

UNIVERSIDAD ESAN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DERECHO CORPORATIVO



Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado

Informe sobre el Expediente N° 0128-2015/CD1

Autor:

Julio Andrés Palomino Figueroa

Código del Alumno:

14100138

Asesor:

Carlos González Palacios

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'C. González Palacios', written in a cursive style.

Lima, 2021

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

Expediente : N° 0128-2015/CD1

Materia : Procedimiento Administrativo Sancionador
Ley de Represión de la Competencia Desleal
Derecho Constitucional

Sector : Servicio de instrucción aérea

Denunciados : Fuerza Aérea del Perú
Ministerio de Defensa del Perú.

Denunciantes : Escuela Peruana de Aviación Civil S.A.
Mater of the Sky S.A.C.
Alexander Edxson López Vilela

Primera instancia : Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N°1
(CD1).

Segunda instancia : Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC)

Entidad : Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la
Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

RESUMEN

El artículo 60 de la Constitución Política del Perú incluye al principio de subsidiariedad como un límite a la intervención del Estado en la actividad empresarial del mercado. Asimismo, el control en la aplicación de dicho principio también está incorporado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal cuya autoridad competente de su aplicación es el Indecopi.

El año 2010, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi estableció un precedente de observancia obligatoria que establece que toda actividad empresarial del Estado deberá cumplir con los requisitos del principio de subsidiariedad, salvo que la actividad realizada por el Estado forme parte del *ius imperium* o sea una actividad asistencial.

Sin embargo, en el presente caso los denunciados (Ministerio de Defensa y la FAP) alegan que la formación de su Escuela de Aviación Civil forma parte de su *ius imperium* debido a que la Constitución y las leyes los facultarían a formar y seleccionar su reserva aérea con la finalidad de coadyuvar a la defensa y seguridad nacional, por lo que no realizarían actividad empresarial y, en consecuencia, no tendrían que cumplir con los requisitos del principio de subsidiariedad.

Palabras Claves: *Principio de subsidiariedad, Constitución Política del Perú, Economía social de mercado, ius imperium y actividad asistencial.*

ABSTRACT

Article 60 of the Political Constitution of Peru includes the principle of subsidiarity as a limit to the intervention of the State in the business activity of the market. Likewise, the control in the application of said principle is also provided for in article 14.3 of the Law for the Repression of Unfair Competition, whose competent authority for its application is Indecopi.

In 2010, the Indecopi Specialized Chamber for the Defense of Competition established a precedent of mandatory observance that establishes that all business activity of the State must comply with the requirements of the principle of subsidiarity, unless the activity carried out by the State is part of the *ius imperium* or an assistance activity.

However, in the present case the defendants (Ministry of Security and FAP) allege that the formation of their School of Civil Aviation is part of their *ius imperium* because the Constitution and the laws would empower them to form and select their air reserve with the purpose of contributing to the defense and national security, for which they would not carry out business activity and, consequently, they would not have to comply with the requirements of the subsidiarity principle.

Key Words: Principle of Subsidiarity, Political Constitution of Peru, Social market economy, ius imperium and assistance activity.

ÍNDICE

I. Introducción.....	6
II. Identificación de las áreas del derecho.....	7
2.1 Derecho de la Represión de la Competencia Desleal.....	7
2.2 Derecho Constitucional.....	7
III. Justificación de la elección del expediente	8
IV. Antecedentes relativos a las controversias identificadas	8
V. Identificación de los principales problemas jurídicos.....	15
5.1 ¿La actividad desarrollada por la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) califica como <i>ius imperium</i> o actividad asistencial?.....	16
5.2 ¿La naturaleza de la actividad que realiza la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) es una actividad empresarial?.....	16
5.3 ¿En qué medida la aplicación del principio de subsidiariedad afectaría (o beneficiaría) el derecho de defensa y seguridad nacional?	17
VI. Marco teórico y análisis sobre los principales problemas jurídicos	18
6.1. Constitución Económica del Perú.....	18
6.1.1. Economía social de mercado	19
6.1.2. Diferencia entre el rol del Estado en la economía y el rol de la actividad empresarial.	20
6.2. Aplicación del Principio de Subsidiariedad.....	21
6.2.1. Principio de subsidiariedad	21
6.2.2. Actividad empresarial estatal	22
6.2.3. <i>Ius imperium</i> del Estado.....	23
6.2.4. Actividad asistencial	25
6.3. Mecanismos de control del principio de subsidiariedad.....	26
6.3.1. Principio de subsidiariedad constitucional.....	26
6.3.2. Principio de subsidiariedad – Ley de Represión de la Competencia Desleal....	27
VII. Toma de posición sobre cada uno de los problemas jurídicos identificados.....	29
7.1 Respecto si la actividad desarrollada por la EDACI califica como <i>ius imperium</i> o actividad asistencial	29
7.2. Sobre si la naturaleza de la actividad que realiza la EDACI es una actividad empresarial	32
7.3 Sobre si la aplicación del principio de subsidiariedad afectaría (o beneficiaría) el derecho de defensa y seguridad nacional	33

VIII. Valoración jurídica personal fundamentada sobre la forma en la que la autoridad resolvió la controversia	35
IX. Conclusiones y recomendaciones	38
9.1. Conclusiones	38
9.2. Recomendaciones	40
X. Referencias.....	40

I. INTRODUCCIÓN

El presente caso versa sobre una denuncia formulada por la Escuela Peruana de Aviación Civil S.A., Master of the City S.A.C. y el señor Alexander Edinson López Vilela en contra del Ministerio de Defensa del Perú y la Fuerza Aérea del Perú; por la presunta inobservancia al artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, en la medida que los denunciados, mediante la creación de la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) estarían realizando actividad empresarial no subsidiaria mediante la prestación de servicios de instrucción, consistente en brindar clases teóricas y prácticas a cualquier ciudadano, para la formación de pilotos civiles y personal aeronáutico del país.

Debe tomarse en cuenta que en el caso en particular la citada normativa establece que la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú (requisitos del principio de subsidiariedad) configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades competentes que aplican la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es decir, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi.

En el caso en particular, los denunciados alegan principalmente que la actividad que realizan mediante la Escuela de Aviación Civil del Perú no configura una actividad empresarial, sino que forma parte del *ius imperium* del Estado cuyo objetivo es salvaguardar la defensa nacional a través de la formación y preparación de una reserva aérea que pueda hacer frente a problemas de seguridad de Estado y coadyuvar en situaciones de desastres naturales, lo cual, según los denunciados estaría previsto en la Constitución y en diversas normas.

Siendo así, en el presente caso se analizará si la actividad que realizan los denunciados a través de la Escuela de Aviación Civil del Perú efectivamente configura una actividad empresarial, con lo cual la referida actividad empresarial tendría que cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la carta magna, o si por el contrario, como alegan los denunciados, dicha actividad forma parte de su *ius imperium* (o actividad asistencial), con lo cual, los imputados no estaría sujetos a cumplir los requisitos que exige el principio de subsidiariedad.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS ÁREAS DEL DERECHO

El presente caso forma parte de un procedimiento administrativo dilucidado en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), resuelto en primera y segunda instancia administrativa. Dentro de dicho procedimiento administrativo constituye parte del análisis del caso principalmente dos áreas del derecho:

2.1 Derecho de la Represión de la Competencia Desleal

La imputación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en contra de los denunciados por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas está prevista en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 (en adelante la Ley de Represión de la Competencia Desleal). Sobre el particular, la mencionada norma establece que la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal deberá realizarse en cumplimiento de los requisitos exigidos por el principio de subsidiariedad, previstos en el artículo 60 de la Constitución.

En atención a ello, en el presente caso se analizará si los denunciados a través de la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) vendrían realizando actividad empresarial y cumplen con los requisitos contemplados en la constitución o, si por el contrario, estarían realizando actividad empresarial -inobservando el principio de subsidiariedad- e infringiendo el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

2.2 Derecho Constitucional

El análisis del supuesto establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal se llevará a cabo tomando en cuenta el cumplimiento del artículo 60 de la Constitución que establece los requisitos del principio de subsidiariedad, cuya lógica guarda armonía con derechos constitucionales como la libertad empresarial, la iniciativa privada y el derecho de la competencia.

No obstante, antes de analizar el cumplimiento de los requisitos del principio de subsidiariedad es indispensable determinar si la actividad que realizan los denunciados a través de la Escuela de Aviación Civil del Perú constituye parte del *ius imperium* o alguna actividad asistencial, conforme al precedente de observancia obligatoria de la Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Por ello, en el presente caso también se analizará si la actividad que desarrollan los denunciantes a través del Escuela de Aviación Civil del Perú forma parte del *ius imperium* del Estado. Es relevante mencionar que a lo largo del procedimiento los denunciados han alegado que la actividad realizada por dicha escuela se lleva a cabo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución el cual menciona 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”. En tal sentido, resulta necesario evaluar si tales disposiciones en concordancia con la legislación nacional aplican al caso en concreto para justificar que la actividad realizada por los imputados efectivamente constituye una potestad propia del *ius imperium*.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE

El Expediente N° 0128-2015/CD1 contiene conceptos jurídicos importantes que fueron dilucidados por ambas instancias administrativas del Indecopi y que ameritan ser evaluados y analizados. En efecto, entre los conceptos jurídicos que fueron traídos a colación antes de efectuar el análisis del caso práctico se encuentran: el principio de subsidiariedad, Economía social de mercado, *ius imperium*, actividad asistencial, adecuada competitividad, entre otros. Cabe señalar que el caso práctico del expediente reviste de cierta complejidad y particularidad que exige una adecuada definición en los conceptos anteriormente mencionados para poder llegar a la solución más justa de la controversia.

Es por tal motivo, que el informe del mencionado expediente será de utilidad para recabar información que complemente o inclusive -en ciertos casos- pueda contradecir lo analizado por ambas instancias administrativas respecto a los argumentos utilizados que contribuyeron con la solución de la controversia. Asimismo, el presente informe permitirá recabar información relevante sobre la definición de estos conceptos, en base a la doctrina y jurisprudencia administrativa y constitucional, permitiendo entender la lógica detrás de la aplicación del principio de subsidiariedad prevista en la Constitución; lo cual permitirá contribuir con mayor predictibilidad en la resolución de casos similares.

