2) Habilitación por Ley Expresa. 3) Subsidiariedad de la Actividad Estatal. 4) Objetivo de Alto Interés Público o Conveniencia Nacional.

Dicho esto, podemos afirmar que efectivamente la Municipalidad ha infringido el principio de subsidiariedad al realizar actividades empresariales sin cumplir lo dispuesto en la Constitución. Según lo establecido en el artículo 60 de la

Constitución Política del Perú, el Estado sólo puede llevar a cabo actividades empresariales de manera subsidiaria, cuando sea necesario por razones de alto interés público o conveniencia nacional y siempre que cuente con una autorización expresa mediante ley emitida por el congreso de la república. Sin embargo, La Municipalidad realizó estas actividades sin contar con dicha autorización (ley expresa emitida por el congreso), lo que constituye una violación directa de este principio constitucional.

En cuanto a la multa, esta debe imponerse acorde a la gravedad de la infracción y basarse en lo establecido en el artículo 53 del D.L. 1044, que proporciona criterios específicos para calificar la gravedad de la infracción.

Para las actividades empresariales del Estado que no cumplen lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, se propone calificar cada caso como una infracción "Muy grave", respaldado en el criterio esgrimido en el literal (f) del artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Este criterio se refiere al efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, otros agentes que participan del proceso competitivo y los consumidores o usuarios.

Utilizar este criterio como base para la calificación directa de "Muy grave" se fundamenta en el impacto significativo que tienen las actividades empresariales del Estado sin cumplir con la Constitución y la Ley de Competencia Desleal. Estas acciones distorsionan el mercado y afectan negativamente a competidores, otros agentes económicos y consumidores. Esta medida busca coherencia y consistencia en la aplicación de las sanciones.

Finalmente, consideramos que bajo una correcta interpretación del literal (d) del artículo 52, la multa debe basarse en los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades económicas del infractor en el año anterior, no solo en las actividades empresariales ilícitas. Así se justifica el uso del "Presupuesto Institucional de Apertura 2020" (S/ 28,338,040.00) por parte de la comisión. El ítem del 10%, que pretende evitar la confiscatoriedad, debe aplicarse a los ingresos brutos de todas las actividades económicas, no solo a los ingresos obtenidos por las

actividades empresariales ilícitas. Por lo tanto, la multa no puede superar el 10% de ese monto (S/ 2,833,804.00), equivalente a 644.04 UIT.

### **Problema secundario 1**

- **¿Cómo se determina si la prestación de un servicio en concreto califica como actividad empresarial del Estado?**

Dentro de su rol prestacional, el Estado puede desarrollar tres tipos de actividad prestacional específica: 1. Actividades Soberanas, 2. Actividades Asistenciales y 3. Actividades empresariales. En esta línea, la actividad empresarial estatal se define por la participación del Estado en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes y servicios; siempre que estas actividades no constituyan el ejercicio de potestades soberanas ni califiquen como actividades asistenciales.

Las actividades realizadas por la Municipalidad (venta de combustible, alquiler de maquinarias y venta de agregados) no son funciones soberanas ni actividades de corte asistencial. Estas actividades son claramente empresariales y pueden ser cubiertas perfectamente por el sector privado, conforme al principio de subsidiariedad.

### **Crítica a la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI**

La Resolución aborda de manera muy adecuada los conceptos de subsidiariedad y de actividad empresarial del Estado (fundamentos 15 al 31); pero a nuestro parecer enfoca erróneamente el análisis de la actividad empresarial, pues brinda una argumentación superficial (fundamentos 32 al 38).

La Sala argumenta en base a lo ya determinado por la comisión en la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP y a que en su apelación, la Municipalidad no cuestiona tal calificación; luego procede a mencionar los comprobantes de pago y el “Presupuesto Institucional de Apertura” emitido por la Municipalidad.

Sin embargo, el análisis de la Sala debió estar enfocado en esclarecer cuales son los tres tipos de actividades prestacionales específicas que puede

desarrollar el Estado mediante su rol prestacional. Y así concluir mediante una secuencia lógica, que al no calificar como actividades soberanas ni de corte asistencial; las actividades realizadas eran efectivamente actividades empresariales.

## **Problema secundario 2**

- **¿Cómo se determina si esta actividad se encuentra habilitada por ley expresa?**

Para que el estado pueda realizar actividad empresarial, esta debe ser habilitada por una ley emitida por el congreso que permita la actividad en cuestión, sin admitir interpretaciones analógicas o extensivas; es decir, la interpretación debe ser restrictiva.

Así mismo, no debe dejarse de considerar que desde la entrada en vigencia de la constitución de 1993 el Estado abandona su visión planificadora (Economía Mixta) y adopta una visión garantista (Economía Social de Mercado). De este modo, el Estado regula para asegurar la competencia justa y proteger a los consumidores, buscando no intervenir directamente como en una economía planificada.

En nuestro modelo económico, se apuesta por un mercado donde la intervención estatal es limitada y se busca facilitar la libre competencia y la eficiencia económica. La esencia del estado es brindar servicios soberanos y de corte asistencial o de fomento; en la situación excepcional en la que el Estado participe en el mercado como empresario, debe hacerlo conforme a los requisitos específicos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

Así, dado que la venta de combustible, el alquiler de maquinarias y la venta de agregados no califican como actividades soberanas ni como actividades asistenciales, estas debían estar respaldadas por una ley emitida por el Congreso que específicamente autorice la actividad a realizar. Además, dicha ley debía incluir una motivación adecuada que expusiera los argumentos por los cuales el Estado llevaría a cabo esa actividad empresarial.

En este contexto, la Municipalidad argumentó que la derogada Ley 23853 les permitía crear empresas municipales para llevar a cabo estas actividades. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, esta ley no podía interpretarse en contravención del principio de subsidiariedad. Por lo tanto, el desarrollo de dichas actividades, iniciadas después de la promulgación de la Constitución de 1993, no puede justificarse basándose en la mencionada ley; en línea del principio de constitucionalidad.

### **Crítica a la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI**

La Resolución aborda de manera muy adecuada el marco jurídico sobre la habilitación por ley expresa de la actividad (fundamentos 39 al 46). Esto se complementa con los conceptos de subsidiariedad y de actividad empresarial del Estado (fundamentos 15 al 31). Sin embargo, a nuestro parecer desarrolla de manera errada la aplicación al presente caso (fundamentos 47 al 55).

La Sala argumenta que la actividad no puede estar habilitada por la Ley 23853 porque las actividades no fueron ofertadas por una empresa municipal en concreto, sino por la Municipalidad directamente. Esta argumentación es errada, ya que la calificación de una empresa pública no debería depender de la forma jurídica que adopte; sino del objetivo de las actividades.

Además, es una argumentación vaga y mal enfocada, pues la Sala debió centrar su análisis en determinar si existía una ley emitida por el Congreso que específicamente autorice las actividades realizadas. Y así concluir que en virtud del principio de constitucionalidad, desde la entrada en vigencia de la constitución de 1993 y el principio de subsidiariedad, no podía interpretarse de ninguna manera que la derogada Ley 23853 les permitía crear empresas municipales para llevar a cabo estas actividades; vulnerando el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 60.

### **Problema secundario 3**

- **¿Cómo se debería aplicar el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción en los casos de actividad**

**empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución? (Artículo 53 del D.L. 1044)**

En el presente caso, el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción se aplica de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 del D.L. 1044. Este artículo proporciona criterios específicos para calificar la gravedad de la infracción.

En el caso específico de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución, se calificará la infracción aplicando los criterios de graduación adicionales mencionados en la ley. De este modo, se propone calificar cada caso de actividad empresarial del Estado (incumpliendo el artículo 60) como una infracción "Muy grave", respaldado en el criterio esgrimido en el literal (f) del artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Este criterio se refiere al 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.

La decisión de utilizar este criterio como base para la calificación directa de "Muy grave" se fundamenta en el reconocimiento del impacto significativo que tienen las actividades empresariales del Estado sin cumplir con lo establecido en la Constitución y la Ley de Competencia Desleal. Tales acciones no solo distorsionan el mercado, sino que también afectan negativamente a competidores, otros agentes económicos y consumidores.

Al establecer una calificación directa de "Muy grave" en cada caso, se busca enviar el mensaje claro de que estas prácticas son consideradas altamente perjudiciales para la competencia y el bienestar económico general. Además, esta medida proporciona coherencia y consistencia en la aplicación de las sanciones, garantizando que se tomen en cuenta los efectos reales de la infracción sobre el mercado y sus participantes.

### **Crítica a la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI**

En la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI, la Sala aborda los criterios para determinar la gravedad de la infracción desde el fundamento 60 hasta el 67.

Sin embargo, discrepamos con la sección de aplicación al presente caso, desarrollada en los fundamentos 68 al 90.

Consideramos que en este extremo la Sala no brinda una argumentación coherente, pues detalla la dificultad que en el presente caso existe para calcular el total de los ingresos obtenidos desde el inicio de la actividad en 1997 (fundamentos 83 al 85); pero no aplica un criterio distinto al beneficio ilícito. Ello pese a que en su fundamento 67 reconoce que cuando no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor, el criterio de beneficio ilícito no resulta aplicable.

#### **Problema secundario 4**

- **¿Cómo se debe interpretar el límite del 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en los casos de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución? (Artículo 52 del D.L. 1044)**

Consideramos que bajo una correcta interpretación del literal (d) del artículo 52, la multa debe basarse en los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades económicas del infractor en el año anterior y no solo en las actividades empresariales ilícitas.

De este modo, consideramos que se justifica sin mayor problema el empleo del “Presupuesto Institucional de Apertura 2020” (que muestra ingresos de S/ 28,338,040.00), por parte de la comisión. Pues el límite del 10% que pretende evitar la confiscatoriedad, está sujeto a los ingresos brutos de todas las actividades económicas, como lo establece claramente la norma; no solo a los

ingresos obtenidos por las actividades empresariales ilícitas de la Municipalidad, como si se tratase del cálculo del beneficio ilícito.

Por lo tanto, la multa no puede superar el 10% de ese monto (S/ 2,833,804.00), equivalente a 644.04 UIT.

### **Crítica a la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI**

En la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI, la Sala aborda los criterios para graduar la sanción en los fundamentos 86 y 87. Sin embargo, discrepamos de la argumentación desarrollada en los fundamentos 80, 81, 88, 89 y 90.

Consideramos que la Sala cometió un error al interpretar que la multa debería basarse solo en los ingresos obtenidos por las actividades empresariales ilícitas de la Municipalidad, en lugar de considerar que el límite del 10% prevé su aplicación respecto a los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades económicas del infractor en el año anterior; como lo establece claramente la norma. No solo respecto a la suma de los ingresos obtenidos por actividades empresariales ilícitas (beneficio ilícito), como pretende la Sala en su análisis .

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

La Resolución aborda de manera muy adecuada los conceptos de subsidiariedad y de actividad empresarial del Estado (fundamentos 15 al 31); pero a nuestro parecer enfoca erróneamente el análisis de la actividad empresarial, pues brinda una argumentación superficial (fundamentos 32 al 38). La Sala argumenta en base a lo ya determinado por la comisión en la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP y a que en su apelación, la Municipalidad no cuestiona tal calificación; luego procede a mencionar los comprobantes de pago y el “Presupuesto Institucional de Apertura” emitido por la Municipalidad. Sin embargo, el análisis de la Sala debió estar enfocado en esclarecer cuáles son los tres tipos de actividad prestacional específica que puede desarrollar el Estado mediante su rol prestacional. Y así concluir mediante una secuencia lógica, que al no calificar como actividades soberanas ni de corte asistencial, las actividades realizadas eran efectivamente actividades empresariales.

La Resolución aborda de manera muy adecuada el marco jurídico sobre la habilitación por ley expresa de la actividad (fundamentos 39 al 46). Esto se complementa con los conceptos de subsidiariedad y de actividad empresarial del Estado (fundamentos 15 al 31). Sin embargo, a nuestro parecer, desarrolla de manera errada la aplicación al presente caso (fundamentos 47 al 55). La Sala argumenta que la actividad no puede estar habilitada por la Ley 23853 porque las actividades no fueron ofertadas por una empresa municipal en concreto, sino por la Municipalidad directamente. Esta argumentación es errada, ya que la calificación de una empresa pública no debería depender de la forma jurídica que adopte, sino del objetivo de las actividades. Además, es una argumentación vaga y mal enfocada, pues la Sala debió centrar su análisis en determinar si existía una ley emitida por el Congreso que específicamente autorice las actividades realizadas. Y así concluir que en virtud del principio de constitucionalidad, desde la entrada en vigencia de la constitución de 1993 y el principio de subsidiariedad, no podía interpretarse de ninguna manera que la derogada Ley 23853 les permitía crear empresas municipales para llevar a cabo

estas actividades, vulnerando el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 60.

En la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI, la Sala aborda los criterios para determinar la gravedad de la infracción desde el fundamento 60 hasta el 67. Sin embargo, discrepamos con la sección de aplicación al presente caso, desarrollada en los fundamentos 68 al 90. Consideramos que en este extremo la Sala no brinda una argumentación coherente, pues detalla la dificultad que en el presente caso existe para calcular el total de los ingresos obtenidos desde el inicio de la actividad en 1997 (fundamentos 83 al 85); pero no aplica un criterio distinto al beneficio ilícito. Ello pese a que en su fundamento 67 reconoce que cuando no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor, el criterio de beneficio ilícito no resulta aplicable. La parte innovadora de mi propuesta consiste en postular como regla general la calificación directa de “Muy grave”, respaldada en el criterio esgrimido en el literal “f”. Considero que este podría ser un aporte relevante, pues debemos tener en cuenta que las resoluciones afectan al mercado no solo de manera microeconómica, sino que algunas resoluciones (tomadas como precedentes) tienen un gran efecto en el mercado de manera macroeconómica. Ya que estas se emplearán como regla de resolución para los próximos casos similares, no estamos hablando sólo del impacto en los involucrados, sino en la sostenibilidad del mercado de manera general (lo microeconómico no es ajeno a lo macroeconómico, como mayormente se cree).

En la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI, la Sala aborda los criterios para graduar la sanción en los fundamentos 86 y 87. Sin embargo, discrepamos de la argumentación desarrollada en los fundamentos 80, 81, 88, 89 y 90. Consideramos que la Sala cometió un error al interpretar que la multa debería basarse solo en los ingresos obtenidos por las actividades empresariales ilícitas de la Municipalidad, en lugar de considerar que el límite del 10% prevé su aplicación respecto a los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades económicas del infractor en el año anterior; como lo establece claramente la

norma. No solo respecto a la suma de los ingresos obtenidos por actividades empresariales ilícitas (beneficio ilícito), como pretende la Sala en su análisis.



