

**ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS:  
LA AGENCIA PERUANA DE COMPETENCIA  
(INDECOPI) COMO GARANTE DEL PRINCIPIO  
DE SUBSIDIARIEDAD**

*Oscar Sumar Albújar  
Alex Sosa Huapaya  
Rubén Méndez Reátegui*

## **1. Introducción**

Hasta la década de 1990, el Estado peruano tenía un rol empresarial muy fuerte (al igual que sus contrapartes en otros países de Latinoamérica). El Estado en el Perú era empresario y planificador. El Estado tenía la propiedad de 223 empresas, de las cuales 150 estaban operativas y representaban el 15% del PBI (Ruiz Caro, 2002, p. 27).

Sin embargo, a partir de 1991, con la Ley de Fomento de la Inversión Privada y luego en 1993, con la nueva Constitución, esto cambió radicalmente.<sup>5</sup>

5 Por solicitud expresa de los autores del Capítulo y al amparo del Art. 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, se mantiene el formato original del capítulo. Texto preliminar que corresponde a la primera etapa del Proyecto de Investigación entorno a Derecho & Mercado realizado dentro del marco de actividades de la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Los autores cuentan con la colaboración del GIDE – Pontificia Universidad Católica del Ecuador (a través del Proyecto IV Mejora Regulatoria) y se encuentran preparando una versión completa y definitiva de esta propuesta con la finalidad de publicarla en una revista de alto impacto.

Solo en el año 1991, Perú pasó a privatizar 150 empresas, sobre todo en los ámbitos de electricidad y telecomunicaciones. Hubo algunas privatizaciones bastante destacadas, como la empresa de aviación, la concesión del aeropuerto, Camisea y principalmente la telefonía pública (Ruiz Caro, 2002, p. 28). Actualmente, Perú tiene a rededor de 35 empresas públicas en total que no representan una parte importante del PBI, por lo que se puede apreciar lo voluminoso que ha sido el proceso de privatización.

En todos estos casos el Estado no solo tiene la potestad sino el deber de intervenir, independientemente del criterio de eficiencia económica. Es decir, debe intervenir para proteger otros valores, como la equidad, aun cuando esta signifique sacrificar a la eficiencia en un caso concreto. En algunos casos, además, se entiende que el Estado debe prestar ciertos servicios o debe conservarlos. Es el caso de la educación, por ejemplo, donde el estado conserva empresas que administran educación primaria, secundaria o terciaria. Independientemente de esto, el proceso no ha sido todo lo que se esperaba. Bajo el principio de subsidiariedad, el Estado actualmente casi no debería contar con empresas, pero este claramente no ha sido el caso. Ha habido bastante resistencia a privatizar algunas de las empresas más rentables y a la idea de privatizar el agua, por dar un ejemplo concreto.

Este capítulo explora en primer lugar algunos de los argumentos para que el Estado no conserve un rol empresarial. Ciertamente, también los argumentos a favor son bastante variados y también su consideración es parte del segundo aporte del texto que presentamos. Por una parte, se considera “poco estratégico” que el Estado deje en manos de privados algunos recursos que nos dan mayores beneficios si se conservan como públicos. Es el caso de la extracción de recursos naturales. Por otro lado, también hay temas que por su importancia se consideran fuera del mercado y, por lo tanto, se decide que su administración debe permanecer en el Estado. Es el caso del agua o la educación. En este último caso, también se considera que se generaría mayor desigualdad y el Estado no cumpliría actividad asistencial, si estos servicios pasaran al ámbito privado. Finalmente, se trae a colación el papel desempeñado por la agencia peruana de competencia INDECOPI y como esta se orienta/limita a través de la (constitucionalizada a modo de principio) del rol subsidiario de la actividad del estado en la economía peruana.