IV. ANTECEDENTES RELATIVOS A LAS CONTROVERSIAS IDENTIFICADAS

EL 06 de noviembre de 2015, la Escuela Peruana de Aviación Civil (en adelante ESPAC), Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela denunciaron a la Fuerza Aérea del Perú (en adelante la FAP) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia

Desleal N°1 (CD1), 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 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, en base a los siguientes argumentos:

- i. Según lo manifestado por los denunciantes, la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) sería una unidad orgánica dependiente de Comando de Operaciones de la FAP, que vendría realizando actividad empresarial no subsidiaria a través de 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 del país.
- ii. La referida escuela estaría autorizada para funcionar únicamente mediante resoluciones directorales emitidas por la Dirección General de Aeronáutica Civil, entidad adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC); sin embargo, no cuenta con ninguna ley aprobada por el Congreso de la República que la faculte a realizar su actividad empresarial.
- iii. Adicionalmente, en el mercado existiría suficiente oferta privada para atender el sector donde participa la EDACI, por lo cual su actividad no cumple un rol subsidiario. A mayor abundamiento, los denunciantes alegaron que existe alrededor de diez (10) escuelas privadas que brindan los mismos servicios que dicha escuela.

En atención a lo señalado, los denunciantes solicitaron a la Comisión que en calidad de medida correctiva se sirva a: (i) ordenar el cese definitivo e inmediato de la actividad referida a los servicios educativos de formación de pilotos y personal civil aeronáutico que desarrolla la EDACI, (ii) el cierre definitivo de la escuela, (iii) la publicación de una resolución condenatoria ; y, finalmente, (iv) ordenar a la imputada el pago de costas y costos en los que se incurra durante el transcurso del procedimiento.

Mediante Resolución S/N de fecha 16 de diciembre de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia y adicionalmente imputó a la FAP y al Ministerio de Defensa (en adelante MINDEF)¹, la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en la medida que mediante la EDACI, los denunciados

¹ Sobre el particular, es pertinente precisar que la Secretaría Técnica de la Comisión decidió imputar también al MINDEF dado que, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1139 – Ley de la Fuerza Aérea del Perú, la FAP sería una institución dependiente del MINDEF (Véase foja 44 del expediente).

vendrían brindando el servicio de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico, sin observar los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

El 15 de enero de 2016, el MINDEF presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

- i. Desde su creación hasta la actualidad, la EDACI ha tenido como principal objetivo la formación del personal técnico especializado para brindar los servicios de aviación civil. En ese contexto, se le habría encargado a través de diversas normas la misión de preparar y entrenar al referido personal con la finalidad de conservar la reserva aérea nacional.
- ii. Sobre el particular, el artículo 118 del Reglamento de la FAP, aprobado mediante 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 a capacitarlos para conformar la reserva aérea. Además, señalaron que según el artículo 119 de la citada norma menciona que entre las funciones de la EDACI está coordinar con la Dirección de Reserva y Movilización de la FAP sobre los requerimientos relacionados con la reserva aérea.
- iii. El artículo 20 del Decreto Legislativo 1139, Ley de la FAP menciona que el personal de la reserva aérea está conformado por aquel que requiere la FAP, personal que organiza, entrena y emplea para el cumplimiento de sus funciones. Adicionalmente, la FAP puede a través de la EDACI cubrir sus necesidades de reserva aérea en función de los objetivos y las políticas de seguridad y defensa nacional, a través de la formación de pilotos y personal civil aeronáutico.

El 15 de enero de 2016, la FAP también presentó sus descargos, alegando que el artículo 163 de la Constitución señala que el Estado garantiza la seguridad de la nación y el artículo 168 menciona que las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la defensa nacional. Por tanto, en la medida que la finalidad de la EDACI sería instruir a los pilotos que pasarían a formar parte de la reserva aérea, no calificaría como actividad empresarial directa o indirecta.

Mediante Resolución 0134-2016/CD1 del 22 de junio de 2016, la Comisión declaró improcedente² la denuncia presentada contra la FAP y el MINDEF en base a los siguientes argumentos:

- i. Dentro de la Carta Magna puede visualizarse que su artículo 164 establece que la ley determina los alcances y procedimientos de la movilización para los efectos de la defensa nacional; así como, el artículo 168 establece que las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la defensa nacional, de acuerdo a ley. Sobre este punto, a decir de la Comisión, la propia Constitución reconoce como relevante la existencia de una reserva en las Fuerzas Armadas.
- ii. La Ley 29248 – Ley del Servicio Militar, define al servicio militar como una actividad de carácter personal mediante la cual todo peruano puede ejercer su derecho y deber de participar en la defensa nacional. Al respecto, resulta oportuno señalar que, sobre la reserva de las fuerzas armadas, el artículo 68 de dicha ley menciona que cada institución de las Fuerzas Armadas organiza el servicio de su reserva de acuerdo a la clasificación que corresponda (reserva orgánica, reserva de apoyo o reserva disponible).
- iii. Sobre el particular, la actividad que realiza el EDACI no podría encontrarse ni en la reserva orgánica ni en la de apoyo dado que para que esto ocurra los militantes debieron haber realizado el servicio militar activo; por lo que determinó que la actividad realizada por la escuela pertenecía a la reserva disponible, es decir, un conjunto de personas que no han prestado servicio militar (civiles)³.
- iv. El artículo 7 de la Ley de la FAP señala que, mediante su comandancia general, la FAP tiene como función organizar, entrenar y emplear a la reserva aérea. Además, el artículo 20 del mencionado cuerpo normativo señala que el personal de la reserva aérea de la FAP está conformado 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.

² Cabe señalar que la Comisión declaró la denuncia improcedente por voto en mayoría. Asimismo, hubo un voto en discordia emitido por el señor José Tavera Colugna, quien manifestó que la EDACI realiza actividad empresarial toda vez que presta servicios de pilotos y personal civil aeronáutico en el mercado a cambio de una contraprestación (Véase foja 380 del expediente).

³ Según la Ley de Servicio Militar, la reserva disponible es la integrada por todos los peruanos en edad militar, no considerados ni en la reserva orgánica ni en la reserva de apoyo, que pueden ser empleados para cualquier otra actividad que requiera la Defensa Nacional (Véase foja 375 del expediente).

- v. En atención a lo señalado, la reserva aérea disponible de la FAP cuenta con personal que no ha realizado el servicio militar (civiles) pero que han sido formados por sus destrezas en aire por dicha institución. Por lo cual, la actividad realizada por la EDACI, a criterio de la Comisión, constituye 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.

El 18 de julio de 2016, los denunciantes apelaron la resolución de primera instancia, basándose en los siguientes fundamentos:

- i. El artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal recoge el principio de primacía de la realidad, mediante el cual autoriza a la autoridad administrativa a determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, en ese sentido, se alega que la EDACI realiza efectivamente una actividad de corte empresarial.
- ii. A diferencia de lo señalado erróneamente por la Comisión, la Ley de Servicio Militar no considera que la actividad que realiza la EDACI forma parte del *ius imperium* al alegar que la reserva disponible forma parte de la defensa nacional encomendada a las fuerzas armadas por mandato constitucional. Inclusive, los apelantes manifestaron que la definición de reserva disponible y el procedimiento para su llamamiento y movilización, previsto en los artículos del 63 al 73 de la Ley de Servicio Militar, en concordancia con los artículos 118 y 127 de su reglamento, difieren del razonamiento efectuado por la primera instancia.
- iii. La EDACI no forma ninguna reserva aérea. En efecto, el artículo 119 del Reglamento de la FAP señala que la referida escuela tiene como función desarrollar el proceso de enseñanza y aprendizaje integral y científica de la formación de piloto civil y personal aeronáutico, en observancia de las regulaciones aprobadas por la Dirección General de aeronáutica a efectos de que permitirles la obtención de licencias y habilitaciones correspondientes.
- iv. De otro lado, el artículo 5 de la Ley 27261 - Ley aeronáutica Civil señala que la actividad aeronáutica civil está reservada al sector privado, es decir, que según esta disposición ninguna entidad estatal puede desarrollar actividad empresarial sin estar autorizada por ley. Sobre el particular, mencionaron que los denunciantes no estarían autorizados por ley y tampoco cumplen con los demás requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución que les permita desarrollar actividad empresarial.

Mediante escrito del 7 de noviembre de 2016, el MINDEF absolvió el traslado de apelación manifestando que la EDACI entrena pilotos civiles y personal aeronáutico como una unidad orgánica de la FAP con el objetivo de capacitarlos y conformar la reserva aérea disponible de dicha institución armada. Asimismo, el MINDEF mencionó que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) deberá tomar en cuenta que la EDACI no tiene como finalidad lucrar con los pilotos civiles, sino que su objetivo es atraer a aquellas personas que quieran pertenecer a la Reserva Aérea.

El 16 de noviembre de noviembre de 2016, la FAP también absolvió el traslado de apelación indicando principalmente que todos los ciudadanos forman parte de la reserva aérea (indistintamente si son -o no- pilotos). En tal sentido, la EDACI forma a los pilotos forjándolos –a diferencia de otras escuelas de pilotos- de espíritu y valores patrióticos.

El 28 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada por el MINDEF, dicha audiencia contó con la participación de ambos denunciados.

El 28 de febrero de 2017, la Escuela Peruana de Aviación Civil S.A. (ESPAC) solicitó el desistimiento del presente procedimiento y del recurso de apelación presentado.

El 7 de marzo de 2017, los denunciantes presentaron un escrito reiterando los argumentos esgrimidos durante el procedimiento y solicitando que se revoque la decisión de primera instancia.

El 7 de marzo de 2017, la FAP presentó un escrito solicitando que se confirme lo resuelto por la primera instancia, reiterando sus argumentos y agregó que la Constitución, la Ley de Reserva Nacional y la Ley de la FAP mencionan que la EDACI entrena pilotos civiles con la finalidad de capacitarlos para la reserva aérea.

El 16 de marzo de 2017, los denunciados presentaron información referida a sus ingresos brutos en soles percibidos por la EDACI durante el año fiscal 2016, ello en cumplimiento del requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica.