## V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

**Análisis y posición del Problema Jurídico Principal: ¿Cómo se determina si hubo competencia desleal por violación de normas en la modalidad de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución (Artículo 14.3 del D.L. 1044) y cómo se debería aplicar el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción (Artículos 52 y 53 del D.L. 1044) en este tipo de casos?**

Uno de los actos de competencia desleal contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (D.L. 1044) es el de violación de normas. Dentro de dicho tipo infractor, el supuesto recogido en el artículo 14.3, señala lo siguiente:

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

*(...)*

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

Por lo que podemos entender que será tarea de la autoridad de competencia analizar si es que la actividad empresarial que desarrolla la entidad pública, se ajusta al mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la constitución.

De este modo, para poder desarrollar y analizar nuestro problema jurídico principal, es necesario saber determinados conceptos previos para poder comprender las reglas del juego en el mercado, quiénes pueden ser partícipes de este y cómo el Estado de manera excepcional puede desarrollar actividad empresarial.

## **A) Sobre el principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado**

El principio de subsidiariedad es fundamental en nuestro modelo económico. Junto a la libre competencia y la libre iniciativa privada, cimentan las bases con las cuales la constitución de 1993 ha logrado históricamente el resultado de mayor eficiencia en comparación con los anteriores modelos económicos experimentados. Así, este principio regula el rol prestacional del Estado en la economía, imponiendo límites y condiciones estrictas para su participación en actividades empresariales. La vigente Constitución de 1993, establece que el Estado únicamente, previa autorización por ley expresa, puede realizar actividades empresariales de manera subsidiaria y únicamente por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

De esta manera, el principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 60° de la Constitución, establece que:

“Sólo autorizado **por ley expresa**, el Estado puede realizar **subsidiariamente** actividad empresarial, directa o indirecta, **por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional**. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”  
**(Énfasis añadido)**

Esto significa que, en principio, son los ciudadanos quienes tienen la facultad de realizar actividades económicas. Sin embargo, debemos considerar que nuestro modelo económico también establece que el Estado puede desarrollar actividad prestacional específica, brindando actividades sujetas a potestades soberanas, actividades asociadas a su rol asistencial o bajo condiciones muy específicas y de manera restringida, actividades empresariales.

Así, el principio de subsidiariedad es una piedra angular en la configuración del rol del Estado en la economía, particularmente en lo que respecta a su rol prestacional (actividades empresariales). El concepto de subsidiariedad implica que el Estado debe actuar de manera supletoria, reforzando o complementando

la actividad empresarial en circunstancias donde el sector privado no pueda satisfacer adecuadamente una necesidad social.

En esta misma línea, Zuñiga (2010) señala que en nuestro modelo de economía social de mercado, las normas, instituciones y medidas tienen como objetivo la promoción de la libertad como mecanismo de medición del grado de distribución de la riqueza e intervención del Estado. Dado que el principio de subsidiariedad se encuentra expresado claramente en el texto constitucional, la libre iniciativa es la que asume el papel principal en la actividad económica.

Por otro lado, la interpretación de este principio de subsidiariedad debe considerar que el fundamento del rol prestacional del Estado es intervenir para satisfacer necesidades sociales reales. Por ello, su principal grado de operación corresponde a las actividades soberanas y a las actividades asistenciales; únicamente cuando el sector privado no pueda satisfacer adecuadamente una necesidad real del mercado, el Estado podrá de manera subsidiaria realizar dicha actividad empresarial.

De este modo, este extremo del rol prestacional (actividad prestacional específica en su vertiente empresarial) debe presentarse como respuesta ante la falla del mercado al asignar eficientemente un bien o servicio necesario y cumpliendo siempre con los requisitos constitucionales, para evitar consecuencias negativas para la economía, como la desincentivación de la inversión privada.

Como señala Bullard (2011), determinar si la actividad estatal es subsidiaria implica evaluar si el sector privado puede cubrir la demanda de bienes o servicios de manera suficiente. Este enfoque es dinámico y puede cambiar con el tiempo, lo que exige una constante reevaluación de las circunstancias de cada caso para asegurar que la intervención estatal sigue siendo necesaria y justificada.

Finalmente, a grandes rasgos el principio de subsidiariedad establece que el Estado debe intervenir en la economía de manera complementaria; y en caso de las actividades empresariales, sólo cuando los agentes privados no puedan

satisfacer adecuadamente un bien o servicio considerado necesario. Esto se justifica por varias razones fundamentales que buscan garantizar la eficiencia económica, la competencia justa y el empleo adecuado de los recursos públicos.

### **B) Sobre el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010**

El Tribunal del INDECOPI, mediante la Resolución N° 3134-2010/SC1, sentó un precedente de observancia obligatoria en el caso Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Este caso, estableció criterios fundamentales para la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado a la luz de lo establecido en el supuesto recogido en el artículo 14.3 del D.L. 1044. En esta línea, Bullard (2011) señala que este precedente se posiciona de manera crucial para garantizar la equidad en la competencia y prevenir prácticas por parte de entidades estatales, que repercutan de manera negativa en la economía.

La resolución establece cuatro requisitos esenciales para evaluar la legalidad de la actividad empresarial del Estado:

1. **Verificación de Actividad Empresarial:** Se debe confirmar que la intervención estatal mediante su rol prestacional, se presenta en el ámbito de la actividad empresarial; excluyendo actividades que implican el ejercicio de potestades soberanas o actividades asistenciales.
2. **Habilitación por Ley Expresa:** Es necesario que la actividad empresarial esté autorizada por una ley expresa aprobada por el Congreso. Esto implica que cualquier actividad empresarial del Estado debe tener una autorización clara y explícita para ser considerada lícita.
3. **Subsidiariedad de la Actividad Estatal:** La actividad del Estado debe ser subsidiaria, es decir, debe intervenir solo cuando el sector privado no

puede satisfacer adecuadamente la demanda. La Resolución establece un test de subsidiariedad que analiza tres escenarios: (i) cuando concurren dos o más empresas privadas junto a una estatal, se presume que la oferta privada es suficiente, por lo que la entidad estatal debe demostrar que las empresas privadas no pueden absorber la demanda liberada y que existen barreras significativas a la entrada; (ii) cuando en el mercado relevante participan una empresa privada y una estatal, la autoridad debe verificar si la empresa privada puede satisfacer la demanda liberada o si no existen barreras que impidan la entrada de nuevos competidores; y (iii) cuando solo participa la empresa estatal, se evalúa la presencia de barreras a la entrada. Si no existen tales barreras, se presume que el sector privado no está interesado en el mercado, validando la función subsidiaria de la empresa estatal. Sin embargo, si se encuentran barreras significativas, la participación estatal también se considera subsidiaria, a menos que se determine que la empresa estatal es la causa de dichas barreras y, por lo tanto, su presencia debe cesar.

4. **Objetivo de Alto Interés Público o Conveniencia Nacional:** La actividad empresarial del Estado debe perseguir un objetivo de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Este criterio, según el fundamento 127 de la resolución, no es evaluado por INDECOPI sino por el legislador.

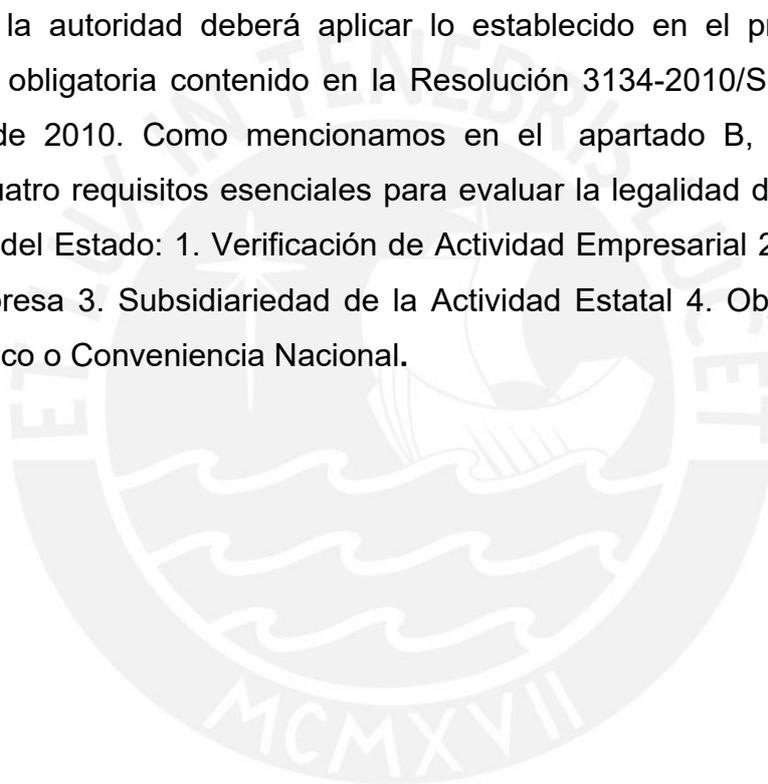
En conclusión, el precedente contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI establece un marco riguroso para evaluar la legalidad de la actividad empresarial del Estado bajo el principio de subsidiariedad. Este marco es fundamental para mantener un mercado justo y competitivo, protegiendo tanto a los competidores privados como a los consumidores, y asegurando que la actividad prestacional específica, en su vertiente de actividad empresarial, se realice de manera responsable y justificada.

De esta manera, hemos concluido con la exposición de los conceptos previos que deseábamos abordar. Así mismo, de acuerdo a la estructura de desarrollo

planteada, conviene resolver los problemas jurídicos secundarios inmersos en la controversia previamente a dar una respuesta definitiva a nuestro problema jurídico principal [volveremos sobre este punto al final del presente capítulo].

Para ello, es necesario considerar los conceptos que hemos desarrollado en el apartado “A) Sobre el principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado”. Respecto a la definición y alcances de la subsidiariedad, así como los requisitos para la intervención del estado en la economía (rol prestacional en su vertiente de actividad empresarial).

Así mismo, la autoridad deberá aplicar lo establecido en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010. Como mencionamos en el apartado B, la resolución establece cuatro requisitos esenciales para evaluar la legalidad de la actividad empresarial del Estado: 1. Verificación de Actividad Empresarial 2. Habilitación por Ley Expresa 3. Subsidiariedad de la Actividad Estatal 4. Objetivo de Alto Interés Público o Conveniencia Nacional.



## **V.1. Primer Problema Jurídico Secundario: ¿Cómo se determina si la prestación de un servicio en concreto califica como actividad empresarial del Estado?**

### **Análisis y posición fundamentada**

Por el contrario de lo que muy comúnmente se predica, en nuestro modelo económico la actividad prestacional específica (rol prestacional) mantiene un espectro de operatividad en el que puede tomar diversas formas, pero este espectro está debidamente delimitado en aras de la eficiencia económica y social.

Así, dentro de la doctrina del Derecho Administrativo Económico, la actividad prestacional específica se define como aquellas actividades y funciones que el Estado lleva a cabo para proveer de bienes y servicios a la sociedad. Esta actividad puede clasificarse en tres categorías principales, las cuales son: i) Actividades Soberanas ii) Actividades Asistenciales y iii) Actividades Empresariales.

Por un lado, las actividades soberanas son aquellas funciones esenciales e inherentes al Estado, relacionadas con el ejercicio del poder público y el deber de garantizar el orden y la seguridad. Como por ejemplo la defensa nacional, la seguridad pública, la regulación - supervisión y control de diversas actividades en la sociedad, la justicia, la recaudación de impuestos, etc.

Por otro lado, las actividades asistenciales son aquellas que están enfocadas en la provisión de servicios básicos y fundamentales para garantizar el bienestar y la calidad de vida de la población. Como por ejemplo la salud, la educación, la seguridad social y cualquier otro servicio fundamentado en reducir la desigualdad y asegurar un nivel mínimo de calidad de vida para todos los ciudadanos.

Finalmente, en ciertas circunstancias el Estado puede involucrarse en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes y servicios que podrían ser ofertados por el sector privado. En nuestro modelo económico, estas

actividades deben realizarse en conformidad con el principio de subsidiariedad (Artículo 60 de la constitución), es decir, el Estado sólo debe intervenir cuando el sector privado no puede cubrir efectivamente la demanda de un bien o servicio necesario. Por ello, la participación del Estado en actividades empresariales está sujeta a restricciones legales y debe ser autorizada explícitamente por una ley del Congreso, asegurando que se lleva a cabo por razones de alto interés público o conveniencia nacional.

Dicho esto, la actividad empresarial del Estado se define como aquella en la cual el Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, participa en la producción y comercialización de bienes y servicios (rol prestacional). Sin embargo, si bien una actividad estatal es empresarial si involucra la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios; se excluyen de esta definición las actividades soberanas, como la regulación, la defensa nacional, y la justicia. Así mismo, se excluyen las actividades asistenciales o sociales, destinadas a equilibrar desigualdades y garantizar el acceso a derechos de corte social.

En este sentido, Quiñones (2012) menciona que la gestión estatal de medios de producción y su participación como proveedor en el mercado, sin fines asistenciales y fuera del ámbito soberano, debe estar justificada por una ley expresa que determine su necesidad y conveniencia; pues estas representan la actividad empresarial del Estado limitada por el artículo 60 de nuestra constitución.

Estando así las cosas, de la información que obra en el expediente se observa que la Municipalidad ha venido realizando las siguientes actividades: (a) venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; (b) alquiler de maquinarias y equipos; y, (c) venta de agregados.

Al proceder con el análisis del requisito esencial 1. Verificación de actividad empresarial, podemos determinar que las actividades realizadas por la Municipalidad no responden a actividades soberanas, pues la venta de combustible, el alquiler de maquinarias o equipos y la venta de agregados; no pueden ser consideradas como parte de las funciones soberanas del Estado.

Tampoco son de corte asistencial, pues no son servicios que por mandato constitucional la Municipalidad se encuentre obligada a prestar con el fin de equilibrar desigualdades y garantizar el acceso a derechos de corte social. Por lo que podemos afirmar que la municipalidad habría llevado a cabo la prestación de actividades que califican como de índole empresarial, pues son actividades que perfectamente pueden ser brindadas por la inversión privada.

Así mismo, diversos expertos en la materia señalan que dado que ya existen empresas privadas en la venta de combustibles, no tiene sentido que el Estado compita deslealmente estableciendo estaciones de servicio.

