

Expediente 002-2010/CLC

Resolución

Nº 007-2010/ST-CLC-INDECOPI

Lima, 22 de junio de 2010

VISTA:

La denuncia interpuesta el 12 de abril de 2010 por Publicidad Estática Básica para Exteriores Rurales y Urbano S.A.C. – PEB Perú Outdoors S.A.C. (en adelante, PEB) contra la Municipalidad Provincial de Trujillo (en adelante, la Municipalidad) y OJMA E.I.R.L. (en adelante, OJMA), por presunto abuso de posición de dominio; y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. PEB es una empresa que se dedica a la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo.
2. Mediante escrito del 12 de abril de 2010, PEB interpuso una denuncia contra la Municipalidad y OJMA por presunto abuso de posición de dominio, en las siguientes modalidades:
 - i. Emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, mediante el retiro de los elementos publicitarios de la denunciante ubicados en la vía pública (paletas publicitarias¹);
 - ii. Contratación directa con OJMA, mediante la suscripción de un acuerdo denominado "Convenio de Cooperación entre la Municipalidad Provincial de Trujillo y OJMA EIRL" (en adelante, el Convenio), para la instalación de 200 paraderos urbanos en el distrito de Trujillo, sin que la Municipalidad haya otorgado la oportunidad a terceras empresas para ofertar;
 - iii. Otorgamiento de un derecho exclusivo de la Municipalidad a OJMA para la instalación de elementos publicitarios en los 200 paraderos urbanos que son materia del Convenio, sin haber otorgado la misma oportunidad a terceros; y,
 - iv. Violación por parte de la Municipalidad del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado², al haberse entregado a sí misma y a una

¹ De acuerdo con PEB, las "paletas publicitarias" son paneles publicitarios, no adosados a inmuebles privados, que se suelen ubicar en la vía pública. Específicamente, se ubican en la berma central de las avenidas concurridas. Tienen como características la iluminación y la doble cara que se emplea como soporte de piezas publicitarias.

sola empresa (OJMA), el control de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo.

3. En su denuncia, PEB solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) lo siguiente:
 - i. Que se imponga una multa administrativa a la Municipalidad y a OJMA.
 - ii. Que se declaren inoponibles todos los actos o disposiciones administrativas municipales que tengan por objeto aplicar la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, hasta que la Municipalidad le permita a PEB ofertar la instalación de paraderos urbanos en el distrito de Trujillo en las mismas condiciones que le otorgó a OJMA.
 - iii. Que se suspendan los efectos del Convenio suscrito entre la Municipalidad y OJMA para la instalación de 200 paraderos urbanos en el distrito de Trujillo.
4. PEB basó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - i. La Municipalidad ostenta posición de dominio en la medida en que está en la posibilidad de restringir las condiciones de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública por sus facultades normativas y regulatorias.
 - ii. A través de la Ordenanza Municipal 018-1997-MPT, la Municipalidad estableció un régimen mediante el cual autorizó la instalación de paletas publicitarias en la vía pública.
 - iii. Las paletas publicitarias, junto con las torres unipolares³, son los dos únicos tipos de elementos publicitarios que habrían uniformizado la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo.
 - iv. Con la emisión de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, la Municipalidad prohibió la permanencia e instalación futura de paletas publicitarias y torres unipolares, disponiendo además el retiro inmediato de las ya instaladas sin necesidad de una notificación previa⁴.

² **Constitución Política del Perú**
Artículo 60.- Pluralismo Económico
El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

³ Las "torres unipolares" son elementos publicitarios de gran altura (10 – 20 metros de altura, con paneles de superficie de 100 metros cuadrados aproximadamente). Su función principal es resaltar paneles publicitarios desde el horizonte puesto que se suelen ubicar en carreteras.
Fuente: http://ysempreras.com/publicidad_ext.html

⁴ **Ordenanza Municipal 033-2008-MPT**
Artículo 1º.- Del Objetivo
La presente Ordenanza tiene como objetivo fundamental prohibir la instalación y regular el retiro de elementos de publicidad exterior, cualquiera sea la denominación y clasificación que se le otorgue, dentro de las áreas verdes de espacios públicos, estableciendo además el régimen de infracciones y sanciones, con la finalidad de brindar protección, y conservación ambiental

Artículo 5º.- De las Autorizaciones

5.1.- A partir de la vigencia de la presente Ordenanza queda prohibido el otorgamiento de autorizaciones y/o licencias para instalar en las áreas verdes del Distrito de Trujillo elementos de publicidad exterior, cualquiera sea la denominación y/o clasificación que se le otorgue.