## **2. Ser o no ser: Argumentos para la privatización**

Un primer punto es que las empresas públicas peruanas se encontraban técnicamente quebradas. Sin embargo, este solo dato no explicaría por sí mismo el cambio de una situación que se

mantuvo así por décadas. No solo el rol empresarial del Estado, sino la economía como un todo, estaba colapsada. La deuda externa era de billones de dólares y no había perspectiva de un pago oportuno. Y no solo en Perú, sino que era un fenómeno regional y marcado en nuestros países. Ante la debacle económica de la región surge el Consenso de Washington, como un foro internacional donde se propusieron en forma de prescripciones, diez acciones que deberían tomar los países en vías de desarrollo para salir de la crisis y hacer florecer sus economías. Aunque ciertamente podemos también enunciar críticas (motivo de un próximo aporte) estas prescripciones representan el consenso entre economistas del Banco Mundial, sobre las recomendaciones más representativas que habitualmente podrían salir de sus oficinas para ayudar a economías en problemas.

Así, dentro de estas prescripciones que incluían temas tan básicos como la estabilidad monetaria y la apertura al comercio internacional también se consideró la recomendación de privatizar en cuanto fuera posible la economía. En resumen, que el Estado deja de lado su rol de empresario y se dedicara a facilitar y promover la iniciativa privada. En ese contexto, entre 1980 y 2000, no solo Perú sino prácticamente todos los países de la región cambiaron sus constituciones para posibilitar o facilitar la adopción de las reformas estructurales propuestas por el Consenso. Dentro de

estas reformas, se enmarca el principio de subsidiariedad del rol del Estado en la economía.

### **3. Consideraciones entorno al *Principio de Subsidiariedad***

Tal como ha señalado Huapaya (2002, p. 78), la Constitución peruana buscó un balance entre los principios de subsidiariedad y solidaridad, cuyos reflejos en el mundo de la economía son la eficiencia y la equidad. Así, el principio de subsidiariedad es el que mejor condensa el esfuerzo hecho por el constituyente peruano por des-estatizar la economía peruana.

De forma expresa, el artículo 60 de la Constitución 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”*. De la lectura de esta norma, queda claro que el principio de subsidiariedad tiene el foco puesto, sobretudo, en la actividad empresarial. Deja bastante claro que el Estado –en principio- no puede nacionalizar y tampoco puede crear empresas públicas. Sin embargo, el principio no es una regla absoluta que prescriba la actividad empresarial –o la nacionalización.

De acuerdo como el mismo Huapaya (2002, p. 81), se debe interpretar que el principio de subsidiariedad tiene un matiz positivo y otro negativo. Del lado positivo, el principio consagra la

posibilidad de que cualquier privado realice actividad empresarial. Del lado negativo, consagra el derecho a tener un estado empresario subsidiario; es decir, que el Estado solo realice actividad empresarial cuando el privado no lo pueda hacer o sea necesario por temas asistenciales. Se entiende que el Estado podrá seguir realizando actividad empresarial en los casos en los que los privados no puedan atender la demanda de algún bien o servicio esencial; sea por las características del mercado o porque las personas que demandan el servicio no tienen suficientes recursos para pagarlo.

En algunos casos, además, la actividad empresarial ni si quiera parece tal. La mayoría asume como natural que el Estado tenga colegios u hospitales. Esto es así -en parte- porque a dichas actividades se les ha dotado de una especie de aura que las saca del comercio y porque la propia Constitución ha decidido darle un rol protagónico al Estado en dichos ámbitos. Sin embargo, ni la importancia de un sector, ni la necesidad de parte de la población, nos ayudan a decidir la mejor forma de administrar un servicio. Si la empresa privada puede lograr una mejor y mayor cobertura, ¿por qué no privatizar? Además, siempre se puede combinar la actividad privada con ayuda a personas con escasos recursos. Por ejemplo, para eso existen los *vouchers* que han sido utilizados en otras realidades.

### 3.1 Actividad empresarial del Estado peruano y otros aspectos

La interpretación más fácil del principio de subsidiariedad, como ya hemos mencionado, es la que se refiere al rol empresarial del Estado como tal. Sin embargo, como ya sabemos, el rol empresarial es solo una de las formas en las que el Estado puede intervenir en la Economía. Ciertamente, la más estricta, pero luego de la nacionalización, vienen la regulación de tarifas, estándares y un largo etcétera hasta llegar al libre mercado, jurídicamente representados por la responsabilidad civil, la propiedad y los contratos.