A través de la Resolución 0278-2017/SDC-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2017, la Sala revocó el pronunciamiento de primera instancia y reformándolo declaró fundada la denuncia interpuesta por Master of the Sky S.A.C. y el señor Alexander Edixson López Vilela contra la FAP y el Ministerio de Defensa, imponiendo a los denunciados una multa ascendente a veintiuno punto once (21.11) Unidades Impositivas Tributarias y ordenando en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la presentación de servicios realizada por

la EDACI referida a la formación de pilotos y personal civil aeronáutico. Ello, tomando en consideración los siguientes argumentos:

- i. La actividad de *ius imperium* que por esencia es de titularidad reservada del Estado tiene entre sus funciones típicas: la función legislativa, la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros. Ello, en la medida que el Estado desempeña las funciones propias del concepto de soberanía.
- ii. De otro lado, en anteriores resoluciones, la Sala ha señalado que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales radica en 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 manera ineludible con la finalidad de atender sus necesidades vitales. Aquellas están recogidas en el Título 1, Capítulo II de la Constitución y corresponden a la provisión de los niveles mínimos de salud, educación y seguridad social.
- iii. De una lectura conjunta del artículo 7 y 20 de la Ley de la FAP, la Comisión concluyó que quienes conforman la Reserva Disponible referida en la Ley de Servicio Militar debía incluir necesariamente a aquellos que han sido entrenados por la propia FAP, función que según el artículo 118 del Reglamento de la Ley de la FAP sería cumplida por la EDACI. Sin embargo, a criterio de la Sala, la interpretación de la Comisión vacía de contenido la definición señalada en la Ley de Servicio Militar toda vez que justamente la reserva disponible (a diferencia de la reserva orgánica y de apoyo) solo está conformada por peruanos en edad militar que no tengan formación militar y que la FAP emplea para desarrollar actividades distintas a las que son propias de las fuerzas armadas.
- iv. El MINDEF alegó que la EDACI no tendría como finalidad lucrar con la formación de pilotos civiles, no obstante, es pertinente mencionar que lo relevante es que dicha escuela efectivamente concurre en el mercado de servicios de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico. En efecto, ello puede corroborarse de la definición del artículo 118 y 119 del Reglamento de la Ley de la FAP⁴ y que a lo largo del procedimiento las denunciadas han reconocido que ofrecen el servicio de formación de

⁴ Al respecto, la citada normativa menciona que la EDACI tiene como funciones específicas desarrollar el proceso de enseñanza-aprendizaje integral y científica en la formación del piloto civil y personal aeronáutico (...).

pilotos civiles y personal aeronáutico, a cambio de lo cual reciben una contraprestación⁵.

- v. Aunado a lo anterior, mencionó que la EDACI está compitiendo en el mercado al brindar el servicio de formación de pilotos y personal civil aeronáutico con otras empresas que ofrecen el mismo servicio (como los propios denunciados). No obstante, pese a haber quedado acreditado que la escuela concurre en el mercado realizando actividad empresarial, la segunda instancia verifica que no cuenta con ley aprobada por el Congreso de la República ni los demás requisitos contemplados en el artículo 60 de la constitución.
- vi. Respecto a la graduación de sanción, en aplicación a casos anteriores, la Sala estimó que el beneficio ilícito obtenido asciende al 100% de los ingresos brutos obtenidos por la FAP y el MINDEF en el periodo comprendido desde el 27 de julio de 2008 y el 22 de diciembre de 2015 suma un total de 5, 546, 831.00 soles. A la mencionada suma le estimó un 90% en la probabilidad de detección de la conducta sumando así que el total entre el beneficio ilícito y la probabilidad de detección ascendió 6, 163 145. 55 soles.
- vii. En el año 2016, los ingresos brutos de todas las actividades económicas de los denunciados ascendieron a s/. 854 957.92 soles. Es importante mencionar que en aplicación a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, correspondió reducir la multa respetando el 10 % del límite máximo de la multa, es decir, s/. 85 495 soles (21.11 UIT).

Finalmente, el 5 de setiembre de 2017 la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia recibió un documento por parte de la Gerencia Legal informándole que el Vigésimo cuarto Juzgado especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima había concedido una medida cautelar de no innovar interpuesta por la FAP disponiendo la suspensión de los efectos de la Resolución 278-2017/SDC-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2017.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Para la aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal es necesario que la autoridad competente determine si la actividad realizada por la EDACI configura -o no- actividad empresarial, así, de ser afirmativa la respuesta, la autoridad se verá en la obligación de verificar si dicha actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal cumple con los requisitos establecidos en la carta magna (artículo 60 de la Constitución).

⁵ Véase foja 61, 70, 99, 394 y 395 del expediente.

En ese sentido, es necesario responder a 3 importantes problemáticas que fueron analizados tanto por la primera como la segunda instancia administrativa, lo cual permitirá poder llegar a la solución que salvaguarde eficazmente los derechos vinculados en el presente caso.

5.1 ¿La actividad desarrollada por la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) califica como *ius imperium* o actividad asistencial?

Un aspecto jurídico importante está en determinar en el caso en concreto si la actividad que realizó la Fuerza Aérea del Perú (FAP) en la creación de la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) y su funcionamiento, implicaría el ejercicio del *ius imperium* del Estado.

Es pertinente mencionar que, según lo alegado por los denunciados, los artículos 7 y 20 de la Ley de la FAP y su reglamento facultarían a la Comandancia General de la FAP a organizar y entrenar a la Reserva Aérea. Asimismo, a decir de los denunciados, los artículos 163 y 168 de la Constitución Política del Perú mencionan que las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellos según las necesidades de la defensa nacional.

En ese contexto, tomando en cuenta que tanto la primera instancia como la segunda analizan estos argumentos para determinar si los denunciados contaban con la facultad del *ius imperium* y dado que llegaron a conclusiones distintas, es decir, que a criterio de primera instancia los denunciados si contaban con *ius imperium* y que, a entender de la segunda instancia, los denunciados no tenían dicha facultad sino que a través de la EDACI realizaban actividad empresarial; resulta relevante aporte al derecho delimitar en qué consiste el concepto del *ius imperium*; así como cuál ha sido su tratamiento jurisprudencial dentro del ámbito administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno señalar que en caso alguna entidad del Estado no cuente con *ius imperium* para realizar alguna actividad también deberá analizarse si ésta puede calificar como actividad asistencial; ya que, de ser así, según el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por el Indecopi en el año 2010, tampoco calificará como actividad empresarial y, en consecuencia, no se podrá aplicar lo imputado en el 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

5.2 ¿La naturaleza de la actividad que realiza la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) es una actividad empresarial?

Un tema jurídico indispensable a fin de resolver el caso en cuestión es determinar si, en efecto, la actividad desarrollada por el Estado califica -o no- como actividad empresarial.

Es pertinente mencionar que no es una tarea sencilla determinar si el Estado realiza efectivamente actividad empresarial dado que podría, en atribución a sus funciones, estar ejerciendo el *ius imperium* o alguna actividad asistencial (los cuales no califican como actividad empresarial).

En el expediente a analizar puede observarse que la primera instancia administrativa consideró que la actividad de la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) calificaba como potestad del *ius imperium* del Estado, principalmente porque su realización significaba coadyuvar a la defensa nacional en caso de guerras o desastres naturales. No obstante, a criterio de la segunda instancia, la actividad realizada por dicha escuela si calificó como actividad empresarial, en la medida que ésta no encontraba un sustento legal específico que le otorgara la facultad de impartir clases de aviación a personas civiles; así mismo, tomó en consideración que la referida escuela competía con otras empresas que realizan la misma actividad.

Posteriormente la autoridad administrativa decida si existe -o no- actividad empresarial por parte de los denunciados, solo en caso exista actividad empresarial, será necesario examinar si el Estado cumple con los requisitos de subsidiariedad establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú; ya que de no ser así estaría infringiendo lo establecido en el 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Es pertinente traer a colación el hecho que la aplicación de este tipo de infracción tiene una lógica social y económica que ha sido desarrollado tanto por la primera y segunda instancia administrativa y que debería ser tomado en cuenta a efectos de comprender cuál es la motivación en restringir la actuación del Estado en la esfera empresarial.

5.3 ¿En qué medida la aplicación del principio de subsidiariedad afectaría (o beneficiaría) el derecho de defensa y seguridad nacional?

Una cuestión controvertida en el presente caso versa en examinar hasta qué punto la aplicación del principio de subsidiariedad podría perjudicar -o beneficiar- el derecho a la defensa y seguridad nacional respecto al entrenamiento, capacitación y empleo de la reserva aérea que le ha sido conferida a las fuerzas armadas para cumplir sus actividades de defensa en caso de guerra o desastres naturales, conforme lo establecido en la Constitución y las leyes especiales de la materia. Para ello, primero, es necesario analizar cómo se vería afectada las labores de defensa de la FAP, en caso de que la Escuela de Aviación Civil del Perú (EDACI) no pueda continuar sus actividades y de qué manera se perjudicaría o beneficiarían dichas entidades en

el cumplimiento de sus obligaciones, en el supuesto que se ejecute la desaparición de la referida escuela.

Por otro lado, es pertinente mencionar que la aplicación de la medida correctiva impuesta que ordena el cese definitivo de las actividades realizadas por la EDACI (en aplicación al principio de subsidiariedad) también podría contribuir en favor de la selección de la reserva aérea que requieren los denunciados para el cumplimiento de sus obligaciones, en la medida que la desaparición de la escuela podría incentivar a que incrementen las empresas privadas que quieran competir en el rubro, o por lo menos, se mantengan en el mercado las empresas que ya se encuentran compitiendo dentro de éste. En tal sentido, a fin de esclarecer cual sería el efecto que tendría la aplicación del principio de subsidiariedad en un derecho que también reviste de importancia jurídica (derecho a la seguridad y defensa nacional), es que resulta necesario analizar este punto.

Finalmente, es pertinente traer a colación que si bien ambas instancias llegaron a una solución distinta respecto a la valoración sobre la verdadera naturaleza de la EDACI, respecto al punto del derecho a la seguridad y defensa nacional, ambas concuerdan en el hecho que independientemente de la actividad que realicen los denunciados a través de la referida escuela, estos cuentan con la potestad de poder organizar y entrenar sus reservas aéreas dentro de la instrucción castrense que se realiza dentro de la vida militar, la cual tiene como principal finalidad salvaguardar el derecho anteriormente mencionado.

VI. MARCO TEÓRICO Y ANÁLISIS SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1. Constitución Económica del Perú

“La Constitución Económica es el conjunto de reglas de juego claras con rango constitucional que contribuyen positivamente en el desempeño económico de un país. Un aspecto trascendente de la regulación de aspectos económicos en la Carta Magna es que ésta no puede ser reformada por el procedimiento legislativo ordinario, razón por la cual constituyen un factor fundamental de la gobernabilidad de un país para un determinado tiempo de su devenir histórico”⁶.

⁶ Vladimir Rodríguez Cairo, “Principio de Subsidiariedad Económica del Estado en la Constitución Política del Perú”. *Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, no. 40 (2012): 115.

Aunado ello, en palabras del autor Ernesto Álvarez Miranda “la Constitución Económica debe ser entendida como un conjunto de reglas en todo el ordenamiento jurídico cuya finalidad radica en asegurar la dignidad de la persona humana a través de la satisfacción de sus necesidades básicas, es decir, que contiene un enfoque social. Es por tal motivo que la constitución económica cuenta con principios y reglas que contribuyan a frenar todo uso ineficiente en la asignación de recursos por parte del Estado, alentando e incentivando la libertad que tienen las personas de realizar sus propósitos personales⁷.