5.2.- Por ningún motivo habrá renovación y ampliación de plazo de vigencia de las licencias y/o autorizaciones.

- v. La Municipalidad habría abusado de su posición de dominio a través de la emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT.
- vi. Con la emisión de la Ordenanza Municipal 13-2009-MPT, la Municipalidad permite nuevamente la existencia de elementos publicitarios en la vía pública mediante la instalación de paraderos urbanos⁵. Dichos paraderos tienen como particularidad que su estructura está conformada por tres o cuatro paneles que, por sus características llamativas, serán utilizados como elementos publicitarios. De acuerdo a lo anterior, la empresa propietaria de tales paraderos (OJMA) estaría en capacidad de ofertar espacios publicitarios.
- vii. La Municipalidad, sin mediar ningún tipo de convocatoria pública o invitación a ofertar a terceras empresas, suscribió el Convenio con OJMA⁶, contratando la instalación de 200 paraderos urbanos y otorgándole una autorización exclusiva para la instalación de elementos publicitarios en dicha infraestructura.
- viii. Constituye un abuso de posición dominante en la modalidad de discriminación el hecho que la Municipalidad haya contratado directamente y se haya entregado a sí misma, en su condición de agente económico indirecto⁷, y a OJMA el control del mercado de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo. Ello, sin haber dado a otras empresas la oportunidad de presentar una oferta para instalar los 200 paraderos urbanos en mejores condiciones⁸ y participar en el mercado de oferta de espacios publicitarios en dicha infraestructura.
- ix. Finalmente, PEB sostuvo que se generaría un abuso de posición de dominio toda vez que la Municipalidad estaría vulnerando el principio de subsidiaridad de la actividad empresarial del Estado, establecido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, al participar como agente económico indirecto en el arrendamiento de los espacios publicitarios de los 200 paraderos.

5.3.- Las licencias que se encuentren aún vigentes a la entrada en vigencia de la presente Ordenanza serán respetadas por la Municipalidad, mientras dure el plazo de vigencia consignado en las autorizaciones y/o licencias otorgadas a los propietarios.

⁵ En opinión de PEB, ello se desprende de los incisos a), b) y c) del artículo V de la Ordenanza Municipal 013-2009-MPT:

V. PARADEROS, ESTACIONAMIENTOS Y ZONAS RÍGIDAS OPERACIÓN ORDENADA DEL SISTEMA

a) Implementar paraderos autorizados a distancias no menores de 250 a 300 metros para las rutas colectoras o alimentadoras.

b) Implementación de paraderos autorizados a distancias no menores de 500 a 600 metros para las rutas troncales y corredores viales.

c) Implementación de paraderos autorizados para el servicio de taxis y zonas de embarque y desembarque.

⁶ PEB adjuntó copia de las Actas de Concejo 44, 45-2009 y del Convenio.

⁷ PEB indicó que, al haberse establecido mediante el Convenio que OJMA debe transferir a la Municipalidad el 16% de las rentas que genere por el arrendamiento de espacios publicitarios en los 200 paraderos urbanos, dicha entidad pública se convertiría en un agente económico indirecto en la medida en que obtendría beneficios de la actividad comercial de OJMA.

