

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

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

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

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

60 de la Constitución Política del Perú.

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

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

SANCIÓN: VEINTIUNO PUNTO ONCE (21.11) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 18 de mayo de 2017

I. ANTECEDENTES

1. El 6 de noviembre de 2015, Escuela Peruana de Aviación Civil S.A. (en adelante, la ESPAC), Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela (en adelante, las denunciante) denunciaron a la Fuerza Aérea del Perú (en adelante, la FAP) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto contemplado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal):
 - (i) Según las denunciante, la Escuela de Aviación Civil del Perú (en adelante, la EDACI) sería una unidad orgánica dependiente del Comando de Operaciones de la FAP, que estaría realizando actividad empresarial no subsidiaria mediante la prestación de servicios de instrucción, consistentes en brindar clases teóricas y prácticas a cualquier ciudadano, para la formación de pilotos civiles y personal aeronáutico en el país.
 - (ii) La autorización de funcionamiento de la EDACI habría sido otorgada únicamente mediante resoluciones directorales de la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante, la DGAC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), a pesar de que no existiría ninguna Ley aprobada por el Congreso de la República que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

III.1.1 Marco Teórico

18. De manera previa al desarrollo de la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, esta Sala considera pertinente desarrollar el marco teórico del principio de subsidiariedad, a efectos de explicar el grado de intervención del Estado en la economía del país.
- a) Principio de subsidiariedad y su expresión en materia económica
19. El principio de subsidiariedad está reconocido en el artículo 60 de la Constitución², el cual señala que “(...) *sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o*

² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

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

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

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

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

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

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

⁵ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad económica, señaló que *“Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana.”*

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

25. De esta manera, una gestión ineficiente, que no busca reducir costos por incrementar sus rentas y motivada por decisiones políticas, puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecte el entorno macroeconómico. En un estudio comparativo realizado entre diversas empresas públicas de más de noventa países, con el objeto de medir los efectos macroeconómicos que genera su gestión, se concluyó que *“el principal indicador que resume el impacto macroeconómico de las empresas públicas es su déficit global o sus necesidades de financiamiento”*⁸.
26. Si bien es cierto, en la mayoría de casos la actividad económica que realiza el Estado como proveedor de bienes o servicios no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que

⁶ Como señala el profesor Ariño, *“(h)a sido una tentación constante de los políticos la utilización de las empresas públicas como instrumento fácil de la política: unas veces de su política antinflacionista (mediante el simple procedimiento de vender por debajo del precio de costo), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilidades de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional.*

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *“Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”*. Editorial Comares. Granada. 2004. Pg. 461.

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

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

⁷ Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos.

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

En la misma línea, Patrón, a propósito del rol empresarial del Estado en Latinoamérica, señala que los objetivos de muchas empresas públicas fueron paulatinamente expandiéndose hacia la consecución de fines sociales y políticos que nada tenían que ver con la rentabilidad: *“Por lo general, el común denominador a esta variedad de objetivos era la ausencia de motivación en perseguir la rentabilidad. A su vez, estos argumentos, comúnmente, simplemente enmascaraban motivaciones políticas perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que buscaban asegurar ingresos de actividades altamente productivas, concentrar su poder o emplear las EPE para otros propósitos interesados”*.

PATRÓN SALINAS, Carlos. *“El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica”*. Publicado en: Themis N° 52. Revista editada por la Asociación Civil Themis. Lima. 2006. Pg. 78.

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

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

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

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

b) Metodología de aplicación

28. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala¹¹, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos de competencia desleal previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado¹².

⁹ Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos.

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

¹⁰ Cfr.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *"Economía y Estado"*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1993. Pg. 78; y, SAPPINGTON, David y SIDAK, Gregory. *"Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities"*. En: *"Competing with the Government. Anticompetitive behavior and Public Enterprises"*. Hoover Institution Press. California. 2004. Pgs. 2 y ss. (Disponible en: http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf, página web visitada el 14 de octubre de 2015).

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033 - LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

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

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

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

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

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

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

DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

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

30. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad económica desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución.
31. Por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010¹³, la Sala desarrolló la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad empresarial. En caso contrario, si la conducta que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.
32. Siguiendo con la metodología de análisis previamente mencionada, en el supuesto que la actividad estatal desarrollada tiene por efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado, ofreciendo bienes o servicios a cambio de una contraprestación económica, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecúe a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

Artículo 24.- Las autoridades.-

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

(...)

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

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

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

Artículo 55.- Medidas correctivas.-

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

¹³

Asimismo véase las siguientes resoluciones que contienen dicho criterio: Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2471-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI y Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI.

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

¹⁴ Con relación a este tercer elemento, cabe precisar que la autoridad de competencia se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Por lo tanto, sólo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

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

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

Actividad económica

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

Empresa

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

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

"Artículo 1.- Glosario

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

(...)