Sobre el particular, el Perú ha tenido una variación del régimen económico de su constitución en los últimos 20 años, ello en parte como consecuencia de la globalización y el rápido crecimiento tecnológico que ha cambiado por completo la forma de comercializar tanto dentro del territorio como alrededor del mundo, así como, la preocupación por el Estado de centrarse en satisfacer prioritariamente la demanda social en derechos como salud, educación, seguridad, infraestructura, entre otros. Por ello, en palabras del autor Raúl Chanamé Orbe el Perú ha ido integrando principios que rigen en su Constitución Económica tales como: la libertad de contratar, la libre competencia, el pluralismo económico, la igualdad de tratamiento de capital, los derechos del consumidor, el arbitraje en la solución de conflictos y la economía social de mercado⁸.

6.1.1. Economía social de mercado

La Economía social de mercado es un modelo económico cuyo objetivo es ayudar a la persona a desarrollarse a plenitud y satisfacer sus necesidades fundamentales principalmente en áreas de promoción de empleo, infraestructura, servicios públicos, salud y educación⁹, así como, también asegurar que las persona puedan participar tanto en la sociedad como en la economía. Para ello, resulta indispensable que el Estado permita y fomente la iniciativa privada entre los particulares, respetando derechos indispensables como la libertad de empresa y la propiedad privada. Así, en palabras de Ernesto Álvarez, puede concluirse que “la economía social de mercado se rige bajo la lógica de tanto mercado como sea posible y tanta intervención estatal como sea necesaria. Sin duda, esto supuso otorgarle un rol fundamental al Estado para impulsar el crecimiento económico y priorizar, a partir de ello, el desarrollo de espacios sociales

⁷ Ernesto Álvarez Miranda, “El Modelo Económico de la Constitución Peruana”. *Revista Ius et veritas*, no. 48 (2014): 258.

⁸ Raúl Chanamé Orbe, “Constitución Económica”. *Revista Derecho & Sociedad*, no. 40 (2013): 57.

⁹ Constitución Política del Perú (Const.) Cap. I, art. 58. Diciembre 30 de 1993 (Perú).

igualmente importantes”¹⁰. Asimismo, en palabras del economista Alfred Müller-Armack, la economía social de mercado implica enlazar tanto las libertades económicas y libertad de competencia junto al progreso social, tomando en consideración los derechos sociales de las personas¹¹. De manera que, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el interés individual (particular) no pueda primar sobre el interés colectivo¹².

Aunado ello, es preciso señalar que las libertades que el Estado reconoce a los particulares en el desarrollo de actividad empresarial tiene límites, los cuales precisamente buscan salvaguardar intereses colectivos (o sociales) también reconocidos en la Constitución, entre ellos puede mencionarse dentro de este conjunto de límites a la moral, la salud y la seguridad pública¹³.

En la Constitución de 1993 se incluyeron reformas que buscan mejorar la institución económica de constituciones anteriores, por ello se estableció como modelo una economía social de mercado que permita la libre interacción de la oferta y la demanda. Es decir, que el Estado promueva la autorregulación de la economía y que solo intervenga cuando sea necesario hacerlo, por ejemplo, ante fallas de mercado. Para ello, el capítulo económico de dicha constitución priorizó el concepto de Libre Competencia, cuyo objetivo consta en estimular la óptima asignación de recursos en el mercado, producir bienes y servicios que satisfagan la necesidad de la población, genere puestos de trabajo y mejore la calidad y precio de productos y servicios¹⁴.

6.1.2. Diferencia entre el rol del Estado en la economía y el rol de la actividad empresarial.

El Estado tiene el deber de actuar un papel importante en la Economía, aquel rol es amplio y no solo se reduce a realizar actividad empresarial, sino que consiste en ejecutar acciones para impulsar el crecimiento económico del país y consecuentemente aumentar el presupuesto fiscal que le permita realizar su rol principal como garantizar la salud, educación, seguridad e infraestructura de todos los ciudadanos. Para ello, el Estado dirige y alienta la política macroeconómica del país, como es el caso de la recaudación de tributos, la regulación del

¹⁰ Álvarez, “*El Modelo Económico de la Constitución Peruana*”, 263.

¹¹ Alfred Müller-Armack, “Estudios sobre la economía social de mercado”. *Revista de Economía y Estadística*, vol. 6, no. 4 (1962): 177.

¹² Véase Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el Exp. 2071-2002-AA/TC del 8 de enero de 2003 y el Exp. 008-2005-PI/TC del 12 de agosto de 2005, que se refieren a que el interés particular no puede primar sobre el interés colectivo.

¹³ Constitución Política del Perú (Const.) Cap. I, art. 59. Diciembre 30 de 1993 (Perú).

¹⁴ Luis José Diez Canseco Núñez y Crosby Buleje Díaz, “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”. *Circulo de Derecho Administrativo*, no. 10 (2011): 225.

sistema financiero y la administración de su política monetaria, ésta última, por ejemplo, bajo el *expertise* de una entidad autónoma (Banco Central de Reserva del Perú)¹⁵.

Siendo así, mientras que la actividad empresarial del Estado implica concurrir en el mercado mediante la oferta o demanda de algún bien o servicio en particular; el rol de Estado en la economía implica un concepto mucho más amplio, en la medida que debe entenderse que el Estado cumple un rol indispensable en la política monetaria, fiscal y económica; así como, tiene como deber el salvaguardar la seguridad y garantizar el bienestar de la persona humana¹⁶.

6.2. Aplicación del Principio de Subsidiariedad

6.2.1. Principio de subsidiariedad

El Principio de subsidiariedad faculta al Estado a realizar actividad empresarial únicamente en calidad de ayuda, vale decir, cuando la actividad empresarial privada no satisfaga a la demanda en un determinado mercado¹⁷. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo”¹⁸.

En otras palabras, “el carácter subsidiario se ha interpretado en el sentido de que sólo debe haber empresa del Estado cuando no existan empresas privadas en un mercado o las que haya no cubran toda la demanda existente. Así, una aplicación estricta de la Constitución conllevaría que no exista una empresa estatal compitiendo en el mercado con empresas privadas, pues al existir éstas la empresa estatal no estaría cumpliendo rol subsidiario”¹⁹.

En atención a lo anterior, en los casos en los cuales el Estado deba intervenir en la economía como agente económico, este no deberá hacerlo con una finalidad meramente lucrativa sino, principalmente social, procurando en su intervención no limitar la libertad de empresa sino

¹⁵ César Landa Arroyo, “El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú”. *Revista de Derecho Forseti*, no. 6 (2016): 148.

¹⁶ Landa, “*El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú*”, 157.

¹⁷ Diez Canseco y Buleje, “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”, 225.

¹⁸ Tribunal Constitucional sobre el Exp. 008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, se refiere a la actividad subsidiaria del Estado.

¹⁹ Rommel Calderón Morales, “Una Nueva Perspectiva Sobre los Alcances de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú”. Una Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez. *Revista Derecho & Sociedad*, no. 37 (2011): 315.

impulsarla²⁰. Para lograr aquello, según el autor Elio Segovia, el Estado podrá realizar actividad empresarial respetando las libertades de los individuos y solo hasta donde sea necesario intervenir, ello a fin de satisfacer las necesidades de la población en un determinado mercado²¹.

A mayor abundamiento, puede mencionarse que la subsidiariedad implica dos aspectos fundamentales: (i) evita que el Estado genere un mayor gasto público en la realización de actividades que no corresponden a su rol principal y (ii) previene que se destinen los recursos del financiamiento público a la realización de actividades empresariales que bien podrían ser satisfechas por el sector privado²². Adicionalmente, la aplicación del principio de subsidiariedad tiene como uno de sus objetivos evitar desincentivar el ingreso o mantenimiento de agentes económicos en el mercado, toda vez que estos no se encuentran sometidos a un riesgo similar que el Estado debido a que éste último cuenta con varias ventajas como el empleo de recursos públicos, la exoneración de impuestos, la aplicación de subsidios, entre otros²³.

6.2.2. Actividad empresarial estatal

El autor Alfredo Bullard menciona la definición que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia utilizó con relación al concepto de actividad empresarial del Estado. En dicha oportunidad, la Sala manifestó que formará parte del referido concepto “toda actividad estatal consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio”²⁴. Adicionalmente, la Sala mencionó que no constituirá actividad empresarial, tanto el ejercicio de la potestad *ius imperium* como la prestación de servicios asistenciales²⁵.

Es menester mencionar que, el Estado puede realizar actividad empresarial estatal a través de una empresa pública o cualquier entidad, con la finalidad de proveer un bien o servicio a los consumidores a cambio de una contraprestación²⁶. En efecto, el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que son 2 los sujetos que pueden vulnerar el

²⁰ Landa, “*El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú*”, 155.

²¹ Elio Segovia Olave, “Acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Económica del Estado”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, no. 10 (2017): 96.

²² Rodríguez, “*Principio de Subsidiariedad Económica del Estado en la Constitución Política del Perú*”, 118.

²³ Diez Canseco y Buleje, “*Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI*”, 226.

²⁴ Alfredo Bullard Gonzalez, “El Otro Pollo: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, no. 10-2 (2011): 202.

²⁵ Sala Especializada en Defensa de la Competencia, EXP 201-2008/CCD, fecha 29 de noviembre de 2010.

²⁶ Diez Canseco y Buleje, “*Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI*”, 225.

principio de subsidiariedad: las empresas estatales y las entidades de la administración pública que realizan actividad empresarial. En el caso de las empresas estatales, estas se encuentran reguladas bajo la aplicación de Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), que en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1031²⁷ menciona que la actividad del Estado puede desarrollarse bajo las siguientes formas: (i) empresas del estado de accionariado único, (ii) empresas del Estado con accionariado privado; y, (iii) empresas del Estado con potestades públicas²⁸.

Por otro lado, en el caso de las actividades empresariales que se desarrollen a través de las entidades públicas del Estado, se encontrarán bajo el marco legal del Decreto Supremo 088-2001-PCM, el cual señala en su artículo 10 que se entenderá por “actividad comercial” la venta o alquiler de bienes o servicios que no son suministrados exclusivamente por Entidades del sector público y que generalmente se brinda en condiciones de competencia con el sector privado²⁹.

6.2.3. *Ius imperium* del Estado

El concepto de *ius imperium* fue desarrollado por la Sala Especializada en Competencia Desleal en el precedente de observancia obligatoria, diferenciándolo de la actividad empresarial en la medida que el *ius imperium* “se refiere a la titularidad reservada del Estado, la cual tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional o del sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos”³⁰.