En una entrevista realizada por Redacción Gestión (2013, 09 de abril), Eva Arias, presidenta de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE), señaló que la SNMPE reconoce el rol subsidiario del Estado en todas las actividades económicas, permitiéndole operar donde no esté presente el sector privado. Arias indicó que, dado que ya existen empresas privadas en la venta de combustibles, no tiene sentido que el Estado también participe estableciendo estaciones de servicio. Además, mientras los privados estén dispuestos a invertir en producción y exploración, la actividad debe recaer en ellos; muchas veces la exploración no funciona y es dinero que se gastó sin ningún éxito. Respecto a la participación del Estado en la economía, la SNMPE considera que debe privilegiarse la intervención del sector privado, permitiendo al Estado intervenir únicamente donde no haya participación privada. En este contexto, se acepta la presencia del Estado en la refinería de Talara, considerando que en el país solo existen dos refinerías.

En esta misma línea, luego de que el expresidente de la república Pedro Castillo anuncie la posibilidad de que Petroperú implemente grifos para comercializar los derivados de petróleo de forma directa y así competir en el mercado, el exdirector de Petroperú César Gutiérrez, en la entrevista de Redacción RPP (2022, 23/06) refirió que esta medida no es viable. Así, Gutiérrez subrayó que el objetivo es absurdo, pues el 36% de las ventas de Petroperú lo hace por estaciones y el 64% a mayoristas, entre los que están sus propios competidores. Además, la

implementación de cada servicentro implica una inversión de al menos un millón de dólares, lo que afectaría la liquidez de Petroperú, que tuvo que recibir una transferencia de US \$750 millones tras haber mantenido cifras en rojo en los últimos años. Por otro lado, los grifos no aparecen de la nada, demora un promedio de ocho meses y el resultado no sería de inmediato. Finalmente, el exfuncionario señala que la única salida para conseguir un alivio en las tarifas de los combustibles, es buscando mejores precios a través de la competencia.

Dicho esto, podemos concluir que debe privilegiarse la intervención del sector privado, permitiendo al Estado intervenir únicamente donde no haya suficiente participación privada; en el caso del combustible el Estado ya realiza un rol subsidiario mediante Petroperú y la refinería de Talara. Por lo que queda claro que la venta de combustible es una actividad designada a la libre iniciativa privada.

### **Opinión fundamentada sobre la forma en que fue resuelto el problema en la resolución**

La Resolución aborda de manera muy adecuada los conceptos de subsidiariedad y de actividad empresarial del Estado (fundamentos 15 al 23); así mismo, desarrolla los conceptos referentes al precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010 (fundamentos 24 al 31). Sin embargo, a nuestro parecer enfoca erróneamente el análisis de la actividad empresarial, pues brinda una argumentación superficial (fundamentos 32 al 38).

La Sala argumenta en base a lo ya determinado por la comisión en la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP y a que en su apelación, la Municipalidad, no cuestiona tal calificación (fundamentos 32 al 34). Luego, en sus fundamentos 35 y 36 procede a mencionar los comprobantes de pago y el “Presupuesto Institucional de Apertura” emitidos por la Municipalidad; aludiendo al fin lucrativo que tiene la actividad.

Esta argumentación es claramente errónea, pues diversa doctrina y jurisprudencia del INDECOPI ya ha señalado que la actividad empresarial no puede ser limitada a un fin lucrativo.

Tal como resalta Bullard (2011), dado que la actividad empresarial del Estado no se limita a los fines lucrativos, las entidades pueden incurrir en competencia desleal siempre que ofrezcan servicios que compiten con el sector privado.

En esta misma línea, la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI aclara que la naturaleza de la actividad empresarial del Estado es independiente del ánimo lucrativo. Esto implica que cualquier actividad estatal que compita en el mercado puede ser considerada empresarial, sin importar si su objetivo es el lucro (fundamento 47 al 50 de dicha resolución).

Estando así las cosas, el análisis de la Sala debió estar enfocado y limitado a esclarecer cuáles son los tres tipos de actividad prestacional específica que puede desarrollar el Estado mediante su rol prestacional. Y así concluir mediante una secuencia lógica, que al no calificar como actividades soberanas ni de corte asistencial; las actividades realizadas eran efectivamente actividades empresariales (tal como lo hemos desarrollado en nuestro análisis).

## **V.2. Segundo Problema Jurídico Secundario: ¿Cómo se determina si esta actividad se encuentra habilitada por ley expresa?**

### **Análisis y posición fundamentada**

Para que el estado pueda realizar actividad empresarial, esta debe ser habilitada por una ley emitida por el congreso que permita la actividad en cuestión, sin admitir interpretaciones analógicas o extensivas; es decir, la interpretación debe ser restrictiva.

Cuando la municipalidad señaló en su apelación que la derogada Ley 23853, facultaba la creación de las empresas municipales a través de las cuales habría realizado las actividades empresariales materia de imputación. Esta afirmación debía ser analizada a la luz de la Constitución de 1993, pues si bien la ley 23853 data del año 1984, la fecha de creación de las empresas en cuestión (1997 y 2000) es posterior a la entrada en vigencia de la constitución de 1993.

En esta línea, Rubio Correa (2015) señala el principio central de todo sistema jurídico – legislativo constitucional, es el principio de constitucionalidad. Este principio establece que las normas constitucionales tienen supremacía sobre cualquier otra normativa en el sistema legal y que, en caso de conflicto entre una norma constitucional y cualquier otra, prevalecerá la norma constitucional.

Así mismo, no debe dejarse de considerar que desde la entrada en vigencia de la constitución de 1993 el Estado abandona su visión planificadora (Economía Mixta) y adopta una visión garantista (Economía Social de Mercado). De este modo, el Estado regula para asegurar la competencia justa y proteger a los consumidores, buscando no intervenir directamente como en una economía planificada.

Esto significa que el Estado pasó a limitar su intervención en la economía a aquellas situaciones en las que es absolutamente necesario para corregir deficiencias o fallas del mercado. Es decir, actuando principalmente bajo su rol regulador (Actividad Sancionadora y Actividad de Solución de Controversias) y

en el caso del rol prestacional, se debe preferir la actividad de fomento a la actividad prestacional específica.

En ese sentido, nuestro modelo económico apuesta por un mercado donde la intervención estatal es limitada y se busca facilitar la libre competencia y la eficiencia económica. Por lo que la esencia del Estado es brindar servicios soberanos y de corte asistencial; mientras que en la situación excepcional en la que el Estado participe en el mercado como empresario, debe hacerlo conforme a los requisitos específicos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

De este modo, para que el estado pueda realizar actividad empresarial esta debe ser habilitada por una ley, emitida por el congreso, que permita la actividad en cuestión, sin admitir interpretaciones analógicas o extensivas. Es decir, la interpretación debe ser restrictiva, sin dejar de considerar que la visión del Estado (desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1993) es garantista y no planificadora; por lo que la esencia de la actividad prestacional directa es realizar actividades soberanas y actividades asistenciales.

Así, dado que la venta de combustible, el alquiler de maquinarias y la venta de agregados no califican como actividades soberanas ni como actividades asistenciales, estas debían estar respaldadas por una ley emitida por el Congreso que específicamente autorice la actividad a realizar. Además, dicha ley debía incluir una motivación adecuada que expusiera los argumentos por los cuales el Estado llevaría a cabo esa actividad empresarial.

En este contexto, la Municipalidad argumentó que la derogada Ley 23853 les permitía crear empresas municipales para llevar a cabo estas actividades. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, esta ley no podía interpretarse en contravención del principio de subsidiariedad. Por lo tanto, el desarrollo de dichas actividades, iniciadas después de la promulgación de la Constitución de 1993, no puede justificarse basándose en la mencionada ley; en línea del principio de constitucionalidad.

Por ello, considerando los principios descritos, las facultades de esta ley debían ser interpretadas al igual que en el artículo 35 de la vigente Ley 27972, en orientación a regular la creación de las empresas públicas municipales, encargadas de brindar exclusivamente servicios públicos locales.

Estando así las cosas, dado que la municipalidad no ha logrado demostrar que exista alguna ley emitida por el Congreso de la República que la habilite a realizar las actividades cuestionadas, ha quedado acreditado que contravino lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, incurriendo así en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

### **Opinión fundamentada sobre la forma en que fue resuelto el problema en la resolución**

La Resolución aborda de manera muy adecuada el marco jurídico sobre la habilitación por ley expresa de la actividad (fundamentos 39 al 46). Esto se complementa con los conceptos de subsidiariedad y de actividad empresarial del Estado (fundamentos 15 al 31). Sin embargo, a nuestro parecer desarrolla de manera errada la aplicación al presente caso (fundamentos 47 al 55).

La Sala argumenta que la actividad no puede estar habilitada por la Ley 23853 porque las actividades no fueron ofertadas por una empresa municipal en concreto, sino por la Municipalidad directamente. Esta argumentación es errada, ya que la calificación de actividad empresarial no debería depender de la forma jurídica que adopte; sino del objetivo de las actividades.

Tal como resalta Bullard (2011), dado que la actividad empresarial del Estado no se limita a una forma jurídica específica, entidades como los ministerios o municipalidades, que no reparten utilidades, pueden incurrir en competencia desleal si ofrecen servicios que compiten con el sector privado.

En esta misma línea, la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI aclara que la naturaleza de la actividad empresarial del Estado es independiente de la forma

jurídica adoptada por la entidad prestadora del bien o servicio. Esto implica que cualquier entidad podría estar realizando actividad empresarial, sin importar la forma jurídica adoptada (fundamento 47 al 50 de dicha resolución).

A nuestro parecer, la argumentación de la Sala reduce la calificación de actividad empresarial del Estado a la categoría jurídica que decida adoptar la entidad edil para el desarrollo de sus actividades empresariales. Además, es una argumentación vaga y mal enfocada, pues la Sala no consideró que incluso el artículo 60 de la constitución prevé que dicha actividad empresarial pueda ser prestada de manera directa o indirecta.

De este modo, la Sala debió centrar su análisis en determinar si existía una ley emitida por el Congreso que específicamente autorice las actividades realizadas. Así, hubiese podido concluir que en virtud del principio de constitucionalidad, desde la entrada en vigencia de la constitución de 1993 y el principio de subsidiariedad, no podía interpretarse de ninguna manera que la derogada Ley 23853 les permitía crear empresas municipales (contraviniendo la Constitución) para llevar a cabo estas actividades.

En lugar de profundizar en esta fundamentación, como se ha hecho en el presente trabajo, la Sala prefirió desarrollar desde su fundamento 47 a su fundamento 56 un argumento que pretende plantear que, como no se verifica que la prestación de los servicios materia de controversia hayan sido ofertados por una empresa municipal (persona jurídica distinta a la municipalidad), sino más bien por la propia Municipalidad; no se podría decir que la actividad está habilitada por la Ley 23853.

La Sala debió profundizar en el objetivo de la facultad asignada a las municipalidades, desde la entrada en vigencia de la constitución de 1993. Así, la interpretación de la Ley 23853 debería ir en la misma línea que lo establecido en el artículo 35 de la Ley 27972; como ya hemos expuesto, su objetivo es la prestación de servicios públicos locales. De este modo, queda claro que las actividades que venía desarrollando la municipalidad, no podrían ser autorizadas en amparo de la Ley 23853 contraviniendo la Constitución.

**V.3. Tercer Problema Jurídico Secundario: ¿Cómo se debería aplicar el marco normativo de los criterios para determinar la gravedad de la infracción en los casos de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución ? (Artículo 53 del D.L. 1044)**

**Análisis y posición fundamentada**

El Artículo 53 del D.L. 1044 establece:

**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;

(...)

**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; (...)**

**(énfasis añadido)**

Por otro lado, diversa jurisprudencia del INDECOPI (incluso es reconocido por la Sala en su fundamento 84) establece que el beneficio ilícito obtenido por la entidad pública que incurra en la infracción del artículo 14.3 del D.L. 1044, corresponde al cien por ciento (100%) de los ingresos obtenidos por las actividades ilícitas realizadas durante el período infractor; pues la imputada desde un inicio no debió ofrecerlas en el mercado porque no contaba con una ley habilitante.

De este modo, ello implicaría poder calcular a detalle cuánto dinero ha generado la municipalidad desde 1997 con la venta de combustible, alquiler de maquinarias o equipos y venta de agregados (ello incluso es reconocido por la Sala en su fundamento 83).

Al ser esta una tarea muy compleja, la sala debe tener en cuenta que existen situaciones en las cuales no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor; por lo que el criterio del beneficio ilícito no resulta aplicable. En estos casos, se puede remitir a los demás criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (ello incluso es reconocido por la Sala en su fundamento 67).

Dicho esto, respecto a la importancia de los límites a la actividad empresarial del Estado, queda claro que el primer criterio del Artículo 53 a considerar en estos casos debería ser el (f). Ello debido a que la gravedad de la comisión de actos de violación de normas en la modalidad de actividad empresarial del Estado sin respetar lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, recae fundamentalmente en el gran efecto negativo “sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores”.

En esta línea, Falla (2003) ya destacaba los graves problemas generados por la participación irracional del Estado en la actividad empresarial. Así, este autor subraya que los ciudadanos pagan impuestos para financiar servicios públicos esenciales, no para subsidiar empresas estatales que, si enfrentan dificultades, simplemente reciben más tributos para subsistir. Esta situación permite que el Estado venda productos a precios artificialmente bajos, perjudicando la inversión privada legítima que no cuenta con subsidios públicos y debe asumir todos los riesgos del mercado. Además, la actividad empresarial estatal, al no estar sujeta a las mismas presiones del mercado que las empresas privadas, tiende a basarse en incentivos erróneos. El Estado no maximiza beneficios, sino que maximiza gastos, lo cual reduce la eficiencia del mercado y distorsiona los objetivos políticos o sociales, afectando la competencia leal.

Por otro lado, Diezcanseco y Buleje (2011) justifican el principio de subsidiariedad argumentando que el Estado es históricamente ineficiente en la gestión de capital cuando actúa como agente económico, debido a la falta de incentivos derivados del uso de dinero público y la ausencia de riesgos presentes en el sector privado. Esta ventaja y falta de riesgo desincentiva la iniciativa privada, afectando negativamente al mercado y los consumidores. Además, el Estado actúa simultáneamente como árbitro y competidor en el mercado, lo que impide un trato equitativo entre empresas públicas y privadas, contraviniendo el artículo 60° de la Constitución. Finalmente, el uso del erario público para manejar empresas estatales conduce a ineficiencias, despilfarro de recursos que podrían destinarse a obras sociales y facilita la corrupción debido a la mala gestión de dirigentes con intereses personales.