⁸ Ver fojas 11 y 12 del expediente. En particular, los párrafos 23, 25 y 26 del escrito de denuncia de PEB.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. Determinar si la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) y la Comisión son competentes para conocer la denuncia interpuesta por PEB contra la Municipalidad y OJMA por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT; contratación directa de la instalación de 200 paraderos urbanos y otorgamiento del derecho exclusivo a ofertar espacios publicitarios en dichos paraderos; y violación del principio de subsidiariedad.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

6. En relación con su ámbito de aplicación subjetivo, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el DL 1034), establece que se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad.
7. En lo que se refiere a la función administrativa de la Administración Pública, cabe señalar que ésta consiste en el ejercicio de una potestad pública concedida por ley y comprende la realización de un conjunto de actuaciones de interés público. Sobre el particular, Dromi sostiene que dicha potestad es *"inherente a la función administrativa y por consiguiente a la propia Administración; ésta tiene a su cargo múltiples cometidos, para cuyo cumplimiento eficiente necesita realizar operaciones materiales, emitir actos administrativos y también dictar normas generales. La competencia reglamentaria radica, pues, en la naturaleza misma de la función administrativa"*⁹.
8. Así, el ejercicio de esta potestad pública puede consistir en brindar servicios públicos, administrar bienes de dominio público, recaudar impuestos, ejecutar actos de poder de policía, regular el desarrollo de actividades económicas, etc. Para la ejecución de esta potestad pública, la Administración Pública está facultada para emitir actos administrativos, contratar suministros con particulares, emitir ordenanzas municipales, entre otras actuaciones. Como puede apreciarse, algunas de estas actuaciones pueden involucrar la oferta o demanda de bienes o servicios.
9. De acuerdo a lo anterior, una conducta realizada por una entidad pública podría configurar una infracción al DL 1034, en la medida en que dicha conducta constituya la oferta o demanda de algún bien o servicio en el mercado. Por el contrario, las actuaciones de una entidad pública que forman parte de su función administrativa, en el marco de una potestad pública concedida por ley, sin constituir la oferta o demanda de bienes o servicios, se encuentran fuera del ámbito de aplicación del DL 1034.

⁹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1997. Página 292

10. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que algunas actuaciones de la Administración Pública que forman parte de su función administrativa y que no constituyen la oferta o demanda de bienes o servicios, pueden en la práctica, afectar o distorsionar las condiciones de competencia en el mercado (aún cuando, como se señaló en el párrafo anterior, no constituyan infracciones al DL 1034). En tales situaciones, serán autoridades distintas a esta Secretaría Técnica y la Comisión las que deberán corregir las distorsiones existentes, en aplicación de normas distintas al DL 1034¹⁰.
11. En tal sentido, esta Secretaría Técnica y la Comisión sólo serán competentes para sancionar conductas realizadas por entidades públicas que intervengan en la economía ofertando o demandando bienes o servicios y no serán competentes cuando la conducta se desarrolle en el marco del ejercicio de una función administrativa, sin ofertar o demandar un bien o servicio¹¹.
12. Por lo tanto, es necesario determinar si las presuntas conductas de abuso de posición de dominio realizadas por la Municipalidad y OJMA constituyen la oferta o demanda de bienes o servicios y, en consecuencia, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del DL 1034.

III.1. Respetto del presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT

13. PEB denunció que la Municipalidad abusó de su posición de dominio al emitir y aplicar la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, mediante el retiro de las paletas publicitarias.
14. De acuerdo con la denunciante, a través de los artículos 1 y 5 de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, la Municipalidad habría alterado sustancialmente las condiciones de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo, mediante la prohibición de la instalación y permanencia de elementos publicitarios en la vía pública del tipo paletas publicitarias y torres unipolares.
15. Asimismo, de la revisión de los medios probatorios presentados por PEB, se observa que, efectivamente, la Municipalidad estaría aplicando la ordenanza en cuestión, retirando los elementos publicitarios de la vía pública¹².
16. Sin embargo, esta Secretaría Técnica considera que la emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT constituyen el ejercicio de una potestad pública otorgada por ley, y no la oferta o demanda de un bien o servicio. En efecto, dicha actuación tendría por finalidad administrar un bien de dominio

¹⁰ Así, por ejemplo, si una autoridad administrativa emite un Decreto Supremo que tiene por objeto restringir o limitar de manera injustificada la realización de una actividad económica, dicha norma podría ser cuestionada mediante una demanda de acción popular ante el Poder Judicial o una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, según corresponda.