Sobre el particular, es preciso mencionar que este concepto no es nuevo y que el Indecopi usó como modelo el concepto de *ius imperium* ya aplicado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) para la aplicación del concepto. En efecto, dicho tribunal definió tal concepto como aquellas acciones efectuadas dentro de sus propias prerrogativas típicas del ejercicio público. “Según el TJCE, se otorga un alcance de las actividades esenciales del poder

²⁷ Decreto Legislativo 1031, de 23 de junio, Decreto Legislativo que promueve la actividad empresarial del Estado. (Lima, 24 de junio de 2008).

²⁸ Gustavo Galván Pareja, “La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario”. *Revista Pensamiento Crítico*, vol. 21, no. 2 (2016): 90.

²⁹ Decreto Supremo 088-2001-PCM, de 15 de julio, Disposiciones aplicables a las entidades del sector público para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes. (Lima, 17 de julio de 2001).

³⁰ Michael Luyo Castañeda & Victor Hugo Bazán Vásquez, “Esclareciendo la Actividad Empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”. *Revista Derecho & Sociedad*, no. 49 (2017): 196.

público, como aquellas que derivan del *imperium* del Estado, lo cual implica la facultad de usar prerrogativas que exceden el derecho común, privilegios del poder público de carácter coercitivo que se imponen a los ciudadanos, tales como la administración general, la justicia, la seguridad, entre otros”³¹.

Por otro lado, como podrá apreciarse de la resolución emitida por la entidad peruana puede visualizarse un loable intento por tratar de ejemplificar las prerrogativas que se encontrarían dentro de la facultad estatal, entre ellas puede mencionarse la función legislativa, el otorgamiento de títulos habilitantes, la administración de justicia y defensa nacional³². Es decir, bajo este concepto no existe relación entre consumidor y proveedor como si ocurre en la actividad empresarial³³.

Por otro lado, las actividades que se encontrarían dentro del concepto también están recogidas en la Constitución. Según César Landa, las actividades necesarias para el funcionamiento del Estado están previstas en el artículo 44 de la Carta Magna y mencionan que “es deber primordial del Estado “defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. A mayor abundamiento, el autor menciona que los tres poderes del Estado y las instituciones como el Banco de la Nación, los organismos electorales, el Tribunal Constitucional, la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, entre otros; realizan actividades indispensables para el funcionamiento del Estado en beneficio de la ciudadanía³⁴.

Ahora bien, las actividades que involucran el ejercicio del Estado en asegurar la soberanía y seguridad nacional se realizarían habitualmente a través entidades que no realizan actividad empresarial, ya que al ser una actividad propiamente de la potestad estatal debería excluirse del ámbito privado. No obstante, deberá tomarse en cuenta que resultará ser perjudicial optar por posiciones extremistas, es decir, en el caso en particular, optar por el exceso público y el exceso privado. En efecto, de seguirse una “postura de exceso público, la protección de la soberanía y seguridad nacional implicaría que los aeropuertos y puertos sean operados necesariamente por el estado o empresas estatales. En cambio, el exceso de lo privado, bajo un criterio rígido y

³¹ Luyo y Bazán, “*Esclareciendo la Actividad Empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas*”, 195.

³² María Quiñonez Alaysa, “Actividad empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos. *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 12 (2012): 69.

³³ Christian Guzmán Napurí, “El Principio de Subsidiariedad Empresarial del Estado”. *Revista de Derecho Público Económico*, no. 1 (2021): 84.

³⁴ Landa, “*El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú*”, 146.

absoluto de subsidiariedad, podría exigir que el registro nacional de identificación y estado civil o la expedición de pasaportes sean administrados por una empresa privada. En tal sentido, no basta con afirmar que una actividad involucra la seguridad y soberanía nacional para descartar la participación privada y optar por la empresa estatal”³⁵.

6.2.4. Actividad asistencial

La actividad asistencial es la ejecución por parte del Estado de algún mandato constitucional que le permita proteger y garantizar los derechos sociales del ser humano. Así, en el precedente de observancia obligatoria³⁶, la Sala indicó que este concepto guarda relación con el cumplimiento de lo establecido en el marco constitucional en la promoción de actividades como programas alimentarios, de viviendas (para ciertos grupos) o programas educativos³⁷.

En relación con lo anterior, la actividad asistencial -a diferencia de la actividad empresarial- no compite por captar consumidores, toda vez que el sector al cual va dirigido esta actividad carece de recursos económicos y, por tanto, su intervención busca tutelar los derechos sociales de aquellas personas.³⁸

Según lo mencionado por María Quiñonez, el criterio que utilizó el Indecopi para diferenciar la actividad asistencial sobre la empresarial es correcta, ello debido a que tanto el artículo 9 y 11 de la Constitución facultan a que el Estado pueda realizar un rol promotor y garantista del acceso universal y equitativo de derechos sociales. A manera de ejemplo, la autora menciona que “un servicio médico que esté disponible solo para quienes puedan pagar por él (como es el caso de los servicios bajo tarifario diferenciado) no cumple con la finalidad de garantizar el acceso universal y equitativo de todos los ciudadanos a un servicio considerado esencial. Se trata, por ende, de una actividad empresarial, que busca ofrecer un servicio a un determinado segmento de la población”³⁹.

A mayor abundamiento, en lo que se refiere al servicio de educación (derecho social) y, por tanto, también sujeto a criterios de universalidad y equidad que debe cumplir el Estado en aras

³⁵ Calderón, “Una Nueva Perspectiva Sobre los Alcances de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú. Una Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez”, 320.

³⁶ Sala Especializada en Defensa de la Competencia, EXP 201-2008/CCD, fecha 29 de noviembre de 2010.

³⁷ Bullard, “El Otro Pollo: “La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”, 202.

³⁸ Bullard, “El Otro Pollo: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”, 203.

³⁹ Quiñonez, “Actividad empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos”, 68.

de salvaguardar el desarrollo de la persona en la sociedad, éste deberá ser accesible a todos los ciudadanos independientemente de los recursos económicos y las discapacidades con los que estos cuenten. Ello, guarda relación con la justicia distributiva en la medida que el Estado debe coadyuvar a los menos favorecidos en la sociedad para que éstos tengan una vida digna y puedan insertarse y desarrollarse en la sociedad. En esa línea, toda persona que no cuente con los recursos suficientes o tenga alguna limitación mental o física también podrá educarse, toda vez que será el Estado quien les ofrezca la educación de manera gratuita y permanente⁴⁰. Cabe mencionar que la aplicación de la actividad asistencial no está dirigida a competir sino a corregir desigualdades sociales⁴¹.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno precisar que Eduardo Quintana discrepa del análisis efectuado por el Indecopi en relación con la distinción que realiza entre la actividad asistencial y actividad empresarial, toda vez que, según criterio de Quintana, “cuando el Estado realiza actividad empresarial con carácter totalmente subsidiario -es decir cuando no existe oferta privada alguna- está realizando actividad asistencial, es decir, se trata de actividades equivalentes. Indecopi las distingue, lo cual es un error, pues la lógica de la actividad subsidiaria neta es precisamente que sea asistencial”⁴².

6.3. Mecanismos de control del principio de subsidiariedad

6.3.1. Principio de subsidiariedad constitucional

Junto a las disposiciones constitucionales encargadas de tutelar las libertades económicas de los privados, así como, garantizar la inversión privada frente a la intervención estatal, podemos encontrar que la Constitución ha previsto también en su artículo 60 el principio de subsidiariedad⁴³, mencionado lo siguiente: “Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”⁴⁴

El rol subsidiario del Estado implica dos aspectos fundamentales: 1) evita que el Estado se sobredimensione a través del incremento del gasto público y 2) que se destinen los escasos

⁴⁰ Quiñonez, “*Actividad empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos*”, 69.

⁴¹ Guzmán, “*El Principio de Subsidiariedad Empresarial del Estado*”, 84.

⁴² Calderón, “*Una Nueva Perspectiva Sobre los Alcances de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú. Una Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez*”, 319.

⁴³ Constitución Política del Perú (Const.) Cap. I, art. 60. Diciembre 30 de 1993 (Perú).

⁴⁴ Galván, “*La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario*”, 85.

recursos públicos a la producción de bienes y servicios en sectores competitivos, los cuales pueden ser provistos por la actividad privada. Por el contrario, con dichos recursos se pueden atender otras necesidades prioritarias de la sociedad ante la ausencia de oferta privada suficiente⁴⁵.

El principio de subsidiariedad económica del Estado es un límite a la actividad estatal, en la medida que el Estado no tiene facultad de participar de forma libre en la actividad empresarial del mercado, sino que cuando pretenda hacerlo deberá sujetarse a lo dispuesto en los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución, entre los cuales se encuentra los siguiente: (i) ley expresa otorgada por el Congreso de la república, (ii) realizar actividad subsidiaria (falta de satisfacción en la demanda de productos o servicios); y, (iii) alto interés o conveniencia nacional. Asimismo, en ocasiones que lo ameriten o justifiquen -fallas o imperfecciones del mercado-, el Estado podrá realizar una función supervisora, correctiva y reguladora del mercado en aras de proteger los intereses colectivos que deben primar sobre los privados⁴⁶.

6.3.2. Principio de subsidiariedad – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

El principio de subsidiariedad también se encuentra recogido bajo la incorporación del novedoso artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal⁴⁷ que dispone lo siguiente: “ 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 el referido decreto, vale decir, el Indecopi⁴⁸.

Es menester mencionar que el artículo 14 de la mencionada norma tipifica la conducta de violación de normas, la cual consiste en reprimir toda conducta en el mercado que esté dirigida a obtener una ventaja significativa en el mercado que no se base en la propia eficiencia del agente económico. No obstante, el numeral 14.3 del artículo 14 de dicha norma ha establecido una presunción que excluye en análisis de los efectos que puede ocasionar la participación en el mercado, bajo esta premisa, si la actividad empresarial estatal no obtiene ninguna ventaja en

⁴⁵ Rodríguez, “Principio de Subsidiariedad Económica del Estado en la Constitución Política del Perú”, 118.

⁴⁶ Galván, “La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario”, 102.

⁴⁷ Decreto Legislativo 1044, de 25 de junio, Ley de Represión de la Competencia Desleal. (Lima, 26 de junio de 2008).

⁴⁸ Mario Huapaya Nava y Juana Rosa Terrazos Poves, “Principio de Subsidiariedad: Consideraciones respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado”. *Revista Derecho y Sociedad*, no. 31 (2008): 277.

el proceso competitivo igualmente se aplicará la sanción⁴⁹. Sin embargo, en opinión de Gustavo Galván, el hecho descrito anteriormente “constituye un trato diferenciado no justificado hacia la actividad empresarial estatal que se aparta de la disposición constitucional que dispone que la “actividad empresarial pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal”.⁵⁰

Por otro lado, un punto a tomar en cuenta se encuentra relacionado “con la competencia que tiene la autoridad administrativa para cuestionar la ley que faculta el ejercicio de la actividad empresarial. Es claro que no debiera existir impedimento para ello, dadas las atribuciones otorgadas a favor de la administración pública por el Tribunal Constitucional para aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, que, sin embargo, es muy discutible”⁵¹.