Estando así las cosas, es evidente que la gestión empresarial estatal tiende a ser menos eficiente debido a la influencia de intereses políticos en la toma de decisiones, lo que puede provocar déficits presupuestarios y afectar el entorno macroeconómico. Debido a esta falta de interés en generar utilidades, las empresas públicas operan de manera ineficiente, afectando negativamente al mercado y a los consumidores.

Estas ineficiencias, además de afectar a los competidores del sector privado, resultan en un uso ineficaz de los recursos públicos, que podrían haberse destinado a áreas de necesidad urgente, afectando a los consumidores.

Finalmente, las empresas públicas financiadas con recursos estatales están en una posición vulnerable a la corrupción y mala gestión. Al limitar la actuación empresarial del Estado, se reduce la posibilidad de que funcionarios públicos utilicen estas empresas para beneficio personal, protegiendo así el erario público y mejorando la gobernanza. Así mismo, debemos recordar que al ser las empresas estatales manejadas con recursos públicos, la corrupción termina perjudicando el patrimonio que podría destinarse a obras públicas o actividades sociales.

Por estas razones, ante la infracción del artículo 14.3 del D.L. 1044, se propone una calificación directa de la infracción como “Muy grave”. Pues al no respetar el principio de subsidiariedad, el Estado atenta directamente contra las bases del principio de competencia por eficiencia.

Al establecer una calificación directa de “Muy grave” en cada caso, se busca enviar el mensaje claro de que estas prácticas son consideradas altamente perjudiciales para la competencia y el bienestar económico general. Además, esta medida proporciona coherencia y consistencia en la aplicación de las sanciones, garantizando que se tomen en cuenta los efectos reales de la infracción sobre el mercado y sus participantes.

### **Opinión fundamentada sobre la forma en que fue resuelto el problema en la resolución**

En la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI, la Sala aborda los criterios para determinar la gravedad de la infracción desde el fundamento 60 hasta el 67.

Sin embargo, discrepamos con la sección de aplicación al presente caso, desarrollada en los fundamentos 68 al 90.

Consideramos que en este extremo la Sala no brinda una argumentación coherente, pues detalla la dificultad que en el presente caso existe para calcular el total de los ingresos obtenidos desde el inicio de la actividad en 1997 (fundamentos 83 al 85); pero no aplica un criterio distinto al beneficio ilícito. Ello pese a que en su fundamento 67 reconoce que cuando no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor, por lo que el criterio de beneficio ilícito no resulta aplicable.

**V.4. ¿Cómo se debe interpretar el límite del 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en los casos de actividad empresarial del Estado sin cumplir lo dispuesto en el Artículo 60 de la Constitución? (Artículo 52 del D.L. 1044)**

### **Análisis y posición fundamentada**

El Artículo 52 del D.L. 1044 establece:

#### **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:**

(...)

**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.**

**(énfasis añadido)**

Por su parte, el precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución 3134-2010/SC1, dicta que la competencia desleal por violación del principio de subsidiariedad se sanciona con multas por INDECOPI. De este modo, esta medida no solo protege a los competidores privados, sino que también promueve una economía más eficiente y equitativa.

Al desarrollar este extremo, la implementación de este precedente asegura que las resoluciones no solo afecten a los involucrados, sino que también tengan un impacto positivo en el mercado en general, tanto en el ámbito microeconómico como macroeconómico.

Así mismo, Bullard (2011) reafirma esta perspectiva al señalar que a pesar de varios intentos del propio Estado por limitar su participación empresarial, incluyendo prohibiciones genéricas y recomendaciones de instituciones como INDECOPI, estas medidas han sido ineficaces.

Ahora bien, en aplicación del literal “d)” **Si la infracción fuera calificada como muy grave**, corresponde 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.

Por lo que consideramos que el análisis de la comisión estuvo en lo correcto al considerar como base para la graduación de la sanción el documento publicado en su página web denominado “Presupuesto Institucional de Apertura 2020”, en el cual se aprecia que sus ingresos obtenidos por la venta de bienes y servicios y derechos administrativos en dicho año, ascienden a S/ 28´338,040.00 (veintiocho millones trescientos treinta y ocho mil cuarenta soles).

Por lo tanto, la multa no puede superar el 10% de dicho monto, es decir, S/ 2´833,804.00 (dos millones ochocientos treinta y tres mil ochocientos cuatro soles), equivalente a 644.04 (seiscientos cuarenta y cuatro punto cero cuatro) UIT.

### **Opinión fundamentada sobre la forma en que fue resuelto el problema en la resolución**

En la Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI, la Sala aborda los criterios para graduar la sanción en los fundamentos 86 y 87. Sin embargo, discrepamos de la argumentación desarrollada en los fundamentos 80, 81, 88, 89 y 90.

Ello debido a que la interpretación del literal “d)” del Artículo 52.1 que realiza la Sala en el fundamento 87, no contempla que la norma indica explícitamente “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 realizar una mala interpretación, la Sala desarrolla desde su fundamento 88 en adelante, la graduación de la sanción en base a la suma de los ingresos obtenidos por las actividades empresariales de la municipalidad; como si estuviera tratando de establecer el beneficio ilícito obtenido sólo en el ejercicio inmediato anterior.

Sin embargo, el límite del 10% de los ingresos brutos, está inspirado en la no confiscatoriedad, por lo que prevé justamente los ingresos relativos a las actividades económicas realizadas en su totalidad; y no solo a las de corte empresarial, como si se tratase del cálculo del beneficio ilícito.

Estando así las cosas, consideramos que la Sala cometió un error al interpretar que la multa debería basarse solo en los ingresos obtenidos por las actividades empresariales ilícitas de la Municipalidad, en lugar de considerar que el límite del 10% prevé su aplicación respecto a los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades económicas del infractor en el año anterior; como lo establece claramente la norma. No solo respecto a la suma de los ingresos obtenidos por actividades empresariales ilícitas (beneficio ilícito), como pretende la Sala en su análisis .

De este modo, consideramos que se justifica sin mayor problema el empleo del “Presupuesto Institucional de Apertura 2020” (que muestra ingresos de S/ 28,338,040.00), por parte de la comisión. Dado que el límite de 10% contempla todas las actividades económicas que realice el agente infractor, no habría motivo para considerar que se está contraviniendo la norma. Por lo que la multa no puede superar el 10% de S/ 2' 833,804.00, equivalente a 644.04 UIT.

De esta manera, hemos concluido con resolver los problemas jurídicos secundarios inmersos en la controversia.

Por lo que en atención a dar una respuesta definitiva a nuestro problema jurídico principal debemos señalar lo siguiente:

- (i) La Municipalidad efectivante es responsable por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas;
- (ii) La multa correspondiente es de 644.04 (seiscientos cuarenta y cuatro punto cero cuatro) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT).

## VI. CONCLUSIONES

1. El principio de subsidiariedad, delineado en el marco constitucional peruano, asegura que la participación estatal se limite a situaciones donde sea absolutamente necesario para satisfacer necesidades públicas no cubiertas por el sector privado. Al adherirse a estos principios y requisitos constitucionales, se garantiza una intervención estatal responsable, promoviendo eficiencia económica, incentivando la inversión privada y previniendo la corrupción; asegurando un mercado justo y competitivo y una correcta asignación de recursos públicos.
2. La Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI establece un marco riguroso para evaluar la legalidad de la actividad empresarial del Estado bajo el principio de subsidiariedad, fundamental para mantener un mercado justo y competitivo, protegiendo tanto a los competidores privados como a los consumidores y asegurando una intervención estatal responsable y justificada. De este modo, plantea cuatro requisitos fundamentales: 1. Verificación de Actividad Empresarial, 2. Habilitación por Ley Expresa, 3. Subsidiariedad de la Actividad Estatal y 4. Objetivo de Alto Interés Público o Conveniencia Nacional
3. Dentro de su rol prestacional, el Estado puede desarrollar tres tipos de actividad prestacional específica: 1. Actividades Soberanas, 2. Actividades Asistenciales y 3. Actividades empresariales. En esta línea, la actividad empresarial estatal se define por la participación del Estado en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes y servicios (rol prestacional); siempre que estas actividades no constituyan el ejercicio de potestades de soberanas ni califican como actividades asistenciales.
4. Las actividades realizadas por la Municipalidad (venta de combustible, alquiler de maquinarias y venta de agregados) no son funciones soberanas ni de corte asistencial; pueden ser cubiertas perfectamente por el sector privado, por lo que califican como actividades empresariales.

5. Para que el Estado peruano pueda realizar actividades empresariales, es necesario que estas estén habilitadas por una ley emitida por el Congreso, sin permitir interpretaciones analógicas o extensivas, es decir, la interpretación debe ser restrictiva.
6. El análisis sobre la habilitación por ley expresa debe considerar que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, el Estado abandonó su visión planificadora (Economía Mixta) y adoptó una visión garantista (Economía Social de Mercado), regulando para asegurar la competencia justa y proteger a los consumidores; buscando no intervenir directamente al nivel de una economía planificada. En nuestro modelo económico, se apuesta por un mercado con actividad prestacional directa limitada, donde el Estado se enfoca en brindar actividades soberanas y actividades asistenciales; solo en casos excepcionales podrá realizar actividades empresariales cumpliendo con los requisitos explícitos del artículo 60 de la Constitución.
7. Es crucial que las municipalidades respeten el principio de subsidiariedad y se limiten a intervenir en la economía sólo cuando sea estrictamente necesario y autorizado por ley expresa del Congreso. Esto asegura una administración pública responsable y evita la competencia desleal, fomentando un entorno económico justo y eficiente.
8. La Municipalidad no ha demostrado tener una ley que la habilite a realizar las actividades empresariales cuestionadas, por lo que ha contravenido el artículo 60 de la Constitución, incurriendo en competencia desleal según el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
9. En los casos de actividad empresarial del Estado el beneficio ilícito es el 100% de los ingresos obtenidos de actividades ilícitas, ya que la entidad no debió ofrecer estos servicios sin una ley habilitante. Sin embargo, calcular este beneficio puede ser complejo y, en ausencia de información suficiente, se pueden considerar otros criterios de la ley.

- 10.** En particular, para la actividad empresarial del Estado que no cumple con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, se propone calificar directamente estas infracciones como "Muy grave" basándose en el literal (f) del artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que se refiere al gran efecto negativo sobre competidores y consumidores por la violación del principio de subsidiariedad, destacando la importancia de limitar la actividad empresarial del Estado.
- 11.** Bajo una correcta interpretación del literal (d) del artículo 52, la multa debe basarse en los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades económicas del infractor en el año anterior. Por lo que en los casos de actividad empresarial del Estado, el 10% del monto no se limita meramente al beneficio ilícito.



## BIBLIOGRAFÍA

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

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13689>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. (1993), art.60.

Falla, A. (2003) “¡Zapatero a tus zapatos!” De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad”.

[https://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2003a\\_f\\_zapatero.pdf](https://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2003a_f_zapatero.pdf).

DECRETO LEGISLATIVO 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL (25/06/2008)

Diez Canseco, L. y Buleje, C. (2011). Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), pp. 221-235.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13691>

LEY 23853 – LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES (8/06/1984)

Quiñones, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos”. *Revista Circulo de Derecho Administrativo. RDA 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras*.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13490/14117>

Redacción RPP. (2022, 23 de junio). "Implementación de grifos es absurda", indica exdirector de Petroperú. *RPP*.

<https://rpp.pe/economia/economia/petroperu-implementacion-de-grifos-es-absurda-noticia-1412866>

Redacción Gestión. (2013, 09 de abril). “No hay sentido de que Petroperú compre grifos”. *Gestión*.

<https://gestion.pe/impres/hay-sentido-petroperu-compre-grifos-35661-noticia/>

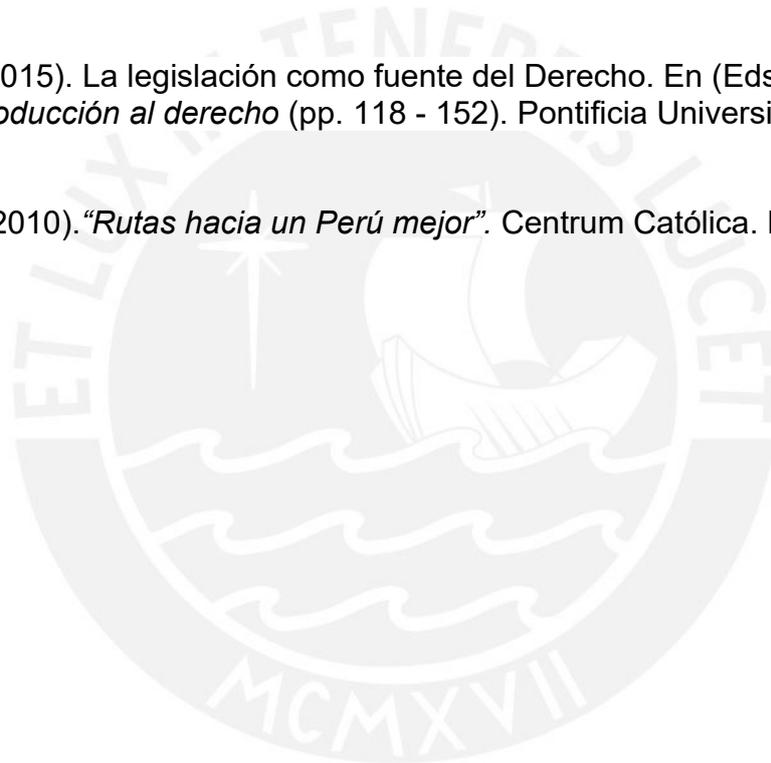
Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI

Resolución 594-2021/INDECOPI- AQP

Resolución 0146-2022/SDC-INDECOPI

Rubio, M. (2015). La legislación como fuente del Derecho. En (Eds.), *El sistema jurídico: introducción al derecho* (pp. 118 - 152). Pontificia Universidad Católica del Perú.