¹¹ Sobre el particular, Coloma sostiene que "(...) la ley antitrust penaliza las restricciones al comercio resultantes de la acción de los agentes privados y no las que surgen de decisiones del gobierno en ejercicio de sus funciones administrativas y regulatorias. COLOMA, Germán. *Prácticas Horizontales Excluyentes y Defensa de la Competencia*. Página 12. Fuente: <http://www.cema.edu.ar>

¹² Ver foja 111 del expediente.

público (la vía pública) y regular una actividad económica (oferta de espacios publicitarios).

17. Ello se desprende de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, la Ley 27972), norma que otorga las siguientes facultades normativas y regulatorias a los gobiernos locales:

Artículo 73.- Materias de Competencia Municipal

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:

(...)

(d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente. (...)

Las municipalidades, (...), asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del presente Título, (...) en las materias siguientes:

2. Servicios Públicos Locales:(...)

Tránsito, circulación y transporte público. (...)

Artículo 79.- Organización del Espacio Físico y Uso del Suelo

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:(...)

3.6. Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de:(...)

3.6.3. Ubicación de avisos publicitarios y propaganda política. (...)

18. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que la Municipalidad, al emitir y aplicar la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, actuó en ejercicio de sus potestades públicas, sin ofertar ni demandar un bien o servicio y, por lo tanto, dicha conducta se encuentra fuera del ámbito de aplicación del DL 1034.
19. Cabe señalar que, si bien estas potestades públicas le permiten a la Municipalidad influir en las condiciones de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo, no constituyen la oferta o demanda de bienes o servicios, de conformidad con lo dispuesto por el DL 1034.
20. Asimismo, cabe precisar que el hecho que esta conducta se encuentre fuera del ámbito de aplicación del DL 1034, no significa que no pueda ser cuestionada al amparo de otras normas, aplicables al ejercicio de las potestades públicas por parte de las municipalidades. En efecto, la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT podría constituir una barrera burocrática capaz de obstaculizar el acceso al

mercado de oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo y, en consecuencia, podría ser de competencia de la Oficina Regional del Indecopi La Libertad¹³.

21. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que, sobre este extremo de la denuncia, PEB no ha presentado indicios razonables de la existencia de una conducta que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del DL 1034, por lo que corresponde declarar su improcedencia.

III.2. Respecto del presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de contratación directa de la instalación de 200 paraderos urbanos y otorgamiento del derecho exclusivo a ofertar espacios publicitarios en dichos paraderos

22. PEB sostiene que la Municipalidad abusó de su posición de dominio al: (i) suscribir el Convenio con OJMA, sin convocar a terceros para que oferten en igualdad de condiciones la instalación de 200 paraderos urbanos en el distrito de Trujillo; y (ii) otorgar a OJMA el derecho exclusivo a ofertar espacios publicitarios en dichos paraderos. De acuerdo con PEB, ambas actuaciones constituirían conductas de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

23. Como sustento de este extremo de su denuncia, PEB presentó copia del Convenio y de las Actas de Concejo 44 y 45-2009, las cuales respaldarían su aprobación y suscripción¹⁴.

24. Como se ha señalado, mediante el Convenio se estableció que OJMA se compromete a instalar 200 paraderos urbanos, según los planos de estructuras, arquitectura, y con las características y especificaciones obtenidas como resultado del estudio técnico que se realice en la primera etapa de la ejecución del Convenio. Dentro de las principales reglas del Convenio, tenemos las siguientes:

- a. OJMA tiene el derecho de exclusividad para el arrendamiento de espacios publicitarios en los paraderos urbanos instalados por ella.
- b. OJMA debe transferir a favor de la Municipalidad el 16% más IGV de los ingresos que obtenga como consecuencia del arrendamiento a terceros de espacios publicitarios en los paraderos.
- c. Dichas transferencias no eximen a OJMA del pago de otros derechos correspondientes al uso de la vía pública.
- d. El Convenio tiene una duración de 8 años.