Ahora bien, en el año 2010, el Indecopi estableció un precedente de observancia obligatoria que contiene un ‘test de subsidiariedad’ tomando en consideración los requisitos del principio de subsidiariedad que debe analizarse a fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución. Así, el mencionado test señala que se aplicará el principio de subsidiariedad a toda actividad empresarial del Estado que no forme parte del ejercicio de *ius imperium* como potestad estatal o la prestación de servicios asistenciales. Asimismo, en caso de que se confirme que la actividad que realiza el Estado es una actividad empresarial, la misma deberá contar con ley expresa aprobada por el parlamento, deberá ser subsidiaria y estar justificada por el interés o conveniencia nacional.⁵²

Asimismo, la Sala estableció en aquella oportunidad que el principio de subsidiariedad establece los límites que tiene el Estado en el desarrollo de la actividad empresarial del país, conformando los parámetros dentro de los cuales puede actuar el Estado en relación a la libertad de los ciudadanos de hacer empresa y participar en la economía nacional. En atención a ello, el precedente toma en cuenta que el Estado solo deberá actuar siempre y cuando cumpla con determinados requisitos pues de lo contrario éste estará afectando la iniciativa privada, las libertades y, consecuentemente, podría estar perjudicando el mercado.⁵³

Cabe precisar que, el análisis de la actividad que realice la entidad estatal deberá efectuarse en concordancia con lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia

⁴⁹ Galván, “La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario”, 95.

⁵⁰ Galván, “La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario”, 96.

⁵¹ Guzmán, “El Principio de Subsidiariedad Empresarial del Estado”, 83.

⁵² Díez Canseco y Buleje, “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI”, 232-233.

⁵³ Guzmán, “El Principio de Subsidiariedad Empresarial del Estado”, 84.

Desleal, que menciona “que la autoridad administrativa deberá determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad”⁵⁴.

VII. TOMA DE POSICIÓN SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

7.1 Respecto si la actividad desarrollada por la EDACI califica como *ius imperium* o actividad asistencial

Según el precedente de observancia obligatoria, para evaluar que la actividad desarrollada por el Estado debe cumplir con los requisitos de subsidiariedad se requiere necesariamente que ésta califique como actividad empresarial y no como *ius imperium* o actividad asistencial. En esa línea, resulta pertinente evaluar primero si la actividad que realizan los denunciados (MINDEF y FAP) se realiza bajo cualquiera de estos dos supuestos.

Primero, con relación al *ius imperium* del Estado, como se explicó con antelación, consiste en “la titularidad reservada del Estado que le reconoce la Constitución para realizar diversas funciones, dentro de las cuales se puede mencionar función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional o del sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos”⁵⁵.

Ahora bien, a decir de los denunciados, los artículos 7 y 20 de la Ley de la FAP y su reglamento facultarían a la Comandancia General de la FAP a organizar y entrenar a la reserva aérea. Asimismo, a decir de los denunciados, los artículos 163 y 168 de la Constitución Política del Perú mencionan que las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellos según las necesidades de la Defensa Nacional. Por ello, resulta pertinente dilucidar si, efectivamente, la actividad que realizan está amparada en su facultad de *ius imperium*.

En esa línea, a efectos de dilucidar si los denunciados utilizan -o no- la facultad del *ius imperium* para el desarrollo de su actividad, es menester cuestionarnos y analizar cuál es la actividad que verdaderamente realizan, pues ello nos permitirá determinar si dicha actividad encuadra dentro del mencionado concepto, ello, además, en aplicación del principio de

⁵⁴ Decreto Legislativo 1044, de 25 de junio, Ley de Represión de la Competencia Desleal. (Lima, 26 de junio de 2008).

⁵⁵ Luyo y Bazán, “*Esclareciendo la Actividad Empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas*”, 196.

primacía de la realidad contemplado en el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁶.

Sobre el particular, de una verificación de los documentos que obran en el expediente se puede apreciar que, conforme ha sido confirmado por los propios denunciados en diversos escritos, la EDACI brinda al mercado el servicio de formación de pilotos civiles y personal civil aeronáutico⁵⁷. Adicionalmente, es oportuno mencionar que para que realice esta actividad, la EDACI requiere necesariamente contar con autorización mediante resoluciones directorales emitidas por la Dirección General de Aeronáutica Civil, adscrita al MTC⁵⁸, autoridad competente para autorizar el funcionamiento de escuelas de pilotos tanto para personas naturales como jurídicas que realicen actividades de instrucción de aeronáutica civil.

En ese sentido, si bien los demandados podrían alegar que contarían con el *ius imperium*, es decir, facultad del Estado para brindar el servicio que la EDACI realiza, lo cierto es que, como ha sido demostrado anteriormente, este servicio tendría una finalidad comercial en el mercado toda vez que estaría dirigida a formar pilotos comerciales o civiles que terminarían trabajando en aerolíneas particulares, asimismo, también se puede visualizar que la actividad realizada por los denunciados requiere de una constante renovación -según el MTC cada 4 años- para poder desarrollar dicho servicio en el mercado, lo cual resalta su diferencia con una *potestad ius imperium* toda vez que ésta no requiere de una autorización por alguna entidad del Estado para ejercer su función. Por tanto, se debe desestimar este argumento esgrimido por los imputados.

Adicionalmente, sobre el argumento alegado por los denunciados en relación a que la Constitución y la ley los faculta a organizar y disponer de su reserva aérea, es necesario señalar primero que la Constitución si faculta a los denunciantes a organizar y disponer de la reserva aérea, sin embargo, ello no se ha visto vulnerado en el presente caso ya que como se explicó anteriormente la actividad desarrollada por la EDACI no tiene una finalidad militar, como si la tiene la formación de pilotos que son parte de la Fuerza Aérea del Perú, sino que su finalidad es formar pilotos comerciales y civiles que no están dentro del campo militar.

Ahora bien, lo denunciados también alegaron que según disposición del artículo 68 de la Ley de Servicio Militar⁵⁹ ellos tendrían una reserva disponible que estaría conformada por personas

⁵⁶ Decreto Legislativo 1044, de 25 de junio, Ley de Represión de la Competencia Desleal. (Lima, 26 de junio de 2008).

⁵⁷ Véase fojas 61, 70, 90 y 394 del expediente.

⁵⁸ Véase foja 111 del expediente.

⁵⁹ Ley 29248, de 26 de junio, Ley de Servicio Militar. (Lima, 28 de junio de 2008).

que no pertenecen al servicio militar. Al respecto, el hecho de que los denunciados puedan seleccionar su reserva aérea sobre personas que no forman parte de la vida militar no los faculta exclusivamente a entrenar a pilotos comerciales y civiles, mucho menos tomando en cuenta que como se ha venido sosteniendo estos no pertenecen a una formación netamente militar.

Ahora bien, respecto al segundo tema en cuestión, es decir, si la actividad realizada por el EDACI podría encajar como una actividad asistencial, resulta pertinente delimitar cuál es el significado del referido concepto. Sobre el particular, “la actividad asistencial se relaciona con el cumplimiento del estado en su deber de tutelar derechos sociales del ser humano de manera universal y equitativa⁶⁰”, esta actividad se realiza es cumplimiento de lo establecido en la Constitución en la actividad de promoción de programas alimentarios, salud, educación y vivienda.⁶¹ Cabe mencionar que la actividad asistencial -a diferencia de la actividad empresarial- no compete en el mercado sino que está dirigida a corregir desigualdades sociales principalmente con las personas de bajos recursos económicos que no pueden acceder a estos.

No obstante, en el presente caso puede advertirse que la prestación del servicio de formación de pilotos comerciales y civiles que brinda la EDACI no está destinada a corregir desigualdades sociales, ya que dicho servicio se brinda a un determinado grupo que paga una contraprestación económica en aras de recibir una educación que le servirá para más adelante poder conseguir un empleo en algunas de las aerolíneas locales o desempeñarse en cualquier otra actividad similar. En tal sentido, la prestación del servicio que se brinda a través de dicha escuela no puede ser comprendida como universal ni equitativa conforme el concepto que enmarca la actividad asistencial.

Siendo que, como se ha demostrado con anterioridad, la actividad que realizan los denunciados mediante la EDACI no califica como *ius imperium* ni como actividad asistencial, es menester identificar si tal actividad puede enmarcarse dentro de una actividad empresarial, toda vez que, de ser así, estará sujeta a lo estipulado en el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal que salvaguarda lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta Magna.

⁶⁰ Guzmán, “El Principio de Subsidiariedad Empresarial del Estado”. *Revista de Derecho Público Económico*, no. 1 (2021): 84.

⁶¹ Bullard, “*El Otro Pollo: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad*”, 203.

7.2. Sobre si la naturaleza de la actividad que realiza la EDACI es una actividad empresarial

A fin de identificar si la actividad que realiza la EDACI califica -o no- como actividad empresarial resulta necesario conocer cómo la autoridad administrativa ha ido analizando dicho concepto, para ello, es pertinente traer a colación lo señalado en el precedente de observancia obligatoria, en el cual la Sala define este concepto señalando que “se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales”⁶².

Sobre el particular, cabe mencionar que la definición de actividad empresarial debe comprenderse integralmente como una actividad que no sea ejercicio de la potestad del *ius imperium* del Estado ni un servicio asistencial, sin embargo, como ha sido desarrollado en el presente documento, la actividad del EDACI no califica dentro de estos dos últimos conceptos, por lo que corresponde analizar si el desarrollo de sus labores se efectúa como actividad empresarial. De la revisión de dicho enunciado puede desprenderse que la actividad empresarial consiste en que el Estado actúa como agente económico en el mercado brindando cualquier producto o servicio en el mercado⁶³.

En tal sentido, la EDACI si está realizando actividad empresarial en la medida que su actividad consiste en brindar el servicio a un determinado grupo de personas para la formación de pilotos civiles y personal aeronáutico. Es oportuno mencionar que esta actividad se realiza a cambio de una contraprestación económica por las personas que reciben el servicio por parte de la escuela, quienes no realizan dicha contraprestación necesariamente por pertenecer a las fuerzas armadas y con ello coadyuvar a la Defensa y Seguridad nacional, sino que más bien con la finalidad de trabajar en actividades relacionadas a la formación que pretenden recibir por parte de la EDACI.