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





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE  
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0146-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 003-2019/CCD-INDECOPI-AQP

**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI DE AREQUIPA

**DENUNCIANTE** : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO

**DENUNCIADO** : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL MARISCAL NIETO<sup>1</sup>

**MATERIAS** : COMPETENCIA DESLEAL  
ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO  
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

**ACTIVIDAD** : ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL

**SUMILLA:** se **CONFIRMA** la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que halló responsable a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por realizar actividad empresarial estatal sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto tipificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

**El fundamento es que la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto ha venido realizando actividades de venta de combustible, alquiler de maquinarias y equipos, así como venta de agregados, sin contar con una ley emitida por el Congreso de la República que la autorice a desarrollar dichas actividades.**

**Por otro lado, se MODIFICA la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que sancionó a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto con una multa de 644.04 Unidades Impositivas Tributarias; y, reformándola, se le impone una sanción ascendente a ciento noventa y siete punto setenta y siete 197.77 Unidades Impositivas Tributarias.**

**El fundamento para determinar dicha sanción es la información presentada a esta instancia por la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto, correspondiente a sus ingresos por las actividades materia de imputación y la aplicación del límite previsto en el literal d) del artículo 52.1 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.**

**SANCIÓN: CIENTO NOVENTA Y SIETE PUNTO SETENTA Y SIETE (197.77) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.**

Lima, 11 de octubre de 2022

## I. ANTECEDENTES

<sup>1</sup> Entidad identificada con RUC 20154469941.

1. El 23 de mayo de 2019, la señora Roxana Ñaupa Cutipa (en adelante la **señora Ñaupa**) presentó una denuncia informativa ante la **Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Arequipa** (en adelante la ORI Arequipa) **en contra de la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto** (en adelante la Municipalidad), **por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal** (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal)<sup>2</sup>.
2. La señora Ñaupa señaló que la Municipalidad habría transgredido el artículo 60 de la Constitución Política del Perú (en adelante la Constitución)<sup>3</sup> al realizar actividad empresarial consistente en: (i) la venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé”, ubicado en la Avenida Balta s/n, Moquegua y “Grifo San Antonio”, ubicado en la Avenida Santa Fortuna s/n Centro Poblado de San Antonio, Moquegua; (ii) el alquiler de maquinarias y equipos; y, (ii) la venta de agregados, pese a que no cuenta con una ley que expresamente la autorice a realizar dichas actividades<sup>4</sup>.
3. Mediante Resolución 01-2019/SEC-TEC-INDECOPI-AQP del 9 de agosto de 2019, la Secretaría Técnica de la ORI Arequipa inició un procedimiento de oficio contra la Municipalidad y le imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto tipificado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que concurriría en el mercado ofertando los servicios de: (i) venta de combustible en 2 (dos) grifos municipales; (ii) alquiler de maquinarias y equipos; y, (iii) venta de agregados, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
4. El 9 de setiembre de 2019, la Municipalidad presentó su escrito de descargos señalando lo siguiente:

<sup>2</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**Artículo 14.- Actos de violación de normas.-**

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de 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.

<sup>3</sup> **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.

<sup>4</sup> Al respecto, la señora Ñaupa señaló que en el documento “Presupuesto Institucional de Apertura 2018” de la Municipalidad (consignada en su página web [http://munimoquegua.gob.pe/sites/default/files/archivos/h\\_normas\\_m/plan\\_de\\_desarrollo\\_urbano/pia-2018.pdf](http://munimoquegua.gob.pe/sites/default/files/archivos/h_normas_m/plan_de_desarrollo_urbano/pia-2018.pdf) y presentado como adjunto a su denuncia informativa), se advierte el rubro “Venta de Bienes y Servicios y Derechos Administrativos”, el cual correspondería a los recursos financieros provenientes de la venta de bienes y/o servicios que la entidad pública denunciada brinda, e incluye la venta de combustibles en los grifos municipales, el alquiler de maquinarias y equipos, así como la venta de agregados.



- (i) Conforme a lo indicado en el artículo 35 de la Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante Ley Orgánica de Municipalidades)<sup>5</sup>, las empresas municipales son creadas por ley a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal, con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Tales empresas pueden adoptar cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial, tomando en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado.
- (ii) Ha cumplido con subsidiar y estimular la inversión privada, pues durante años en la provincia de Mariscal Nieto existía solo un grifo, por lo que ha actuado conforme al interés público.
5. Mediante Resolución 02-2020/SEC-TEC-INDECOPI-AQP del 10 de agosto de 2020, la Secretaría Técnica de la ORI Arequipa requirió a la Municipalidad que, en el plazo de 5 (cinco) días hábiles, cumpla con: (i) precisar desde qué fecha vendría realizando la venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; e, (ii) informar el monto de los ingresos obtenidos por la venta de combustibles en los dos establecimientos mencionados, desde el año 2015 al año 2019.
6. Por escrito del 25 de agosto de 2020, la Municipalidad informó que el “Grifo San Bernabé” inició sus actividades el 30 de mayo de 1997, mientras que el “Grifo San Antonio”, inició sus actividades el 16 de noviembre del año 2000. Respecto al segundo requerimiento referido a la información de los ingresos obtenidos por la venta de combustibles en los dos establecimientos mencionados desde el año 2015 al 2019, la Municipalidad solicitó una prórroga de 5 (cinco) días hábiles para cumplir con la presentación de dicha información<sup>6</sup>.
7. El 30 de noviembre de 2021, personal de la Secretaría Técnica de la ORI Arequipa realizó una inspección a la página web de la Municipalidad <https://www.munimoquegua.gob.pe/documentos-gestion>, a fin de verificar la

<sup>5</sup>

**LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

**Artículo 35.- Actividad Empresarial Municipal.-**

Las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales.

En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para ésta. En ningún caso podrán constituir competencia desleal para el sector privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva.

El control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

<sup>6</sup>

Por Resolución 003-2019/SEC-TEC-INDECOPI-AQP del 23 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica de la ORI Arequipa reiteró el requerimiento de información referido a los ingresos obtenidos por la venta de combustibles en los dos establecimientos mencionados desde el año 2015 al 2019, bajo apercibimiento de aplicar las disposiciones establecidas en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

información correspondiente a los Documentos de Gestión publicados en el mencionado portal web. Al respecto, el órgano instructor dejó constancia de que en dicha página web se encuentran publicados los documentos denominados “Presupuesto Institucional de Apertura” de los años 2019, 2020 y 2021, los cuales incorporó al expediente.

8. Mediante Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021, la Comisión: (i) halló responsable a la Municipalidad por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas; (ii) la sancionó con una multa de 644.04 (seiscientos cuarenta y cuatro punto cero cuatro) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT); y, (iii) le ordenó el cumplimiento de una medida correctiva<sup>7</sup>. La primera instancia sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

#### Sobre los actos de violación de normas

- (i) De la información obrante en el expediente, se observa que la Municipalidad ha venido realizando las siguientes actividades (lo cual no ha sido negado por la imputada): (a) venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; (b) alquiler de maquinarias y equipos; y, (c) venta de agregados.
- (ii) Dichas actividades no responden a una labor de *ius imperium*, pues pueden ser prestadas por cualquier agente económico que desee llevarlas a cabo. Tampoco son de corte asistencial, pues no son servicios que, por mandato constitucional, la Municipalidad se encuentre obligada a prestar. Además, estos servicios no se brindan a las personas de bajos recursos, sino que se prestan a todas las personas naturales y jurídicas.
- (iii) La Municipalidad ha sostenido que su actividad empresarial estaría sustentada en lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades. No obstante, de la lectura de dicho artículo, se advierte que regula la creación y el objeto de las empresas municipales, las cuales tienen por finalidad la prestación de servicios públicos municipales, categoría dentro de la cual no podría incluirse las actividades económicas de venta de combustibles, alquiler de maquinarias y equipos o la venta de agregados.
- (iv) La imputada no ha cumplido con indicar alguna ley emitida por el Congreso de la República que la habilite a realizar las actividades cuestionadas, por lo que ha quedado acreditado que contravino lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, incurriendo así en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

<sup>7</sup> Consistente en el cese inmediato de las actividades empresariales de venta de bienes y servicios que viene efectuando; es decir: (i) venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; (ii) alquiler de maquinarias y equipos; y, (iii) venta de agregados.



### Sobre la graduación de la sanción

- (v) La Municipalidad no ha cumplido con presentar la información correspondiente a los ingresos obtenidos por la venta de combustibles en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”. Por consiguiente, a fin de graduar la sanción a imponer, se tomará como beneficio ilícito, la suma de los montos por la venta de bienes y servicios obtenidos por la Municipalidad durante los años 2018 y 2019 (año en el que se efectuó la imputación de cargos), publicados por la Municipalidad en los documentos denominados “Presupuesto Institucional de Apertura” –a través de su portal web- y que en tales años ascienden en total a S/ 50’557,202.00 (cincuenta millones quinientos cincuenta y siete mil doscientos dos soles).
- (vi) A fin de calcular la probabilidad de detección de la infracción, resulta pertinente tomar en cuenta la Resolución 581-2015/SDC-INDECOPI, en la cual se estimó que la probabilidad de detección para una actividad empresarial cuya duración fue de 3 (tres) años con 3 (tres) meses en un establecimiento abierto al público (en aquel caso una clínica veterinaria) y cuya conducta fue detectada por el gremio de veterinarios y no por la autoridad, equivalía al 80%. En el presente caso se aprecia un supuesto similar, ya que la infracción fue advertida a través de una denuncia informativa. Por ende, se estima que en el presente caso la probabilidad de detección también es del 80%<sup>8</sup>.
- (vii) De conformidad con lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la sanción a imponer no puede sobrepasar el 10% de los ingresos obtenidos por la Municipalidad en el ejercicio inmediato anterior. Teniendo ello en cuenta, se advierte que en su página web se encuentra publicado el documento denominado “Presupuesto Institucional de Apertura 2020”, en el cual se aprecia que sus ingresos obtenidos por la venta de bienes y servicios y derechos administrativos en dicho año, ascienden a S/ 28’338,040.00 (veintiocho millones trescientos treinta y ocho mil cuarenta soles). Por tanto, la multa no puede superar el 10% de dicho monto, es decir, S/ 2’833,804.00 (dos millones ochocientos treinta y tres mil ochocientos cuatro soles), equivalente a 644.04 (seiscientos cuarenta y cuatro punto cero cuatro) UIT.
- (viii) Por lo expuesto, corresponde imponer a la Municipalidad una multa de 644.04 (seiscientos cuarenta y cuatro punto cero cuatro) UIT, en atención al límite máximo contemplado en la referida norma.

<sup>8</sup> Como resultado de dividir el monto del beneficio económico entre dicha probabilidad de detección, se obtuvo la suma de S/ 68’196,502.50 (monto equivalente a 15,499.20 UIT).



9. El 1 de febrero de 2022, la Municipalidad interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP<sup>9</sup>, con base en los siguientes argumentos:
- (i) La Comisión no ha tomado en cuenta su escrito presentado el 18 de marzo de 2021 y que remitió al correo [operacionesenlinea@indecopi.gob.pe](mailto:operacionesenlinea@indecopi.gob.pe) (cuya copia adjunta a su apelación), a través del cual presentó la información referida a los ingresos y gastos correspondientes a las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio” en los años 2015 a 2020. Por tanto, la graduación de la sanción no se encuentra debidamente motivada.
  - (ii) La Comisión no ha considerado que al momento de la creación de las empresas municipales a través de las cuales realizó actividad económica, se encontraba vigente la Ley 23853 – Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante Ley 23853), la cual establecía en el inciso 6 de su artículo 36 que el concejo municipal tenía la atribución de aprobar la creación de empresas municipales<sup>10</sup>. Asimismo, dicha ley establecía en su artículo 58 que las empresas municipales eran creadas por acuerdo de la mayoría del número legal de regidores y que tales empresas adoptaban cualesquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial del Estado<sup>11</sup>.
  - (iii) Por tanto, a la fecha en que empezó a realizar las actividades materia de controversia, el concejo municipal se encontraba plenamente facultado para aprobar la creación de empresas municipales, conforme a lo dispuesto por la norma vigente en aquel entonces (Ley 23853), por lo que la realización de tales actividades ha sido llevada a cabo con arreglo a lo establecido en la referida ley.

<sup>9</sup> Cabe precisar que en su escrito, la Municipalidad indicó que interponía un recurso de reconsideración. No obstante, mediante Resolución 4 del 7 de marzo de 2022, la Secretaría Técnica de la ORI Arequipa calificó dicho escrito como un recurso de apelación.

<sup>10</sup> **LEY 23853. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**  
(Norma derogada por la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley 27972, publicada el 27 mayo de 2003)

**Artículo 36.-**

Los Concejos Municipales ejercen las siguientes atribuciones:

(...)

6.- Aprobar la creación de empresas municipales, la participación de la Municipalidad en las de carácter mixto con los sectores público y privado, con sujeción al artículo 12 en los casos que corresponda.

<sup>11</sup> **LEY 23853. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**  
(Norma derogada por la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley 27972, publicada el 27 mayo 2003)

**Artículo 58.-**

Las empresas municipales son creadas por acuerdo de la mayoría del número legal de Regidores. Dichas empresas adoptan cualesquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial del Estado.



10. El 17 de marzo de 2022, la Municipalidad presentó un escrito a través del cual reiteró los argumentos expuestos en su apelación y adicionalmente, señaló lo siguiente:
- (i) Para graduar la sanción, la Comisión tomó en cuenta los ingresos consignados en el ítem “Recursos Directamente Recaudados” del documento denominado “Presupuesto Institucional de Apertura” de la Municipalidad. Sin embargo, los montos empleados por la Comisión para el cálculo de la multa correspondían al total de ingresos recaudados por dicha entidad, lo cual comprende no solo la venta de combustibles, agregados, alquiler de maquinarias y equipos, sino también lo recaudado mediante el pago de tasas.
  - (ii) La sanción impuesta no ha sido calculada tomando en cuenta los ingresos referidos al alquiler de maquinarias de equipos ni tampoco a la venta de agregados, pues se trata de información que nunca le fue requerida. Por tal motivo, la sanción impuesta carece de motivación.
11. Por Requerimiento 009-2022/SDC del 18 de agosto de 2022, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) solicitó a la Municipalidad que cumpla con informar el monto de las ventas o ingresos brutos, expresado en soles, percibidos específicamente por el alquiler de maquinarias y equipos, así como por la venta de agregados, durante el año 2020.
12. El 25 de agosto de 2022, la Municipalidad cumplió con presentar la información referida a los ingresos percibidos por el alquiler de maquinarias y equipos durante el año 2020. Sin embargo, no presentó la información correspondiente a los ingresos obtenidos en dicho año por la venta de agregados. En atención a ello, mediante Requerimiento 010-2022/SDC del 26 de agosto de 2022, la Secretaría Técnica de la Sala reiteró a la Municipalidad que cumpla con presentar tal información.
13. Por escrito del 15 de setiembre de 2022, la Municipalidad señaló no haber obtenido ingresos por la venta de agregados en el año 2020.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

14. De acuerdo con lo expuesto, la Sala deberá determinar lo siguiente:
- (i) Determinar si la Municipalidad incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al principio de subsidiariedad; y,
  - (ii) de ser el caso, determinar si corresponde confirmar la multa y medida correctiva impuestas.