25. En lo que se refiere a la contratación directa entre la Municipalidad y OJMA (punto i), esta Secretaría Técnica considera que, si bien dicha actuación constituye la demanda de un servicio, se encuentra fuera del ámbito de

¹³ En virtud de la Directiva 002-2009/COD-INDECOPI, aprobada mediante Resolución 027-2009-INDECOPI/COD del 5 de marzo de 2009, la Oficina Regional del Indecopi La Libertad es competente para conocer los casos de imposición de barreras burocráticas en la provincia de Trujillo, entre otras.

¹⁴ Ver fojas 70 al 100 del expediente.

aplicación del DL 1034 debido a que, como explicaremos a continuación, existe regulación específica sobre el particular.

26. Al respecto, cabe señalar que la actuación de la Municipalidad constituye la demanda de un servicio relacionado con la función administrativa de ordenar el transporte público, según lo dispone la citada Ley 27972. En efecto, con la finalidad de ordenar el transporte público, la Municipalidad necesita contratar con los particulares la adquisición de un insumo, a saber, los paraderos urbanos. Este insumo puede ser provisto por cualquier agente económico que esté en la capacidad de prestar el servicio de instalación y/o construcción de dicha infraestructura.
27. Sin embargo, esta actividad de contratación del Estado se encuentra específicamente regulada mediante la Ley 27972 y el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el DL 1017), que establecen lo siguiente:

LEY 27972

Artículo 34.- Contrataciones y Adquisiciones locales.-

Las contrataciones y adquisiciones locales que realizan los gobiernos locales se sujetan a la ley de la materia, debiendo hacerlo en acto público (...).

Los procesos de contratación y adquisición se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario; tienen como finalidad garantizar que los gobiernos locales obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados.

DL 1017

Artículo 1.- Alcances

La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.

28. En tal sentido, si bien la conducta denunciada por PEB constituye la demanda de un servicio (específicamente, el servicio de instalación de 200 paraderos urbanos), lo cierto es que la autoridad competente para pronunciarse con respecto a la licitud o ilicitud de una conducta consistente en la contratación de un servicio por parte de una entidad pública, sin haber realizado el proceso de selección correspondiente, es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante la aplicación de lo dispuesto por el DL 1017.
29. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que, sobre este extremo de la denuncia, PEB no ha presentado indicios razonables de la existencia de una conducta que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del DL 1034, por lo que corresponde declarar su improcedencia.

30. En lo que se refiere al otorgamiento del derecho exclusivo a ofertar espacios publicitarios en los paraderos urbanos materia del Convenio (punto ii), esta Secretaría Técnica considera que la autorización para instalar anuncios publicitarios en la vía pública no constituye la oferta o demanda de un bien o servicio sino el ejercicio de una potestad pública, de conformidad con lo dispuesto por la citada Ley 27972. En consecuencia, esta conducta se encuentra fuera del ámbito de aplicación del DL 1034.
31. Cabe reconocer que, al otorgar el derecho exclusivo a ofertar espacios publicitarios en los paraderos urbanos materia del Convenio, la Municipalidad habría influido en las condiciones de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo. Sin embargo, ello no significa que la Municipalidad haya ofertado o demandado bienes o servicios en los términos del DL 1034.
32. Por otro lado, si bien la conducta denunciada se encuentra fuera del ámbito de aplicación del DL 1034, ello no implica que su ejecución no pueda ser cuestionada al amparo de otras normas aplicables al ejercicio de la potestad pública por parte de las municipalidades. En efecto, en la medida en que podría haber generado una barrera burocrática capaz de obstaculizar el acceso al mercado de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo, la actuación de la Municipalidad podría ser de competencia de la Oficina Regional del Indecopi La Libertad.
33. En conclusión, esta Secretaría Técnica considera que, sobre este extremo de la denuncia, PEB no ha presentado indicios razonables de la existencia de una conducta que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del DL 1034, por lo que corresponde declarar su improcedencia.