En el mismo sentido, Sumar e Iñiguez (2017, p. 45), señalan que el principio de subsidiariedad tiene dos acepciones. Una, referente al rol empresarial; y, la otra, en relación a que debe elegir siempre la alternativa menos gravosa, sobre la más gravosa (ej.: regulación de precios o estándares). Siendo esto así, ¿el Estado solo debe preferir a la empresa privada sobre la pública o debe hacer un esfuerzo general por permanecer en el segundo plano siempre que la iniciativa privada sean posibles? Si lo segundo es verdad, entonces, el Estado no solo debe preferir las empresas privadas sobre las públicas, sino que debe preferir siempre las medidas menos intervencionistas sobre las más intervencionistas. Es decir, si debe elegir entre regular tarifas o poner reglas generales para proteger a los consumidores, ¿cuál debería elegir? Bajo el principio de subsidiariedad, siempre

debe preferir lo segundo, lo menos gravoso, lo que le dé menos protagonismo, lo que nos aleje menos del libre mercado.

En este punto, algunos podrían sostener, que eso lo logra la aplicación del principio de proporcionalidad, específicamente el sub-test de necesidad. Según el sub-test de necesidad, las medidas del Estado siempre deben ser las menos gravosas para los derechos. Y esto es verdad, pero pierde de vista que el test de proporcionalidad está pensando en principio para los derechos políticos y existe una controversia sobre si debería o no servir para proteger los derechos económicos. Entender de forma amplia el principio de subsidiariedad zanja esta discusión y es más compatible con el espíritu de nuestra Constitución.

Otro posible argumento, aunque no necesariamente contrario a lo señalado por Quintana, es que la regulación económica no representa principalmente un escalón en la intervención del Estado en la Economía, sino que es una técnica que permite el retroceso del Estado interventor. El argumento ha sido expresado por Huapaya (2002, pp. 83-84), según el cual, al ser la regulación económica dictada por organismos técnicos e independientes y estar sujeta a principios como la proporcionalidad, nos dan la garantía de que servirán para promover el mercado, corrigiendo sus fallas.



Lejos de esto, la regulación mostró no ser técnica y dedicarse a cualquier otra cosa que no sea corregir el mercado, como precisamente nos diga la mejor literatura en teoría económica de la regulación (Stigler, 1971). En la actualidad, tenemos más regulación de la necesaria, la cual no se justifica en problemas de competencia. Por ejemplo, en el caso de la telefonía, mientras más competencia hay en el sector, más regulado está. La regulación, por el contrario, muchas veces se muestra como una estrategia para reducir la competencia o tiene ese efecto. Lo cual, evidentemente, siempre va a ser negativo para los consumidores y el mercado en general.

En ese sentido, si bien los reguladores fueron imaginados por nuestro constituyente como un sustituto benigno del Estado empresario, en la práctica ha devenido en un mellizo casi igual de problemático. Por tanto, la interpretación del principio de subsidiariedad hecha por Quintana (2011) y luego por Sumar e Iñiguez (2017), parece a todas luces la correcta. A estas alturas del presente capítulo, debería quedar bastante clara la importancia del principio de subsidiariedad como candado que debería limitar el intervencionismo innecesario del Estado en la economía, sin embargo, lo que no queda claro aún es qué órgano del Estado es el que debería y/o debe resguardar el cumplimiento del referido principio. El sentido común y nuestro ordenamiento jurídico nos dice que debería ser el Tribunal Constitucional, sin embargo, esto no ha sido tan exacto en el mundo real.

#### **4. El INDECOPI: reconsiderando el principio de subsidiariedad**

Uno de los actores que ha podido frenar la actividad empresarial del Estado en los últimos años ha sido el INDECOPI a través de su Ley de Represión de la Competencia Desleal - Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, LRCD), por más extraño que pueda sonar para muchos que esperarían que el Tribunal Constitucional haya sido el protagonista en la interpretación y aplicación del artículo 60 de la Constitución, como señalábamos líneas atrás.