### III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### III.1. Sobre la presunta violación de normas por la realización de actividad empresarial sin cumplir lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución

##### III.1.1 Marco normativo

###### A) Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

15. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.
16. Este principio se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, el cual señala que *“sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”*.
17. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de economía social de mercado acogido por la Constitución<sup>12</sup>, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (tales como la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria<sup>13</sup>.
18. El precepto constitucional relativo al rol subsidiario empresarial del Estado es también un límite que evita que el Estado se sobredimensione y destine los recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> **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.

<sup>13</sup> 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.”*

<sup>14</sup> Por ejemplo, alguna dependencia estatal decide constituir un bazar en el cual se venden zapatos, alimentos y otros productos similares. Como en dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda, resulta evidente que la necesidad de la población puede ser atendida por los particulares, por lo que la administración pública no debería invertir en llevar a cabo tal actividad económica.

19. Otra razón muchas veces mencionada, que justifica el principio de subsidiariedad económica en la actividad empresarial del Estado es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas.
20. La Administración Pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales<sup>15</sup> y suelen tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad<sup>16</sup>. De hecho, es común que las actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado.
21. Esto puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que - incluso- puede afectar 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*”<sup>17</sup>.
22. Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria acepta que la intervención estatal en los mercados se encuentre excepcionalmente justificada<sup>18</sup>. Las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos.

Cfr: VICKERS, John y YARROW, George. “Un análisis económico de la privatización”. Fondo de Cultura Económica. México. 1991. Pg. 49.

<sup>17</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement.*”

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

<sup>18</sup> Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos.

Cfr.: STIGLITZ, Joseph E. “La economía del sector público”. Editorial Bosch. Barcelona. 2002.

pueden satisfacer la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público.

23. Como lo señalan distintos autores, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Así, cuando el Estado concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en una situación de ventaja artificial sobre sus competidores: pueden acceder a privilegios de financiación con respaldo de los fondos públicos (subsidios), pueden ofrecer precios por debajo de determinados niveles de costos, podrían percibir ampliaciones de capital para soportar los déficits que su gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, pueden percibir privilegios jurídicos respecto de los particulares<sup>19</sup>.

#### B) Metodología de aplicación

24. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala<sup>20</sup>, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado.
25. Uno de los actos de competencia desleal contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es el de violación de normas. Dentro de dicho tipo infractor, un supuesto particular, recogido en el artículo 14.3 de la norma antes mencionada, señala lo siguiente:

#### **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

##### **"Artículo 14.- Actos de violación de normas.-**

(...)

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI.**

##### **Artículo 25.- De la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.-**

Corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

##### **Artículo 31.- Apelación de resoluciones y su sustentación ante la segunda instancia.-**

31.1 Las resoluciones de las Comisiones que pongan fin a la instancia, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o causen indefensión podrán ser apeladas ante la Sala del Tribunal que tenga competencia en la materia. (...)



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

26. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad empresarial desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en la Constitución.
27. De acuerdo con el criterio desarrollado por esta Sala mediante la Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre de 2010<sup>21</sup>, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de carácter empresarial; pues si la conducta que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.
28. Solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecúe a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:
- (i) El primero, de tipo formal, exige que la realización de **la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa** aprobada por el Congreso. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad; no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación;
  - (ii) el segundo requisito es de fondo e implica **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
  - (iii) el tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer

<sup>21</sup> Asimismo, véase, a manera de ejemplo, 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, Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 060-2019/SDC-INDECOPI, Resolución 126-2019/SDC-INDECOPI y Resolución 041-2022/SDC-INDECOPI.

reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**<sup>22</sup>.

29. Adicionalmente, debe resaltarse que según lo dispuesto por el referido artículo 14.3, para que se configure el supuesto de violación de normas no es necesario que se acredite la obtención de una ventaja competitiva significativa, bastando que la actividad empresarial estatal vulnere el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución antes mencionado.
30. En línea con lo anterior, la intervención empresarial del Estado será lícita solo en caso de que supere cada uno de los tres requisitos mencionados. De lo contrario, nos encontraremos ante una infracción a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución y, por tanto, se configurará el supuesto de violación de normas previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
31. Habiéndose esbozado la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde analizar si las actuaciones cuestionadas califican como actividad empresarial del estado.
- III.1.2 Si la prestación de los servicios de venta de combustible en 2 (dos) grifos municipales, alquiler de maquinarias y equipos, así como la venta de agregados por parte de la Municipalidad, califican como actividades empresariales.
32. Tal como ha sido desarrollado en el acápite anterior, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta realizada por la entidad estatal califica como actividad empresarial.
33. En el presente caso, a través de la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP, la Comisión analizó las presuntas actividades infractoras realizadas por la Municipalidad y concluyó que la prestación de los servicios de venta de combustible en 2 (dos) grifos municipales, alquiler de maquinarias y equipos y venta de agregados sí calificaban como una actividad empresarial<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Con relación a este tercer elemento, cabe precisar que la autoridad de competencia se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Por lo tanto, solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

<sup>23</sup> Al respecto, en la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP se señala lo siguiente:

**RESOLUCIÓN 594-2021/INDECOPI-AQP DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2021**

"(...)

45.- Considerando que la labor de *ius imperium*, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, y tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos, actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tales como: i) Alquiler de Maquinarias; ii) Servicios de Laboratorio; iii) Venta de Agregados y iv) Actividades de estaciones de servicios (venta de combustibles),



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE  
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0146-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 003-2019/CCD-INDECOPI-AQP

34. De la revisión del escrito de apelación presentado por la Municipalidad no se advierte que contenga argumentos destinados a cuestionar tal calificación realizada por la primera instancia. Asimismo, a lo largo del procedimiento no se aprecia que haya presentado alegatos dirigidos a rebatir el hecho de que vendrían realizando las actividades imputadas<sup>24</sup>.
35. Sin perjuicio de lo anterior, obran en el expediente 2 (dos) comprobantes de pago por la venta de combustible en los grifos “San Bernabé” y “San Antonio”, emitidos por la Municipalidad en abril y mayo de 2019, respectivamente<sup>25</sup>.
36. Además, de la revisión del expediente, se advierten los documentos “Presupuesto Institucional de Apertura” de los años 2018 y 2019 -emitidos por la Municipalidad-, en los que se indica en la sección “Recursos Directamente Recaudados” que sus ingresos obtenidos corresponden, entre otros, a la venta de combustibles en los grifos municipales, al alquiler de maquinarias y equipos, así como a la venta de agregados<sup>26</sup>.

---

*no califican como una labor que se desarrolla en el ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de ius imperium propias de la existencia del Estado.*

46.- *Ello, debido a que dichas actividades –previo cumplimiento de los requisitos legales para su habilitación– pueden ser prestadas por cualquier agente económico que quiera ejercerla.*

47.- *Respecto a las actividades de corte asistencial, debe indicarse que, en diversas resoluciones, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, ha señalado que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible.*

48.- *Entre estas prestaciones obligatorias están aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social. En estos casos, el Estado cobra un monto que cubre todo o parte del costo de la actividad, pues su objetivo es satisfacer a aquel segmento de la población de escasos recursos que, de otra manera, no podría acceder a estos servicios esenciales.*

49.- *En atención a lo indicado, las actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tales como: venta de combustibles, alquiler de maquinarias y equipos y venta de agregados, no califican como actividades de corte asistencial, puesto que no son servicios que por mandato constitucional se encuentren obligadas a prestar. Asimismo, dicha actividad no es brindada a las personas de más bajos recursos, sino para cualquier persona natural o jurídica.*

50.- *En consecuencia, las actividades de venta de bienes y prestación de servicios: i) venta de combustibles en dos (2) grifos municipales; ii) alquiler de maquinarias y equipos y iii) venta de agregados, son actividades empresariales. (...)*

<sup>24</sup> Incluso, en su apelación sostuvo que habría efectuado tales actividades con arreglo a lo previsto en la Ley 23853 (ver literal 3 del numeral 9 de la presente resolución).

<sup>25</sup> En la parte superior de tales comprobantes de pago, se observa que se consignó la denominación completa de la Municipalidad (Municipalidad Provincial Mariscal Nieto) así como el número de RUC 20154469941, correspondiente a dicha entidad edil (ver fojas 22 y 23 del expediente).

<sup>26</sup> A manera de ejemplo, a continuación, se detalla lo indicado en el documento denominado “Presupuesto Institucional de Apertura 2018 (ver foja 28 del expediente):

“(…)

**1.3 VENTA DE BIENES Y SERVICIOS Y DERECHOS ADMINISTRATIVOS**

*Son los recursos financieros provenientes de la venta de bienes y/o servicios que la entidad pública produce, independientemente de su función de administración, procurando la cobertura individualizada de sus costos. Incluye los derechos administrativos o tasas que se cobran por la prestación de un servicio individualizado de carácter*

37. Por consiguiente, se ha verificado que la Municipalidad habría llevado a cabo las siguientes actividades: (i) venta de combustible en 2 (dos) grifos municipales; (ii) alquiler de maquinarias y equipos; y, (iii) venta de agregados, recibiendo una contraprestación por tales actividades, pese a que dicha actuación no corresponde al ejercicio de sus funciones propias del *ius imperium*<sup>27</sup> ni constituye la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales<sup>28</sup>. Por tanto, la prestación de dichas actividades califica como actividad de índole empresarial.
38. Teniendo ello en cuenta, corresponde a esta Sala proseguir con el siguiente nivel de análisis, esto es, verificar si la actividad empresarial desarrollada se adecúa a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución.

### III.1.3. Si las actividades empresariales en cuestión se encuentran habilitadas por ley expresa

#### A) Marco jurídico

39. El primer requisito de licitud previsto en el artículo 60 de la Constitución es de tipo formal y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por “ley expresa”.
40. De acuerdo a lo desarrollado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI y en posteriores pronunciamientos a dicha resolución<sup>29</sup>, se observa que en mérito al antes citado artículo 60 de la Constitución, la autorización de la actividad empresarial de las entidades estatales se encuentra sometida a la expedición de una ley aprobada por el Congreso.

---

obligatorio y de naturaleza regulatoria. Asimismo, incluye la venta de combustible de los grifos municipales y el alquiler de maquinarias y equipos así como la venta de agregados (...)  
(Subrayado añadido)

<sup>27</sup> La labor de *ius imperium*, por esencia es de titularidad reservada del Estado, y tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos. Por tanto, la prestación de los servicios de venta de combustible en 2 (dos) grifos municipales, alquiler de maquinarias y equipos y venta de agregados, no califican como labores que se desarrollan en el ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de *ius imperium* propias de la existencia del Estado, pues dichas actividades –previo cumplimiento de los requisitos legales para su habilitación– pueden ser prestadas por cualquier agente económico que quiera ejercerlas.

<sup>28</sup> El rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible. Entre estas prestaciones obligatorias están aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social, entre otros. Por tanto, los servicios materia de cuestionamiento tampoco califican como actividades de corte asistencial *per se*, puesto que no son prestaciones que por mandato constitucional alguna entidad del estado se encuentra obligada a prestar.

<sup>29</sup> Como, por ejemplo, en las Resoluciones 060-2019/SDC-INDECOPI, 126-2019/SDC-INDECOPI y 041-2022/SDC-INDECOPI.



41. Dicha interpretación es respaldada 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 Legislativo.
42. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que es un principio de interpretación legal que toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente<sup>30</sup>. En tal sentido, si se considera que la participación empresarial del Estado es un escenario excepcional, entonces la lectura del requisito de “autorización por ley” para desarrollar la actividad empresarial debe entenderse restrictivamente como autorización por ley del Congreso de la República.
43. Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, conforme al cual se exige que la autorización otorgada al Estado para desarrollar una actividad económica responda a un objetivo de “alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Tanto el elevado interés público como la conveniencia para los fines de la nación son aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad (por ejemplo, una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo), sino por el Congreso de la República, al ser el mecanismo donde existen mayores exigencias para la aprobación de las normas, así como más representatividad y debate.
44. Por consiguiente, dado que conceptos como interés público o conveniencia para los fines del Estado deben ser discutidos y definidos por el Congreso de la República, en calidad de órgano legitimado para representar los intereses de la nación, es que la exigencia de “ley” recogida en el artículo 60 de la Constitución se entiende como aquella ley producto del debate político realizado en el parlamento.

<sup>30</sup> El principio de interpretación según el cual las normas que establecen excepciones deben ser interpretadas restrictivamente ha sido acogido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Véase, por ejemplo, la Sentencia del 19 de enero de 2001, correspondiente al Exp. 1318-2000-HC/TC. En el mismo sentido, el profesor Rubio precisa que las normas excepcionales son normas *“cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva”*. RUBIO CORREA, Marcial. *“El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004, p. 295.



45. En conclusión, la exigencia de **autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso de la República**, siendo esta regla aplicable para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos.

46. Corresponde indicar también que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma.

B) Aplicación al presente caso

47. En su recurso de apelación, la Municipalidad alegó que al iniciar la prestación de las actividades materia de controversia, el concejo municipal se encontraba plenamente facultado para aprobar la creación de empresas municipales, conforme a lo dispuesto por la norma vigente en aquel entonces (en referencia a la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades actualmente derogada). En atención a ello, sostuvo que la creación de las empresas municipales a través de las cuales habría realizado tales actividades fue llevada a cabo con arreglo a lo establecido en los artículos 36 y 58 de la Ley 23853.

48. Al respecto, los artículos 36 y 58 de la derogada Ley 23853 establecían lo siguiente:

**LEY 23853. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

**(Norma derogada por la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley 27972, publicada el 27 mayo de 2003)**

**“Artículo 36.-**

*Los Concejos Municipales ejercen las siguientes atribuciones:*

*(...)*

*6.- Aprobar la creación de empresas municipales (...)*”

**“Artículo 58.-**

*Las empresas municipales son creadas por acuerdo de la mayoría del número legal de Regidores. Dichas empresas adoptan cualesquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial del Estado”.*

49. De la revisión del texto de los artículos citados, se aprecia que estaban referidos a la creación de empresas municipales, es decir, son disposiciones referidas a la realización de actividad empresarial a través de una persona jurídica distinta a la municipalidad (la empresa municipal).