III.3. Respecto del presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de violación del principio de subsidiariedad

34. PEB denunció que la Municipalidad abusó de su posición de dominio al infringir el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado contenido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución¹⁵.
35. A entender de la denunciante, dicho abuso de posición dominante se configuraría en la medida en que existirían otros agentes económicos dispuestos a participar en el mercado de arrendamiento de espacios publicitarios en la vía pública y, sin embargo, la Municipalidad, en asociación comercial con OJMA, habría restringido dicha posibilidad. La supuesta asociación comercial entre la Municipalidad y OJMA se derivaría, según PEB, del pago que recibe la primera del 16% de los ingresos que genera la segunda por el arrendamiento de los espacios publicitarios en los paraderos urbanos materia del Convenio.
36. Al respecto, cabe precisar que ni esta Secretaría Técnica ni la Comisión son competentes para pronunciarse sobre la posible vulneración del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Sin perjuicio de ello, la

¹⁵ Ver fojas 4, 7, 9 y 10 del expediente. En particular, párrafos 7, 9 y 19 del escrito de denuncia de PEB.

autoridad competente para pronunciarse sobre el particular podría ser la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, según las facultades y competencias legalmente establecidas¹⁶.

37. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que, sobre este extremo de la denuncia, PEB no ha presentado indicios razonables de la existencia de una conducta que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del DL 1034, por lo que corresponde declarar su improcedencia.

IV. REMISIÓN DE LA DENUNCIA A LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES

38. Sin perjuicio de que esta Secretaría Técnica considera que corresponde declarar la improcedencia de la denuncia en todos sus extremos, cabe recordar que el artículo 130 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

Artículo 130.- Presentación de escritos ante organismos incompetentes

130.1 Cuando sea ingresada una solicitud que se estima competencia de otra entidad, la entidad receptora debe remitirla, en el término de la distancia, a aquélla que considere competente, comunicando dicha decisión al administrado. En este caso, el cómputo del plazo para resolver se iniciará en la fecha que la entidad competente recibe la solicitud.

130.2 Si la entidad aprecia su incompetencia pero no reúne certeza acerca de la entidad competente, notificará dicha situación al administrado para que adopte la decisión más conveniente a su derecho.

39. De acuerdo a lo anterior, considerando que la denuncia ha sido presentada ante una autoridad que no tiene competencia para conocerla, esta Secretaría Técnica se encuentra en la obligación de remitir copia del expediente a las autoridades correspondientes.
40. En efecto, como se ha señalado, si bien las municipalidades tienen potestades públicas que les permiten realizar ciertas actuaciones administrativas en protección del interés público, dichas actuaciones se encuentran sujetas a lo dispuesto por determinadas leyes especiales.


¹⁶

Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi

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

Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

(...)

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

41. Así, en primer lugar, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se suscribió el Convenio, esta Secretaría Técnica considera que corresponde remitir copia del expediente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, con la finalidad de que dicha autoridad pueda evaluar el cumplimiento de lo dispuesto por el DL 1017¹⁷ y las demás normas de su competencia.
42. Por otro lado, esta Secretaría Técnica considera que corresponde remitir copia del expediente a la Oficina Regional del Indecopi La Libertad, con la finalidad de que dicha autoridad pueda evaluar la existencia de indicios razonables de una infracción a las normas de su competencia, en materia de eliminación de barreras burocráticas, a través de la emisión de la Ordenanza 033-2008-MPT, la suscripción del Convenio y la emisión de otros actos o disposiciones que hayan servido como marco para su suscripción¹⁸.
43. Asimismo, esta Secretaría Técnica considera que corresponde remitir copia del expediente a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, con la finalidad de que dicha autoridad pueda evaluar la existencia de indicios razonables de una infracción al Decreto Legislativo 1044, en lo que se refiere a la posible vulneración del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado por parte de la Municipalidad.
44. Finalmente, esta Secretaría Técnica considera que corresponde remitir copia del expediente a la Contraloría General de la República, con la finalidad de que dicha autoridad pueda evaluar la actuación de la Municipalidad en el marco de sus competencias.

V. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

45. La Comisión ejerce una función supervisora del cumplimiento de las normas sobre represión de conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. De manera complementaria, cumple el rol de promover la competencia y difundir una cultura de mercado¹⁹. A esta labor se le denomina Abogacía de la Competencia y consiste en emitir opinión, exhortando o recomendando a las autoridades legislativas, políticas o administrativas la implementación de medidas que

 ¹⁷ Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 58.- Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:

- a) Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta norma, su Reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias;

¹⁸ Decreto Ley 25868

Artículo 26BIS°.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades.