Y es que el acto de competencia desleal de una empresa estatal o institución pública es una figura completamente novedosa incluida como la modalidad desleal de violación de normas desde el 2008 con la promulgación de la LRCD. Se estableció la competencia de los órganos resolutivos de fiscalización de competencia desleal del INDECOPI para reprimir los actos concurrenciales de una entidad pública o empresa estatal cuando compitan en el mercado sin cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución, esto es:

- a) Cuando no lo hagan de forma subsidiaria.
- b) Cuando la referida empresa estatal o actividad concurrencial de entidad pública no haya sido autorizada por ley expresa emitida por el Congreso y, además, carezca de interés público social.

Si bien no podemos negar la trascendencia de la LRCD como freno a la intervención innecesaria en el mercado del Estado en su versión empresarial, es con el punto (b) que consideramos que podría cuestionarse la competencia del INDECOPI en la fiscalización de actos de competencia desleal del Estado. Y es que no nos queda duda que el INDECOPI (a través de su Comisión de Represión de la Competencia Desleal) sea el mejor posicionado (por especialidad) para analizar el carácter subsidiario de la concurrencia de la referida empresa estatal en el mercado, pues los mercados, como sabemos son dinámicos y lo que sería una intervención subsidiaria “justificada”, puede no serlo en unos pocos meses o años. Sin embargo, no nos convence que dicha autoridad sea la indicada de fiscalizar si la empresa estatal o actividad económica de la institución pública cumple con el resto de requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución (nos referimos a que sea emitido por Ley expresa y se fundamente el interés social) y mucho menos, que termine declarando fundados muchos casos con solo analizar si existe una norma emitida por el Congreso que autorice la creación de la empresa Estatal o la participación en el mercado de una entidad pública.

Recordemos que todas las modalidades desleales contenidas en la LRCD tienen por objeto promover el correcto funcionamiento del mercado a través de la represión de conductas contrarias al

Principio de Competencia por Eficiencia. En este contexto, tiene mucho sentido que el INDECOPI sancione a una empresa estatal o institución pública estatal por concurrir en el mercado cuando dicha concurrencia no sea subsidiaria, pues el Estado jamás concurre con sus propios recursos y mucho menos compite en los mercados por eficiencia.

Es por ello, por lo que solo se permite su actuación como proveedor en un mercado como última opción, frente a la falta de capacidad de los privados para abastecer la demanda o si no les interesa hacerlo en determinado mercado. Así, el acto desleal de la empresa estatal o entidad pública se concreta cuando sin que se justifique una intervención subsidiaria, ingresa a concurrir en un mercado, distorsionando la competencia que existe entre los agentes económicos que concurren en el mismo, toda vez que dicha intervención se realizará a través de actos comerciales que no se sostienen en términos de eficiencia, pues a diferencia del privado, la empresa estatal compite con recursos públicos y no tiene la necesidad de competir sobre la base de la mejor combinación entre precio y calidad o inversión en investigación y desarrollo.

En efecto, como como bien señalan Sumar e Iñiguez (2017, p. 40-41), el Estado, en una economía social de mercado, debe de actuar de forma subsidiaria, es decir, el Estado debe intervenir en

la menor medida de lo posible en el mercado. Así, dichos autores señalan que el principio de subsidiaridad se fundamenta en los límites que debe tener el estado para concurrir como agente económico en el mercado, pues dicha concurrencia podría ser desleal si no cumple con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.

El hecho de que concurra en un mercado sin contar con una Ley expresa previa que lo autorice es un problema que creemos no le corresponde al INDECOPI determinar y sí al Tribunal Constitucional. Es por ello por lo que sus pronunciamientos deberían concentrarse más en analizar si la concurrencia es subsidiaria o no, independientemente de que se advierta de que no se cumple con el resto de requisitos. En pocas palabras, las resoluciones no deberían evitar pronunciarse sobre si la concurrencia de la empresa estatal o institución pública es subsidiaria en un determinado mercado relevante (que para eso incluso tiene un precedente de observancia obligatoria que señala los pasos de análisis).