50. Sin embargo, no se verifica que en este caso, la prestación de los servicios materia de controversia hayan sido ofertados por una empresa municipal, sino más bien por la propia Municipalidad. En efecto, obran en el expediente las licencias de funcionamiento otorgadas a favor de la Municipalidad para operar



los grifos “San Bernabé” y “San Antonio”, de fechas 30 de mayo de 1997 y 16 de noviembre de 2000, respectivamente<sup>31</sup>. Adicionalmente, se advierten 2 (dos) comprobantes de pago por la venta de combustible en los grifos “San Bernabé” y “San Antonio”, emitidos por la Municipalidad en abril y mayo de 2019, respectivamente, en los cuales no consta referencia alguna a la intervención de una empresa municipal<sup>32</sup>. Tal documentación permite inferir que es dicha entidad edil la que presta directamente tales servicios.

51. De la revisión del expediente, no se aprecia que la imputada tampoco haya presentado algún acuerdo del concejo municipal dirigido a la creación de una empresa municipal que realice las actividades materia de imputación.
52. Si bien la Municipalidad ha presentado diversos documentos con su escrito de descargos (correspondientes a la autorización municipal para llevar a cabo la venta de combustibles en los grifos “San Bernabé” y “San Antonio”)<sup>33</sup>, en

<sup>31</sup> Ver fojas 52 y 53 del expediente.

<sup>32</sup> Ver nota al pie 25.

<sup>33</sup> Lo mencionados documentos presentados por la Municipalidad son los siguientes:

- (i) Resolución de Alcaldía 439-97-A/MUNIMOQ del 22 de mayo de 1997, mediante la cual se resolvió considerar dentro de la estructura orgánica de la Municipalidad, la unidad operativa “Grifo Municipal” como órgano desconcentrado, obrante en la foja 43 del expediente;
- (ii) Resolución de Alcaldía 1068 del 4 de julio de 2002, mediante la cual se resolvió aprobar el Reglamento de Organización y Funciones del “Grifo Municipal Moquegua”, el cual funcionaría como un órgano desconcentrado bajo la forma de un “Centro de Comercialización de Combustible y Lubricantes”, obrante en la foja 44 del expediente;
- (iii) Resolución Directoral Sub Regional 080-96-DSREM.M/R.MTP del 23 de agosto de 1996, mediante la cual se otorgó la autorización de instalación de puesto de venta de combustible “Grifo Municipal”, ubicado en la Esquina de la Avenida Balta con la Avenida 25 de Noviembre, distrito de Moquegua, provincia Mariscal Nieto y departamento de Moquegua, obrante en la foja 45 del expediente;
- (iv) Resolución Directoral 010-97-DSREM.M/R.MTP del 29 de mayo de 1997, mediante la cual se resolvió otorgar autorización de uso y funcionamiento de las instalaciones del puesto de venta de combustible “Grifo Municipal” ubicado en la Esquina de la Avenida Balta con la Avenida 25 de Noviembre, distrito de Moquegua, provincia Mariscal Nieto y departamento de Moquegua, obrante en la foja 46 del expediente;
- (v) El Oficio 372-97-EM/DGH remitido por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, el cual adjunta la Resolución Directoral 414-97-EM/DGH del 24 de julio de 1997, mediante la cual se resuelve aprobar el estudio de impacto ambiental del “Grifo Municipal”, obrante en las fojas 47 a 49 del expediente;
- (vi) Ficha de Registro 9057-056-181217 -otorgada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante Osinergmin)- de la ubicación del establecimiento localizado en Avenida Balta con la Avenida 25 de Noviembre, distrito de Moquegua, provincia Mariscal Nieto y departamento de Moquegua, obrante en la foja 50 del expediente;
- (vii) Ficha de Registro 20020-050-010915 -otorgada por el Osinergmin- de la ubicación del establecimiento localizado en Avenida Santa Fortunata s/n C.P. San Antonio (Antes Av. Alfonso Ugarte s/n – Vía San Antonio y Av. Martiano Lino Urquieta), distrito de Moquegua, provincia Mariscal Nieto y departamento de Moquegua, obrante en la foja 51 del expediente;
- (viii) Autorización Municipal de Funcionamiento 01668 del 30 de mayo de 1997, correspondiente al grifo municipal ubicado en Avenida Balta con la Avenida 25 de Noviembre, distrito de Moquegua, provincia Mariscal Nieto y departamento de Moquegua, para el servicio de “venta de combustibles, carburantes y lubricantes”, obrante en la foja 52 del expediente;
- (ix) Licencia de Apertura de Establecimiento de 16 de noviembre del 2000, correspondiente al “Grifo Municipal San Antonio”, para el servicio de “Comercialización de combustible, carburantes y lubricantes”, obrante en la foja 53 del expediente;
- (x) Recibo por honorarios E001-103 del 21 de junio de 2019, por concepto de “consulta de posibilidades de constitución de OPD Municipal para la descentralización de la administración de los Grifos Municipales, llevado el 11 de junio de 2019 en el Estudio Jurídico de República de Chile 323 Arequipa”, obrante en la foja 54 del expediente; y,

ninguno de ellos se observa algún acuerdo del concejo municipal referido a la creación de una persona jurídica distinta a la Municipalidad y cuya finalidad haya sido la realización de las actividades objeto de análisis.

53. Por tanto, en el presente caso, al no apreciarse la existencia de una empresa municipal que haya prestado los servicios materia de imputación, no resultan pertinentes los artículos 36 y 58 de la derogada Ley 23853 (vigente al inicio de las actividades efectuadas por la imputada) señalados por la Municipalidad.
54. Incluso no se advierte que la vigente Ley Orgánica de Municipalidades –la cual regula la organización y competencias de las municipalidades, así como las actividades que estas desarrollan<sup>34</sup>- contenga alguna disposición por medio de la cual habilite a la Municipalidad para realizar las actividades de venta de combustible, alquiler de maquinarias y equipos o venta de agregados.
55. Cabe tener en cuenta que, el desarrollo de actividad empresarial por parte de los gobiernos locales se encuentra regulado -además de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución- en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades<sup>35</sup>, el cual establece que las empresas municipales deberán ser creadas por ley, bajo iniciativa del concejo municipal. Sin embargo, en el presente caso, no hay evidencia de alguna ley que autorice expresamente a la Municipalidad a realizar las mencionadas actividades o que haya creado una empresa municipal para tales fines.
56. Como se puede apreciar, la Ley Orgánica de Municipalidades no contiene disposición alguna a través de la cual se habilite a la imputada a realizar las actividades antes indicadas. Asimismo, la Municipalidad no ha cumplido con

---

(xi) Recibo por honorarios E001-104 del 21 de junio de 2019, por concepto de “servicio de sustentación de anteproyecto oralizado de constitución de una OPD Municipal para regentar los gritos de la Municipalidad Prov. Mariscal Nieto, llevado el 21 de junio en el despacho de alcaldía y Gerencia Municipal ante el alcalde y equipo técnico”, obrante en la foja 55 del expediente.

<sup>34</sup> **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

**Artículo 1.- Objeto de la ley.**

La presente ley orgánica establece normas sobre la creación, origen, naturaleza, autonomía, organización, finalidad, tipos, competencias, clasificación y régimen económico de las municipalidades; también sobre la relación entre ellas y con las demás organizaciones del Estado y las privadas, así como sobre los mecanismos de participación ciudadana y los regímenes especiales de las municipalidades.

<sup>35</sup> **LEY 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

**Artículo 35.- Actividad Empresarial Municipal.-**

Las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales.

En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para ésta. En ningún caso podrán constituir competencia desleal para el sector privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva.

El control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

presentar una ley emitida por el Congreso de la República que la autorice a realizar tales actividades, pese a que la Comisión también advirtió esta deficiencia en su pronunciamiento final.

57. Al no haber cumplido con el primer requisito de licitud de la conducta materia de imputación (que la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa), carece de objeto evaluar si la actividad empresarial llevada a cabo por la Municipalidad cumplía con los otros dos requisitos indicados en el numeral 28 de este pronunciamiento (el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado y la satisfacción de un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional). Esto es así, debido a que es necesario que todos los requisitos establecidos concurren a fin de verificar que la actividad empresarial estatal materia de análisis se adecúa a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución.
58. En consecuencia, este colegiado concluye que ha quedado acreditado que la Municipalidad ha realizado actividad empresarial consistente en la venta de combustible, el alquiler de maquinarias y equipos, así como la venta de agregados, sin contar con una ley emitida por el Congreso de la República que la autorice; por lo que ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
59. De acuerdo a lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP, en el extremo que declaró fundada la imputación contra la Municipalidad por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por realizar actividades empresariales estatales sin cumplir con lo señalado en el artículo 60 de la Constitución.

### III.2. Graduación de la sanción

#### III.2.1. Marco normativo

60. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>36</sup> establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción. Así, se adoptarán los factores de graduación que

<sup>36</sup>

#### **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.

correspondan en función a la conducta infractora cometida, considerando las particularidades y características de cada caso en concreto.

61. Del mismo modo, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 248.3 del TUO de la Ley 27444, que se erige como una regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>37</sup>. Este principio determina que la Administración impondrá sanciones proporcionales a la infracción cometida y las circunstancias particulares de su realización, de manera tal que la comisión de las conductas punibles no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
62. En virtud de lo anterior, la aplicación de las reglas antes señaladas permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad que pudiese trasgredir los derechos de los administrados.
63. Ahora bien, un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener un rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, ello opera influyendo en las decisiones de los agentes del mercado al impactar negativamente sobre el beneficio derivado de la realización de prácticas ilegales, de modo que dicho beneficio ilícito resulte menor que aquel obtenido de actividades realizadas en el marco de la legalidad<sup>38</sup>. Esto resulta concordante con el principio de razonabilidad antes desarrollado.
64. Sobre la base de esta premisa, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala<sup>39</sup> está referido al beneficio ilícito, el cual representa aquella desviación en la demanda de los

<sup>37</sup> **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

**Artículo 248.- 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.

(...)

<sup>38</sup> BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, 1968, pp. 169-217.

<sup>39</sup> Al respecto ver: (i) Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; (ii) Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Products S.A.; (iii) Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.; (iv) Resolución 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016, correspondiente al procedimiento iniciado por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Bielsa S.A.C.; (v) Resolución 0245-2017/SDC-INDECOPI del 4 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado por Producción y Mantenimiento del Perú S.A.C. contra Street Media S.A.; (vi) Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Supermercados Peruanos S.A., entre otras.

consumidores que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, producto de la infracción cometida.

65. Complementariamente, debe considerarse que cuando un agente económico racional decide cometer una conducta ilícita, previamente tiene en cuenta la probabilidad de que sea detectado por la autoridad administrativa y, como consecuencia de este hecho, deba asumir como costo el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de multa<sup>40</sup>. En este sentido, la graduación que se realice está sujeta a la detección y sanción de la infracción, la cual, dado el costo de supervisión de los mercados por parte de la autoridad y la dificultad de acceder a la información relevante, se da con cierta probabilidad.
66. En esta línea, es pertinente tomar en cuenta que no todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad de detección y, por tanto, una multa mayor; mientras que, si el acto ilícito es de más fácil detección, le corresponderá un porcentaje mayor de probabilidad de detección y, con ello, una multa menor.
67. Sin perjuicio de lo antes indicado, de acuerdo con lo señalado en anteriores pronunciamientos<sup>41</sup>, se debe tener en cuenta que existen situaciones en las que el criterio del beneficio ilícito no resulta aplicable o en las cuales no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor. En estos casos, la autoridad puede remitirse a los demás criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

### III.2.2. Aplicación al presente caso

68. Mediante Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP, la Comisión sancionó a la Municipalidad con una multa de 644.04 UIT. A criterio de la primera instancia, el beneficio ilícito obtenido por la Municipalidad por las actividades infractoras

<sup>40</sup> Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. Op. Cit. Pp. 169-217.

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tiene sobre los infractores: "(...) *la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa)*". COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

<sup>41</sup> A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 0365-2015/SDC-INDECOPI, 0542-2016/SDC-INDECOPI y 0646-2016/SDC-INDECOPI.

prestadas en los años 2018 y 2019<sup>42</sup> ascendía a S/ 50'557,202.00 (equivalente a 11,490.27 UIT)<sup>43</sup>. Sin embargo, en atención al límite legal establecido en el artículo 52 de la Ley de Represión de Competencia Desleal<sup>44</sup>, la Comisión le impuso una multa ascendente a 644.04 UIT<sup>45</sup>.

69. En su recurso de apelación, la Municipalidad alegó que la Comisión no había tomado en cuenta su escrito presentado el 18 de marzo de 2021 a través del correo [operacionesenlinea@indecopi.gob.pe](mailto:operacionesenlinea@indecopi.gob.pe) (cuya copia adjunta a su apelación), a través del cual habría remitido la información referida a los ingresos y gastos correspondientes a las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio” en los años 2015 a 2020. En atención a ello, el recurrente indicó que la graduación de la sanción efectuada por la Comisión no se encuentra debidamente motivada.
70. Al respecto, el artículo 134.2 del TUO de la Ley 27444<sup>46</sup> establece que, en tanto cuenten con sistemas de transmisión de datos a distancia, las entidades públicas facilitarán su empleo para la recepción de documentos o solicitudes de los administrados.
71. Sobre el particular, el 26 de abril de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano la Directiva 006-2015-TRI-INDECOPI - Directiva que establece reglas aplicables para la recepción de documentos por medios de transmisión a distancia dirigidos a los órganos resolutorios del Indecopi, cuyo artículo 3 indica que los administrados pueden presentar documentos por el medio de

<sup>42</sup> Si bien el período infractor inició en el año 1997, la Comisión solo tomó en cuenta los ingresos obtenidos por la Municipalidad en los años 2018 y 2019, pues, a decir de dicho órgano resolutorio, solo contaba con dicha información.

<sup>43</sup> Cabe precisar que el valor de la UIT empleado por la Comisión corresponde al del año en el que emitió su pronunciamiento (2021); es decir S/ 4,400.00 (cuatro mil cuatrocientos soles).

<sup>44</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

**Artículo 52.- Parámetros de la sanción.**

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

(...)

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.

<sup>45</sup> Para determinar el referido límite legal, la Comisión tomó en cuenta el monto de ingresos obtenido por la Municipalidad, señalado en el ítem “Venta de bienes y servicios y derechos administrativos” del documento denominado “Presupuesto Institucional de Apertura” del año 2020.

<sup>46</sup> **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

**Artículo 134.- Recepción por transmisión de datos a distancia.-**

**(Texto anterior a la modificación incorporada por la Ley 31465, publicada el 4 de mayo de 2022)**

(...)

134.2 Siempre que cuenten con sistemas de transmisión de datos a distancia, las entidades facilitan su empleo para la recepción de documentos o solicitudes y remisión de sus decisiones a los administrados.