Debe tomarse en cuenta que según el mencionado precedente no interesa el ánimo lucrativo, sino que basta con que concurra en el mercado mediante la prestación -en este caso- del servicio

⁶² Sala Especializada en Defensa de la Competencia, EXP 201-2008/CCD, fecha 29 de noviembre de 2010. Se refiere a la definición de actividad empresarial estatal.

⁶³ Díez Canseco y Buleje, “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI”, 225.

de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico. Sin perjuicio de lo anterior, puede verificarse de los medios probatorios que obran en el expediente que los alumnos de la escuela retribuyen a la misma con una contraprestación económica.

Por último, también es relevante mencionar que la EDACI concurre en el mercado realizando la misma actividad empresarial que realizan diez empresas, dentro de las cuales se encuentran las denunciadas, lo cual acarrea como consecuencia que la EDACI tenga que realizar el servicio de manera subsidiaria y en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 60 de la Carta Magna, esto es, cumpliendo los siguientes requisitos: (i) la ley expresa otorgada por el Congreso de la república, (ii) realizar actividad subsidiaria (falta de satisfacción en la demanda de productos o servicios); y, (iii) alto interés o conveniencia nacional.

7.3 Sobre si la aplicación del principio de subsidiariedad afectaría (o beneficiaría) el derecho de defensa y seguridad nacional

En esta parte del problema es oportuno analizar cuál es la consecuencia de aplicar el principio de subsidiariedad en la actividad que están desarrollando la EDACI. Para ello, es necesario recordar cuál es la lógica que motiva el principio de subsidiariedad en la economía social de mercado.

Según Gustavo Galván, “La Constitución de 1993 procuró establecer un marco facilitador de la actividad económica privada con una limitada intervención estatal que contiene disposiciones constitucionales dirigidas a resguardar libertades económicas y a otorgar garantías a la inversión privada frente a la inversión estatal”⁶⁴. En esa línea, el concepto de la subsidiariedad del Estado consiste en proveer de ayuda a la sociedad, cuando los privados no se encuentran en la capacidad de satisfacer la demanda de ésta en un determinado mercado; y, por tanto, la sociedad requiera necesariamente de la ayuda del Estado⁶⁵. En otras palabras, el Estado no realiza actividad empresarial por iniciativa propia y con la intención de lucrar -como si es el caso del sector privado-, sino que participa en la producción de bienes y servicios solo cuando no hay un agente económico privado que cumpla eficientemente en realizar una actividad de interés en la economía⁶⁶.

En concordancia con lo anterior, en estos casos de subsidiariedad se aprecia que el Estado cumple una función social, en la medida que su finalidad consiste en ayudar a las personas que

⁶⁴ Galván, “La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario”, 84-85.

⁶⁵ Segovia, “Acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Económica del Estado”, 96-97.

⁶⁶ Rodríguez, “Principio de Subsidiariedad Económica del Estado en la Constitución Política del Perú”, 119.

no pueden satisfacer su demanda por ausencia de oferta del sector privado. No obstante, sería válido preguntarse por qué sería ineficiente o negativa la intervención del Estado junto a un sector privado que satisface la demanda de los consumidores.

Sobre el particular, si el Estado utiliza los impuestos para financiar su propia actividad empresarial traería como consecuencia dos resultados nocivos, primero, que deje de ocuparse principalmente en su rol principal con la recaudación de tributos, vale decir, en satisfacer los servicios que debería como lo son la educación, salud, seguridad, infraestructura básica y programas sociales; segundo, compite deslealmente con los privados, en la medida que usaría dinero proveniente de los fondos públicos (impuestos) para competir con privados que no tienen esa ventaja⁶⁷. Sobre este último punto, incluso en caso de que la actividad empresarial fracase (económicamente) podrán los fondos públicos cubrir tales pérdidas toda vez que el “Estado nunca quiebra”⁶⁸.

Siendo así, la lógica de que la actividad empresarial del Estado sea subsidiaria también radica en que existen actividades -no asistenciales- que si son realizadas por el sector privado podrían ser más eficientes y eficaces⁶⁹. De igual manera, es importante traer a colación que la Constitución reconoce amplias libertades al sector privado con la intención de incentivar la iniciativa privada y que estos puedan desarrollarse en un mercado competitivo que finalmente termine beneficiando al consumidor y, en general, a la sociedad.

En atención a lo expuesto, en el caso en particular se tiene que la EDACI brinda en el mercado el servicio de formación de piloto civil y personal aeronáutico, sin embargo, no es la única que brinda este servicio, pues como ha sido expuesto a lo largo del procedimiento existen diez (10) empresas en el mercado que se desempeñan desarrollando una actividad similar. En tal sentido, en el hipotético caso de que no fuera aplicable el principio de subsidiariedad de la escuela EDACI, estas diez empresas no tendrían incentivos para participar en el mercado ofertando este servicio, ya que como se explicó anteriormente el Estado es un competidor invencible que inclusive puede operar a pérdida y no pagar impuestos. Por tal consideración, de no aplicarse el principio de subsidiariedad, lo más probable es que estos competidores terminen por desaparecer del mercado ante la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones frente a esta actividad estatal. Ello, finalmente generaría que al desaparecer estos competidores no

⁶⁷ Bullard, “*El Otro Pollo: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad*”, 203.

⁶⁸ Díez Canseco y Buleje, “*Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI*”, 222.

⁶⁹ Quiñonez, “*Actividad empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos*”, 67.

exista tanta reserva aérea disponible como la que hoy en día existe, debido a que existen varias entidades que son capaces de ofertar sus servicios y, por tanto, existen más opciones en el mercado para que los clientes y potenciales clientes del servicio (pilotos civiles y aeronáutico) puedan acceder a su formación. Tomando en cuenta ello, la aplicación del principio de subsidiariedad termina beneficiando el derecho de defensa y seguridad nacional, en la medida existirá un mercado más amplio capaz de satisfacer la demanda de los consumidores (pilotos comerciales) y existirá un mayor número de reservistas disponibles para pertenecer a la reserva disponible⁷⁰, lo cual implica un mejor grado de personas preparadas para coadyuvar en la defensa y seguridad nacional en caso de guerras, desastres naturales o accidentes.

VIII. VALORACIÓN JURÍDICA PERSONAL FUNDAMENTADA SOBRE LA FORMA EN LA QUE LA AUTORIDAD RESOLVIÓ LA CONTROVERSIA

Para realizar una valoración fundamentada sobre la decisión de ambas instancias administrativas, resulta pertinente primero abordar lo resuelto por la primera instancia y, seguidamente, lo resuelto por la segunda, toda vez que estas dos instancias llegaron a decisiones diferentes y contradictorias.

Sobre el particular, la primera instancia llegó a la conclusión de que la actividad realizada por la Escuela de Aviación Civil se refiere al ejercicio propio de la potestad del *ius imperium* del Estado, toda vez los denunciados se encontrarían facultados para que a través de dicha escuela puedan garantizar la seguridad de la nación y organizar sus reservas de acuerdo a ley. Ello, según lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 163 y 169 de la Constitución. Asimismo, dicha instancia señaló que tales atribuciones también se encuentran en disposiciones legales como el artículo 7 y 20 de la Ley de la FAP.

No obstante, considero que, en el presente caso, la Comisión no realizó una adecuada valoración de los hechos fácticos y jurídicos en la medida que, si bien es cierto que tanto el Ministerio de Defensa como la FAP tienen la obligación constitucional y legal de salvaguardar la defensa y seguridad nacional, así como, organizar sus reservas aéreas con la finalidad de coadyuvar al Estado en situaciones de emergencia como guerras o desastres naturales; lo cierto es que tales disposiciones no pueden ser interpretadas de manera abusiva y extensiva que permita a cualquier institución del Estado realizar actividad empresarial sin observar el principio de subsidiariedad establecido expresamente en el artículo 60 de la Constitución.

⁷⁰ Véase pie de página 45.

En ese sentido, la Comisión debió tomar en cuenta cuál es la actividad que efectivamente realiza el Ministerio de Defensa y la Fuerza Aérea del Perú en aplicación del principio de primacía de la realidad, la cual es una actividad empresarial y no una propia del *ius imperium* del Estado. En efecto, la actividad realizada por la Escuela de Aviación Civil encuadra dentro del marco de lo establecido en el concepto de actividad empresarial elaborada por la autoridad administrativa en el Precedente de Observancia Obligatoria de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, en la medida que el servicio prestado por la referida escuela se realiza solo a un grupo de potenciales pilotos comerciales o civiles, que no pertenecen a una instrucción o formación militar, toda vez que, si ese fuese el caso, aquellas personas pertenecerían a la institución de la Fuerza Aérea del Perú siguiendo una carrera militar.

Adicionalmente, es pertinente mencionar que la Comisión no tomó en consideración que, si en verdad la actividad desarrollada por la Escuela de Aviación formaría parte de su *ius imperium*, y, por ende, sería potestad exclusiva del Estado realizar dicha función, la referida escuela no necesitaría para funcionar la autorización expresa por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁷¹. La primera instancia tampoco tomó en cuenta que existen otras 10 empresas del mismo rubro en el mercado que -al igual que la Escuela de Aviación Civil- necesitan de la autorización de la Dirección General Civil para desarrollar el servicio brindado a los consumidores.

Por tanto, la Comisión debió reconocer que la Escuela de Aviación Civil realiza actividad empresarial y evaluar si ésta cumple con los requisitos de subsidiariedad previstos en la Constitución. El primero de estos requisitos es corroborar que la actividad empresarial estatal se realice contando con ley expresa emitido por el Congreso de la República. No obstante, en la medida que dicha escuela no cumple con tal requisito, resultaría irrelevante evaluar los demás; por lo cual, la primera instancia debió haber sancionado a los denunciados por infracción a la violación de normas prevista en el 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Por otro lado, respecto a la resolución emitida por la segunda instancia, vale decir, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, concuerdo en la mayoría del razonamiento efectuado por esta instancia; sin perjuicio de ello, considero que resultó pertinente realizar un análisis de mayor abundamiento y tomando en consideración lo desarrollado en el marco

⁷¹ Al respecto, véase fojas 38 al 41 del expediente, donde podrá visualizarse las resoluciones mencionadas emitidas por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

teórico de dicha resolución y así, aplicar dentro del caso en concreto, la lógica que fundamenta el principio de subsidiariedad.

De acuerdo a lo resuelto por la segunda instancia, la actividad que desarrolla la Escuela de Aviación Civil se enmarca dentro de la definición de actividad empresarial principalmente debido a que concurre en el mercado de servicios formación de pilotos y personal civil aeronáutico a cambio de una contraprestación económica, compitiendo con otras empresas que si realizan la misma actividad. Es decir, que a criterio de la Sala lo relevante es que la escuela oferta un servicio al mercado y que esta actividad no forma parte del *ius imperium ni actividad asistencial*.