No creemos en absoluto que el objeto de la LRCD sea el observar el cumplimiento del artículo 60 de la Constitución, sino el velar por el correcto funcionamiento del mercado (en línea con el objeto de la LRCD y de su Cláusula General), que puede verse afectado por la concurrencia desleal de una empresa estatal o institución pública que pretende concurrir en el mercado al no hacerlo de forma subsidiaria.

De otro lado, la LRCD señala que no es necesario acreditar una ventaja significativa de la concurrencia de la entidad o empresa estatal en el mercado, pues presume que por el solo hecho de concurrir con recursos públicos ya tiene una ventaja significativa frente a los privados, lo cual es correcto. Sin embargo, consideramos importante detenernos en este punto, ya que muchos que no conocen la naturaleza de la LRCD podrían estarse preguntando por qué era necesario establecer si hay o no ventaja significativa y la explicación es que se trata de un requisito esencial para poder reprimir un acto de violación de normas de una empresa privada. Como comentábamos líneas arriba, la figura de la competencia desleal del Estado es una novedad de la norma. Antes de ello, solo se castigaba a la empresa privada que concurría en el mercado incumpliendo una norma imperativa y siempre que dicho incumplimiento le genere una ventaja significativa en el mercado.

En el caso de la concurrencia no subsidiaria de la empresa estatal o institución pública no necesita mayor análisis el determinar si obtienen una ventaja significativa al incumplir el artículo 60 de la Constitución, toda vez que como ya hemos comentado en párrafos anteriores, la actividad empresarial del Estado, por naturaleza, se presenta con evidente ventaja frente a la oferta privada.

## 5. Infracción al artículo 60

En el ámbito de la jurisprudencia del INDECOPI, esta figura no tuvo mayor relevancia en su aplicación hasta que se emitió el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, emitida el 29 de noviembre de 2010, producto de la denuncia de la Pollería El Rancho en contra de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno (UNAP), toda vez que había instalado en su Centro de Investigación y Servicios (CIS), la denominada “Pollería y Parrillería Universitaria”, establecimiento dedicado a la venta al público en general de pollos a la brasa, una actividad comercial, que demanda todo peruano (a quién no le gusta el pollito a la brasa), pero que la oferta privada podía atender con total tranquilidad (como en el resto del país). Así, por más que en este caso parece ser un poco evidente la concurrencia de la empresa estatal de forma contraria a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, lo interesante es que marca el proceso que debe seguir la autoridad para determinar si la concurrencia de la empresa estatal o institución pública es subsidiaria. Sin embargo, a pesar de haber hecho este interesante esfuerzo en determinar los pasos de análisis de subsidiariedad, lo cierto es que, como lo adelantábamos en párrafos anteriores, lamentablemente en la práctica los órganos resolutivos del INDECOPI determinan la infracción en la mayoría de casos solo con determinar la inexistencia de una norma

emitida por el Congreso que autorice expresamente la creación de la empresa estatal o autorice la concurrencia de la institución pública, como podemos ver en dos casos que resumimos en las siguientes secciones.

### **5.1 Caso Veterinarias municipales (Resolución 0581-2015/SDC-INDECOPI)**

El Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima denunció a la Municipalidad de los Olivos pues venía concurriendo en el mercado con una veterinaria Municipal. La Agencia de Competencia realizó la investigación correspondiente y determinó que la concurrencia de dicha veterinaria era contraria a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución por lo que determinó que la referida municipalidad infringió lo dispuesto por la LRCD. Así, aplicando la metodología de análisis establecida en el precedente, la Sala estableció que la actuación de la municipalidad en el mercado de servicios veterinarios no era parte del *ius imperium* de la referida entidad y que por el contrario se trataba de una actividad empresarial. De este modo, procedió a analizar si cumplía con el requisito de acreditar que la creación de dicha veterinaria municipal se encuentre aprobada por ley expresa emitida por el Congreso, lo cual, evidentemente, no se pudo probar, pues no existía tal Ley.