(...)

transmisión a distancia que el Indecopi ponga a su disposición como formulario virtual contenido en la página web de la institución, mediante el ingreso al enlace <http://www.indecopi.gob.pe><sup>47</sup>.

72. La referida directiva también dispone que el Indecopi difundirá públicamente a la ciudadanía la puesta a disposición de medios de transmisión a distancia adicionales o que sustituyan al formulario virtual indicado anteriormente para la presentación de documentos<sup>48</sup>.
73. En atención a lo expuesto, mediante un comunicado difundido en su página web el 3 de abril de 2020<sup>49</sup>, el Indecopi informó a la ciudadanía que, en virtud del Estado de Emergencia Nacional y periodo de aislamiento social<sup>50</sup>, habilitó una mesa de partes virtual para atender la recepción de documentos, mediante el enlace: <https://www.indecopi.gob.pe/envio-de-documentos>.
74. Conforme a lo expuesto, la Sala observa que el correo al que la Municipalidad habría remitido su escrito del 18 de marzo de 2021 ([operacionesenlinea@indecopi.gob.pe](mailto:operacionesenlinea@indecopi.gob.pe)), no se trata de un medio de transmisión a distancia habilitado por el Indecopi para la recepción de documentos dirigidos a los órganos resolutivos de la entidad. Además, tampoco consta en el expediente que la primera instancia haya indicado a la Municipalidad que la referida dirección de correo electrónico haya sido un medio válido para la presentación de la documentación relacionada con este procedimiento.

<sup>47</sup> **DIRECTIVA 006-2015-TRI-INDECOPI. DIRECTIVA QUE ESTABLECE REGLAS APLICABLES PARA LA RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS POR MEDIOS DE TRANSMISIÓN A DISTANCIA DIRIGIDOS A LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DEL INDECOPI.**

**Artículo 3.- Requisitos para la presentación de documentos por medios de transmisión a distancia.**

Los administrados pueden presentar documentos por el medio de transmisión a distancia que el Indecopi ponga a disposición de estos como formulario virtual contenido en la página web de la institución, mediante el ingreso al siguiente enlace: <http://www.indecopi.gob.pe>.

(...)

<sup>48</sup> **DIRECTIVA 006-2015-TRI-INDECOPI. DIRECTIVA QUE ESTABLECE REGLAS APLICABLES PARA LA RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS POR MEDIOS DE TRANSMISIÓN A DISTANCIA DIRIGIDOS A LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DEL INDECOPI.**

**Artículo 3.- Requisitos para la presentación de documentos por medios de transmisión a distancia.**

(...)

El Indecopi difundirá públicamente a la ciudadanía la puesta a disposición de medios de transmisión a distancia adicionales o que sustituyan al formulario virtual indicado anteriormente para la presentación de documentos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En cualquier caso, los medios de transmisión a distancia que pudiera implementar la institución para dicha finalidad deberán garantizar que los administrados puedan obtener un acuse de recibo automático en el que conste el envío de los documentos y su recepción por los órganos resolutivos.

(...)

<sup>49</sup> Al respecto, ver <https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-habilita-mesa-de-partes-virtual-y-recuerda-sus-canales-de-atencion-disponibles-para-los-ciudadanos-durante-el-aislamiento-social> (fecha de visita 11 de octubre de 2022).

<sup>50</sup> Mediante el artículo 1 del Decreto Supremo 044-2020-PCM, se declaró el Estado de Emergencia Nacional y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) *“por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”*.

75. Por consiguiente, en la medida de que la dirección de correo electrónico [operacionesenlinea@indecopi.gob.pe](mailto:operacionesenlinea@indecopi.gob.pe) no se trata de un medio de transmisión a distancia habilitado por el Indecopi para la presentación de documentos relacionados con la tramitación de los procedimientos administrativos bajo su competencia, la Sala concluye que la Municipalidad no presentó válidamente en este expediente el escrito que alega haber remitido con fecha 18 de marzo de 2021<sup>51</sup>.
76. Por tanto, el hecho de que la Comisión no haya evaluado la información que consta en el referido escrito al emitir la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP no evidencia un defecto en la motivación de dicho acto administrativo, por lo que corresponde desestimar los argumentos de la Municipalidad en este punto.
77. Sin perjuicio de lo expuesto, en tanto el mencionado escrito del 18 de marzo de 2021 fue posteriormente presentado como un anexo del recurso de apelación que la Municipalidad interpuso contra la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP, será evaluado por la Sala para la revisión de la sanción impuesta por la primera instancia.
78. La Municipalidad sostuvo que al graduar la sanción, la Comisión tomó en cuenta los ingresos consignados en el ítem “Recursos Directamente Recaudados” de los documentos denominados “Presupuesto Institucional de Apertura” de los años 2018, 2019 y 2020, a pesar de que correspondían al total de ingresos recaudados por la Municipalidad y comprendería no solamente los ingresos por la venta de combustibles, agregados y alquiler de maquinarias y equipos, sino también a lo recaudado mediante el pago de tasas.
79. Al respecto, de la revisión de los documentos denominados “Presupuesto Institucional de Apertura” de los años 2018, 2019 y 2020<sup>52</sup>, se aprecia que en la sección “Recursos directamente recaudados” de cada uno de tales documentos, obran los montos correspondientes al concepto “Venta de bienes y servicios y derechos administrativos”, obtenidos por la Municipalidad en dichos años. Si bien se advierte que tales montos corresponden a los servicios de venta de combustible, alquiler de maquinarias y equipos y venta de

<sup>51</sup> **DIRECTIVA 006-2015-TRI-INDECOPI. DIRECTIVA QUE ESTABLECE REGLAS APLICABLES PARA LA RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS POR MEDIOS DE TRANSMISIÓN A DISTANCIA DIRIGIDOS A LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DEL INDECOPI.**

**Artículo 3.- Requisitos para la presentación de documentos por medios de transmisión a distancia.**

(...)

En caso que el administrado presente documentos a través de medios tecnológicos con características distintas a las descritas anteriormente, o no cumpla con consignar en el formulario virtual la información señalada en los párrafos que anteceden, los documentos se tendrán por no presentados.

(...)

<sup>52</sup> Obrantes en las fojas 25 a la 29, de la 81 a la 118 y de la 120 a la 174, respectivamente.



agregados, también corresponden al cobro de derechos administrativos o tasas<sup>53</sup>.

80. No obstante, la Comisión utilizó los ingresos registrados en estas secciones correspondiente a los años 2018 y 2019 para determinar el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción y los ingresos correspondientes al año 2020 para determinar el límite de la sanción a imponer.
81. En la medida de que los ingresos registrados en la sección “Recursos Directamente Recaudados” de los documentos denominados “Presupuesto Institucional de Apertura” de los años 2018, 2019 y 2020 no comprenden únicamente los ingresos referidos a las actividades materia de sanción -y no se cuenta con elementos que permitan disgregar lo correspondiente a dichas conductas- no corresponde tomar en cuenta los montos que constan en tales documentos para el cálculo de la multa.
82. En su recurso de apelación la Municipalidad adjuntó el documento denominado “Reporte de ingresos y egresos. Período 2015 – 2020”, correspondiente a la venta de combustibles en los Grifos “San Bernabé” y “San Antonio” en dicho período<sup>54</sup>. De la revisión del referido documento se aprecia que desde enero de 2015 hasta julio de 2019<sup>55</sup>, la Municipalidad obtuvo ingresos ascendentes a S/ 78'051,096.40 (17,738.89 UIT) por la venta de combustibles en los mencionados grifos.
83. Cabe indicar que en el expediente no se cuenta con información referida a los ingresos por la venta de combustibles desde el inicio de la realización de tal actividad (mayo de 1997) hasta el año 2014. Del mismo modo, tampoco obra en el expediente información correspondiente a los ingresos obtenidos por la Municipalidad derivados del alquiler de maquinarias y equipos ni de la venta de agregados desde el inicio de dichas actividades hasta 2019 (año en el que se formuló la imputación de cargos).
84. Ahora bien, en el presente caso, la infracción cometida por la Municipalidad consiste en realizar actividad empresarial (esto es, concurrir en el mercado ofreciendo bienes y servicios al público) sin cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 60 de la Constitución. En tal sentido, tal como se ha señalado en casos anteriores<sup>56</sup>, el beneficio ilícito obtenido por la entidad

<sup>53</sup> Ver nota al pie 26.

<sup>54</sup> Obrante en la foja 277 del expediente.

<sup>55</sup> Se tomó en cuenta el monto de los ingresos hasta julio de 2019, en la medida de que la imputada fue notificada con la imputación de cargos en agosto de dicho año.

<sup>56</sup> Al respecto ver Resolución 3174-2012/SDC-INDECOPI del 22 de noviembre de 2012, Resolución 3412-2012/SDC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2012, Resolución 3639-2012/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2012 y 0278-2017/SDC-INDECOPI del 18 de mayo de 2017.

pública corresponde al cien por ciento (100%) de los ingresos obtenidos por las actividades ilícitas realizadas durante el período infractor, pues la imputada no debió ofrecerlas en el mercado porque no contaba con una ley habilitante.

85. Siendo así, los ingresos mencionados en el numeral 83<sup>57</sup> y la aplicación de criterios de graduación adicionales para el cálculo de la multa (como la probabilidad de detección, la dimensión del mercado afectado, la duración de la infracción, entre otros), conllevarían a que el monto eventualmente considerado por la autoridad para calcular la sanción respectiva, podría ser incluso mayor a la suma mencionada en el numeral 82 de este pronunciamiento.
86. No obstante, de acuerdo con el literal d) del artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>58</sup>, la multa no puede exceder del diez por ciento (10%) de los ingresos brutos obtenidos por la infractora por la realización de sus actividades económicas en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión. En tal sentido, si el beneficio ilícito obtenido por la Municipalidad (100% de los ingresos obtenidos por la prestación de las actividades ilícitas) excede de este límite legal, la autoridad solo podrá imponer como sanción una multa equivalente a este límite, a efectos de que la misma no resulte confiscatoria.
87. Por tanto, esta Sala procederá a verificar si el monto indicado en el numeral 82 excede el límite legal del diez por ciento (10%) de los ingresos brutos obtenidos por la infractora por la realización de sus actividades económicas en el ejercicio inmediato anterior a la fecha en que se emitió la resolución de la Comisión; es decir, en el año 2020<sup>59</sup>.
88. De la revisión de la información presentada por la Municipalidad durante el trámite del procedimiento, se observa que obtuvo los siguientes ingresos en el año 2020:
- (i) Por la venta de combustible: S/ 8'633,359.51<sup>60</sup>.
  - (ii) Por el alquiler de maquinarias y equipos: S/ 68,679.65<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Ingresos por la venta de combustibles desde el inicio de la realización de tal actividad (mayo de 1997) hasta el año 2014, así como los ingresos derivados del alquiler de maquinarias y equipos y de la venta de agregados desde el inicio de dichas actividades hasta el año 2019.

<sup>58</sup> Este Colegiado coincide con la Comisión en que la infracción incurrida por la Municipalidad, en este caso, califica como una infracción muy grave, tomando en cuenta el elevado beneficio ilícito obtenido como consecuencia de las actividades materia de sanción, cuyo importe incluso supera la multa tope prevista en la Ley de Represión de la Competencia Desleal para las infracciones muy graves (700 UIT). Ver nota al pie 44.

<sup>59</sup> El pronunciamiento de la Comisión (Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP) fue emitido el 23 de diciembre de 2021.

<sup>60</sup> Conforme se indicó en el documento denominado "Reporte de ingresos y egresos. Período 2015 – 2020", correspondiente a la venta de combustibles en los Grifos "San Bernabé" y "San Antonio". Obrante en la foja 277 del expediente.

<sup>61</sup> Conforme se verifica en los comprobantes de pago adjuntos al escrito presentado por la Municipalidad el 25 de agosto de 2022.

(iii) Por la venta de agregados: No obtuvo ingresos<sup>62</sup>.

89. La sumatoria de los ingresos descritos da un total de S/ 8'702,039.16. El diez por ciento de dicho monto (S/ 870,203.91) equivale a 197.77 UIT, por lo que no podría imponerse a la Municipalidad una sanción mayor a este límite, conforme a lo previsto en el literal d) del artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
90. En consecuencia, corresponde modificar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP en el extremo que sancionó a la Municipalidad con una multa ascendente a 644.04 UIT; y, reformándola, imponerle una multa ascendente a 197.77 UIT por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infringir el principio de subsidiariedad.

### III.3. Sobre la medida correctiva

91. Mediante Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP, la Comisión ordenó a la Municipalidad, en calidad de medida correctiva, el cese inmediato de las actividades empresariales consistentes en: (i) venta de combustible en las estaciones de servicio "Grifo San Bernabé" y "Grifo San Antonio"; (ii) alquiler de maquinarias y equipos; y, (iii) venta de agregados.
92. La Sala aprecia que la medida correctiva ordenada por la primera instancia fue dictada de conformidad con lo establecido en el artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>63</sup>, sin que la Municipalidad haya formulado argumentos en apelación dirigidos a cuestionarla, por lo que corresponde confirmar este extremo de la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP.

## IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

<sup>62</sup> De acuerdo con lo indicado por la Municipalidad en su escrito presentado el 15 de setiembre de 2022.

<sup>63</sup> **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;
  - b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
  - c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
  - d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
  - e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
  - f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
  - g) La publicación de la resolución condenatoria.
- (...)



**PRIMERO:** confirmar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que halló responsable a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debido a la realización de las actividades de venta de combustibles, alquiler de maquinaria y equipos y venta de agregados, sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

**SEGUNDO:** modificar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que sancionó a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto con una multa de 644.04 Unidades Impositivas Tributarias; y, reformándola, se impone a dicha entidad una sanción de 197.77 Unidades Impositivas Tributarias.

**TERCERO:** confirmar la Resolución 594-2021/INDECOPI-AQP del 23 de diciembre de 2021 en el extremo que ordenó a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto una medida correctiva consistente en el cese inmediato de las actividades empresariales referidas a: (i) la venta de combustible en las estaciones de servicio “Grifo San Bernabé” y “Grifo San Antonio”; (ii) el alquiler de maquinarias y equipos; y, (iii) la venta de agregados.

**CUARTO:** requerir a la Municipalidad Provincial Mariscal Nieto el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS<sup>64</sup>, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Unidad de Ejecución Coactiva para los fines de la ley.

**Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya y Jorge Alejandro Chávez Picasso.**

**SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA**  
**Vicepresidenta**

<sup>64</sup> **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**Artículo 205.- Ejecución forzosa**

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.