No obstante, considero que debió ser necesario que la segunda instancia mencione que una razón por la cual el Estado puede intervenir realizando actividad empresarial es precisamente que no exista oferta en el mercado suficiente para satisfacer la demanda en un mercado determinado, lo cual no es posible en el presente caso, dado que existe mucha oferta en el mismo rubro del servicio que brinda la Escuela de Aviación Civil.

De otro lado, también habría sido necesario que la Sala mencione que la aplicación al principio de subsidiariedad haría que se mantenga la mencionada oferta en el mercado y que los clientes puedan satisfacer su demanda. Ello toda vez que, como se explicó anteriormente, la participación del Estado en actividad empresarial de manera no subsidiaria desincentiva la participación de empresas del sector privado en el mercado y vulnera sus libertades, puesto que -a diferencia de los particulares-, el Estado tiene enormes beneficios para actuar como agente en el mercado, dentro de los cuales se puede mencionar que no paga impuestos, puede vender su bien o servicio inclusive por debajo del costo de producción, aplicar subsidios, autofinanciarse, usar la infraestructura del Estado, entre otros.

En consecuencia, siendo que la participación del Estado como agente económico que realiza actividad empresarial lo vuelve un competidor “que nunca pierde”, las otras empresas privadas terminarían por desaparecer ante la imposibilidad de hacer frente a un competidor con mucha ventaja. Así, al trasladar la teoría al caso en concreto, se tiene que la continuidad de la Escuela de Aviación Civil hubiese terminado por desaparecer el resto de las escuelas y con ello la competencia en dicho mercado, vulnerando no solo el derecho a la libre competencia sino también a las libertades de las empresas que concurren en el mismo.

Finalmente, considerando que el presente caso presenta como asunto controvertido el derecho a la defensa y seguridad nacional, a efectos que la autoridad administrativa explique al

administrado y a la opinión pública en general cómo quedarían vulnerados -o favorecidos- tales derechos, considero que la segunda instancia debió mencionar que la aplicación del principio de subsidiariedad lograría que pueda satisfacerse la demanda en el mercado y formar un conjunto más amplio pilotos comerciales de lo que se lograría en caso de que las 10 empresas que prestan el servicio en el rubro tengan que desaparecer. Ello, de ninguna manera enerva la formación militar que se emplea con los pilotos dentro de las instituciones de la Fuerza Aérea del Perú, inclusive, considerando que el servicio de la escuela se presta al sector comercial privado, los pilotos que operan en dicho sector podrían eventualmente formar parte de la reserva disponible -reserva que no forma parte del grupo militar- y así poder contar con mayores opciones y alternativas -con un grupo más amplio de personas- que ayuden a salvaguardar la defensa y seguridad del Estado y coadyuvar a la población en situaciones de emergencia.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1. Conclusiones

- El principio de subsidiariedad constituye un límite a la actuación del Estado en la realización de actividades empresariales o comerciales, ello con la finalidad de que sean los propios privados a través del respeto de sus libertades empresariales los que satisfagan la demanda de los consumidores en un determinado mercado de bienes o servicios.
- La subsidiariedad permite al Estado poder ayudar a la sociedad a conseguir un determinado bien o servicio de alto interés público o conveniencia nacional, solo en casos en donde esta actividad empresarial se encuentre descrita expresamente en ley aprobada por el Congreso; así como, los agentes privados no se encuentren en la capacidad de satisfacer la demanda, ya sea por altas barreras de entrada o desincentivos de diversa índole en el mercado.
- La actividad realizada por los denunciados mediante la Escuela de Aviación Civil del Perú no configura una potestad de su *ius imperium*, toda vez que, en este caso en particular, si bien los imputados están facultados a organizar sus reservas aéreas y formarlas; los pilotos comerciales y aeronáuticos de dicha escuela reciben una formación comercial y no netamente militar o castrense.

- La actividad que desarrolla la Escuela de Aviación Civil del Perú tampoco puede enmarcarse como actividad asistencial toda vez que esta garantiza el acceso universal y equitativo de derechos sociales, sin embargo, en el presente caso el servicio se brinda a un determinado grupo de personas que pagan por recibir la formación a fin de llegar a ser pilotos.
- Los denunciados, a través de la Escuela de Aviación Civil del Perú si realizan actividad empresarial debido a que concurren en el mercado brindando el servicio de formación de pilotos civiles y personal aeronáutico junto a otras empresas privadas que se desarrollan en el mismo rubro. Además, la Escuela de Aviación Civil del Perú recibe una contraprestación económica de un grupo de personas que bien podrían ser consumidores de ofertantes privados.
- A diferencia del análisis efectuado por la primera instancia, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia llegó a la conclusión correcta al determinar que la Escuela de Aviación Civil del Perú si realizaba actividad empresarial y en consecuencia estaba obligada a observar los requisitos de subsidiariedad previstos en el artículo 60 de la Constitución.
- Siendo así, a fin de que la Escuela de Aviación Civil del Perú realice la actividad empresarial de concurrir en el mercado debió contar necesariamente con ley expresa emitido por el Congreso de la República. Ello, de acuerdo con lo interpretado por el Tribunal Constitucional. Adicionalmente, dicha actividad desarrollada por la escuela debió ser subsidiaria y revestir de alto interés público o conveniencia nacional, lo cual tampoco se cumple en el presente caso.
- Con la aplicación del principio de subsidiariedad, los derechos de seguridad y defensa nacional no quedan vulnerados sino favorecidos, debido a que, al desaparecer la Escuela de Aviación Civil del Perú, permite que los privados se mantengan compitiendo en el mercado y que exista un grupo mayor de potenciales servidores a la patria mediante la reserva disponible (aquella que no pertenece a una formación militar).

9.2. Recomendaciones

- Resulta importante capacitar y brindar mayor información a las diversas entidades del Estado, con especial atención en el gobierno nacional, regional y local; toda vez que a lo largo de los últimos años diversas entidades han venido realizando actividad empresarial, excediendo y abusando de sus facultades, en flagrante inobservancia al principio de subsidiariedad.
- La actividad empresarial de una entidad estatal facultada por una ley emitida por el Congreso, no debe resultar impedimento para que la autoridad administrativa -o incluso la judicial- analicen en su decisión la subsidiariedad y el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en la medida que lo que hoy es subsidiario, mañana puede dejar de serlo -y viceversa- toda vez que las condiciones de la oferta y la demanda cambian, las barreras económicas y legales, la tecnología, la preferencia de los consumidores, entre otros.
- Debería modificarse parte de lo analizado por el precedente de observancia obligatorio únicamente respecto al concepto de análisis sobre actividad asistencial, ya que este no solo debería contener el concepto de servicio universal y equitativo con fin social sino que también debería calificarse servicio asistencial cuando el Estado realiza actividad empresarial en cumplimiento de 3 supuestos: ausencia de oferta privada, intención de alentar potenciales inversores al mercado y con la finalidad de satisfacer la demanda del consumidor.

X. REFERENCIAS

Artículos de revista académica

- Álvarez Miranda, Ernesto. “El Modelo Económico de la Constitución Peruana”. *Revista Ius et veritas*, no. 48 (2014): 256-269.
- Bullard Gonzalez, Alfredo. “El Otro Pollo: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, no. 10-2 (2011): 199-209.

- Calderón Morales, Rommel. “Una Nueva Perspectiva Sobre los Alcances de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú. Una Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez”. *Revista Derecho & Sociedad*, no. 37 (2011): 315-321.
- Chanamé Orbe, Raúl. “Constitución Económica”. *Revista Derecho & Sociedad*, no. 40 (2013): 57.
- Diez Canseco Núñez, Luis José y Buleje Diaz, Crosby. “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”. *Circulo de Derecho Administrativo*, no. 10 (2011): 221-235.
- Galván Pareja, Gustavo. “La actividad empresarial del Estado: Entre la Subsidiariedad y el trato legal igualitario”. *Revista Pensamiento Crítico*, no. 2 (2016): 83-103.
- Guzmán Napurí, Christian. “El Principio de Subsidiariedad Empresarial del Estado”. *Revista de Derecho Público Económico*, no. 1 (2021): 69-88.
- Huapaya Nava, Mario y Terrazos Poves, Juana Rosa. “Principio de Subsidiariedad: Consideraciones respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado”. *Revista Derecho y Sociedad*, no. 31 (2008): 277-284.
- Landa Arroyo, César. “El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú”. *Revista de Derecho Forseti*, no. 6 (2016): 146-158.
- Luyo Castañeda, Michael & Bazán Vásquez, Victor Hugo. “Esclareciendo la Actividad Empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”. *Revista Derecho & Sociedad*, no. 49 (2017): 185-202.
- Müller-Armack, Alfred. “Estudios sobre la economía social de mercado. *Revista de Economía y Estadística*, vol. 6, no. 4 (1962): 173-221.

- Quintana Benavides, Augusto. “El Principio de Subsidiariedad”. *Revista de Derecho Público, Edición Especial* (2014): 125-136.
- Quiñonez Alaysa, María. “Actividad empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos”. *Circulo de Derecho Administrativo*, no. 12 (2012): 65-73.
- Rodríguez Cairo, Vladimir. “Principio de Subsidiariedad Económica del Estado en la Constitución Política del Perú”. *Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, no. 40 (2012): 113-122.
- Segovia Olave, Elio. “Acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Económica del Estado”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, no. 10 (2017): 95-125.
- Zegarra Mulánovich, Álvaro. “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Represión de la Competencia desleal, con especial referencia a la llamada “Competencia Prohibida”. *Revista de Derecho Themis*, no. 72 (2018): 59-85.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional, EXP. N° 008-2003-AI/TC, de 11 noviembre de 2003.
- Tribunal Constitucional, EXP. N° 2071-2002-AA/TC, de 8 de enero de 2003.
- Tribunal Constitucional, EXP. N° 008-2005-PI/TC, de 12 de agosto de 2005.
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia, EXP 201-2008/CCD, fecha 29 de noviembre de 2010.

Normas jurídicas

- Constitución Política del Perú (Const.).
- Decreto Legislativo 1044, de 25 de junio, Ley de Represión de la Competencia Desleal. (Lima, 26 de junio de 2008).

- Ley 29248, de 26 de junio, Ley de Servicio Militar. (Lima, 28 de junio de 2008).
- Decreto Supremo 088-2001-PCM, de 15 de julio, Disposiciones aplicables a las entidades del sector público para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes. (Lima, 17 de julio de 2001).
- Decreto Legislativo 1031, de 23 de junio, Decreto Legislativo que promueve la actividad empresarial del Estado. (Lima, 24 de junio de 2008).