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

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

DECRETO LEGISLATIVO 1044-LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

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

(Énfasis agregado)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.2. Aplicación al caso en concreto

Actividad de *ius imperium*

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

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

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

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

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

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

26

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

Artículo 118.- Escuela de Aviación Civil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷

LEY 29248 – LEY DEL SERVICIO MILITAR

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

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

La Reserva se clasifica de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

28

DECRETO LEGISLATIVO 1139 – LEY DE LA FUERZA AÉREA DEL PERÚ

Artículo 20.- Reserva Aérea

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

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

Reserva Orgánica	Reserva de Apoyo	Reserva Disponible
(a) El personal militar (disponible o en situación de retiro); (b) Licenciados Acuartelados y Licenciados no Acuartelados; y (c) Personal civil que labora en las Instituciones Armadas.	(a) Licenciados (el personal dado de baja por tiempo cumplido en el Servicio Militar en el Activo)²⁹; (b) Los Oficiales en situación militar de retiro³⁰; y (c) Los Supervisores, Técnicos y Suboficiales u Oficiales de Mar en situación militar de retiro³¹.	Todos los peruanos en edad militar que no formen parte de la Reserva Orgánica ni de la Reserva de Apoyo.
Personas que forman parte de la FAP	Personas que formaron parte de la FAP o recibieron instrucción militar (Servicio Militar)	- No forman ni formaron parte de la FAP - No tienen instrucción militar (Servicio Militar)

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

²⁹ LEY 29248 – LEY DEL SERVICIO MILITAR

Artículo 59.- De los Licenciados

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

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

Artículo 60.- Condición de Reserva

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

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

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

Artículo 59.- Condición de Reserva

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

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

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

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

Actividad asistencial

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

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

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

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

Actividad empresarial

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

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

³³ Ver foja 78 del Expediente.

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

³⁵ Ver fojas 187 a 249 del Expediente.

³⁶ Ver fojas 353, 354 y 355 del Expediente.

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

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

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

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

97. El primer requisito de licitud previsto en el artículo 60 de la Constitución es de tipo formal y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por “ley expresa”.
98. De acuerdo a lo desarrollado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, la interpretación más adecuada del referido requisito es que la autorización de la actividad económica de las entidades estatales se encuentre sometida a la expedición de una ley aprobada por el Parlamento.
99. Dicha interpretación se encuentra respaldada con lo señalado por el propio Tribunal Constitucional. Así, tanto en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005 correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC como en el fundamento jurídico 26 de su Sentencia del 14 de marzo de 2007 emitida en el Expediente 0019-2006-PI/TC, dicho colegiado manifestó que “*el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial*”, entendiéndose por “reserva de ley absoluta” la exigencia de que la ley sea expedida por el Congreso de la República. Es decir, para el supremo intérprete de la Constitución, su artículo 60 no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal, sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo³⁸.
100. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que es un principio de interpretación legal que toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente³⁹. En tal sentido, si se considera que la

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

³⁹ El principio de interpretación según el cual las normas que establecen excepciones deben ser interpretadas restrictivamente ha sido acogido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Véase, por ejemplo, la Sentencia del 19 de enero de 2001, correspondiente al Exp. 1318-2000-HC/TC. En el mismo sentido, el profesor

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

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

Rubio precisa que las normas excepcionales son normas *“cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva”*. RUBIO CORREA, Marcial. *“El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004, p. 295.

⁴⁰

LEY 28101 – LEY DE MOVILIZACIÓN NACIONAL

Artículo 1.- Objeto de la Ley

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

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

III.4. Sobre la graduación de la sanción

III.4.1 Marco normativo

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

⁴¹

DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.4.2 La sanción aplicable al caso en concreto

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

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

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

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

44

DECRETO LEGISLATIVO 1044-LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

(...)

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

45

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

Competencia, el 27 de julio de 2008⁴⁶.

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

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

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

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

⁴⁷ Ver fojas 353, 354 y 355 del Expediente.

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

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

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

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

⁴⁹

DECRETO LEGISLATIVO 1044-LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55.- Medidas correctivas.-

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

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

(...)

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

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

132. De otro lado, en su escrito de denuncia las denunciantes solicitaron a la Comisión que ordene, en calidad de medida correctiva, la publicación de la resolución final condenatoria.
133. Sobre el particular, esta Sala considera que la medida correctiva ordenada garantiza por sí misma la suspensión de los efectos de la conducta infractora, por lo que no corresponde ordenar la publicación de la presente resolución final.

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

134. En su escrito de denuncia, las denunciantes solicitaron a la Comisión que ordene a las imputadas el pago de las costas y costos en los que incurrieran durante la tramitación del procedimiento.
135. Al respecto, de acuerdo con el artículo 413 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado a través de la Resolución Ministerial 010-93-JUS y aplicable supletoriamente al presente procedimiento, están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales⁵⁰.
136. Debido a que la FAP y el MINDEF forman parte del Poder Ejecutivo, corresponde declarar la improcedencia de la referida solicitud.

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

137. Con fecha 28 de febrero de 2017, la ESPAC presentó un escrito solicitando que se la tenga por desistida de la denuncia y del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0134-2016/CD1-INDECOPI.
138. Al respecto, el numeral 5 del artículo 198 del TUO de la Ley 27444⁵¹ dispone

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

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

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

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

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

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

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

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

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

198.3 El desistimiento sólo afectará a quienes lo hubieren formulado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JOSÉ LUIS BONIFAZ FERNÁNDEZ
Presidente