Aunque, la Municipalidad alegó que los artículos I, II y IV del Título Preliminar de la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades, la habilitaban supuestamente a brindar servicios veterinarios con el objetivo de atender el problema de sobrepoblación de canes en estado de abandono, lo cual podría afectar la salud de la población de su distrito. La Sala confirmó la Resolución de la CCD y sancionó con diez UIT (Unidades Impositivas Tributarias) a la Municipalidad de los Olivos. Sin perjuicio de lo anterior, si bien compartimos el sentido de la Resolución, consideramos que hubiera sido positivo que no se agote el pronunciamiento de la autoridad en el hecho de que no se haya cumplido con el requisito de Ley expresa que autorice la creación de la empresa estatal, pues hubiera sido interesante conocer el análisis de subsidiaridad sobre el servicio de veterinarias en la zona de influencia, a pesar de que nos queda claro que este no se hubiera cumplido de ninguna manera, pues se probó en el procedimiento que en el distrito de Los Olivos existía oferta privada de servicios veterinarios consistente en 19 (diecinueve) médicos veterinarios.

## **5.2 Caso terminal terrestre municipal – Resolución N° 0419-2014/SDC-INDECOPI**

En este caso, la empresa Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera Propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa S.A.

denunció a la Municipalidad de Ilo, toda vez que dicha municipalidad venía desarrollando actividad empresarial de operación y explotación económica de terminal terrestre para el transporte interprovincial de pasajeros y mercancías. El argumento de defensa de la Municipalidad se concentraba en señalar que el brindar el servicio de terminal terrestre era una de las funciones recogidas dentro del *ius imperium* de la actividad de un órgano municipal, pues la finalidad de dicha actividad era ordenar el servicio de transporte interprovincial, internacional y nacional de la ciudad de Ilo.

Es así como, siguiendo la metodología de análisis de subsidiariedad, la Sala procedió a establecer si se cumplía con el requisito de que dicha actividad empresarial se encuentre autorizada por Ley expresa emitida por el Congreso de la Republica. Como era de esperarse, la Municipalidad amparaba su actividad en le Ley Orgánica de Municipalidades, sin embargo, la referida norma no lo autorizaba expresamente a ejecutar directamente un servicio de terminal terrestre nacional. La referida norma solo establecía que era deber de las municipalidades fomentar el desarrollo de dicha actividad por parte de los privados. De este modo, en la medida que no se cumplió con el primer requisito del procedimiento de determinación de cumplimiento de concurrencia de forma subsidiaria, la Sala confirmó la resolución de la CCD que declaró fundada la denuncia omitiendo pronunciarse si la concurrencia

de dicha empresa estatal se realizaba de forma subsidiaria o no frente al presunto desinterés de agentes económicos privados de brindar dicho servicio (era uno de los argumentos que sostenía la Municipalidad).

## **6. Conclusiones**

En el presente capítulo hemos buscado resaltar la importancia del principio de subsidiariedad como límite para la intervención innecesaria del Estado en la economía y los mercados, pues a través de las diversas formas en la que dicha intervención se puede llevar a cabo. La historia, apoyada en estadísticas, nos ha demostrado que el Estado peruano no es el mejor empresario y, por lo general, el intervencionismo innecesario genera como consecuencia la reducción de la competencia, que es justamente por lo que debería velar el Estado peruano si queremos generar bienestar en los consumidores y que los mercados funcionen de manera correcta (Patrón, 2006). Así, hemos visto que de las instituciones que cumplen la función de resguardar el cumplimiento del referido principio, el INDECOPI cumple una función destacada, la cual si bien podría siempre mejorar en aspectos técnicos, permite que los agentes económicos puedan tener seguridad jurídica al saber que si al Estado se le antoja tener actividad empresarial en determinado mercado, primero deberá acreditar que una Ley emitida por el

Congreso lo autoriza, que la misma se fundamente en un interés público relevante, pero sobre todo, que dicha actividad se respalde en ser efectivamente subsidiaria, esto es, que la oferta privada sea insuficiente para abastecer la demanda que existe por el producto o servicio o que simplemente, al privado no le interese cubrir abastecer la demanda existente.