¹⁹ Al respecto, ver Resolución 052-2007-INDECOP/CLC del Expediente 003-2005/CLC.

restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otras.

46. Cabe precisar que, de conformidad con lo dispuesto por el literal e) del artículo 14 del Decreto Legislativo 1034, la labor de Abogacía de la Competencia está a cargo de la Comisión y se ejecuta a través de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi²⁰.
47. En el presente caso, mediante el Convenio, la Municipalidad (i) habría contratado con un único agente económico (OJMA) la prestación del servicio de instalación de paraderos urbanos en el distrito de Trujillo y (ii) habría otorgado al mismo agente económico una autorización exclusiva para ofertar espacios publicitarios en dichos paraderos.
48. Ante ello, esta Secretaría Técnica somete a consideración de la Comisión que sugiera a la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi que exhorte a la Municipalidad Provincial de Trujillo para que esta autoridad diseñe e implemente mecanismos que promuevan la libre competencia entre los agentes económicos y garanticen el ejercicio de la libre iniciativa privada, sobre la base de las siguientes consideraciones:
- i. La Constitución Política del Perú establece que el Estado debe facilitar y vigilar la libre competencia. Adicionalmente, establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado²¹.
 - ii. Por su parte, el Decreto Legislativo 757 establece que el Estado garantiza la libre iniciativa privada y que la economía social de mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica²².
 - iii. Por otro lado, cabe recordar que algunas actuaciones de la Administración Pública que forman parte de su función administrativa y que no constituyen la oferta o demanda de bienes o servicios, si bien se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, en la práctica, pueden

²⁰ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 14.- La Comisión

e) Sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros; y,

²¹ Constitución Política del Perú

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

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

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

²² Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada


Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

afectar o distorsionar las condiciones de competencia y, en consecuencia, la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores.

- iv. De acuerdo a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que resulta fundamental que las entidades de la Administración Pública procuren que sus actuaciones sean acordes con los principios establecidos en la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo 757, diseñando e implementando mecanismos que promuevan la libre competencia entre los agentes económicos y garanticen el ejercicio de la libre iniciativa privada.
- v. Esto es importante toda vez que, como es sabido, la libre competencia provoca que los ofertantes mejoren sus procesos productivos y reduzcan sus costos de producción (eficiencia productiva), establezcan precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa) e innoven en la producción de nuevos y mejores productos (eficiencia innovativa), todo lo cual redundará en la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores.
- vi. En tal sentido, la Municipalidad, al contratar la prestación de determinado servicio o al autorizar la realización de determinada actividad económica, debe garantizar la competencia efectiva entre los agentes económicos que vayan a prestar el servicio o que vayan a realizar la actividad económica. Esto es lo que se conoce como "competencia en el mercado".
- vii. Incluso si no fuera posible que varios agentes económicos presten el mismo servicio o realicen la misma actividad económica, la Municipalidad debe promover que compitan por el acceso a dicho servicio o actividad económica a través de la realización de procesos de selección transparentes y competitivos. Esto es lo que se conoce como "competencia por el mercado".
- viii. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la actividad económica consistente en ofertar espacios publicitarios en los paraderos urbanos del distrito de Trujillo, la Municipalidad podría haber diseñado e implementado un mecanismo de "competencia por el mercado", mediante un proceso de selección que provocara que los agentes económicos compitieran por realizar dicha actividad económica en las mejores condiciones posibles.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 1034, y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:



PRIMERO: Declarar improcedente la denuncia interpuesta por Publicidad Estática Básica para Exteriores Rurales y Urbano S.A.C. – PEB Perú Outdoors S.A.C. contra la Municipalidad Provincial de Trujillo y OJMA E.I.R.L., en todos sus extremos, debido a


que las conductas denunciadas se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: Remitir copia del expediente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, para que dicha autoridad pueda determinar la existencia de indicios razonables de una infracción a las normas de su competencia, mediante la suscripción del acuerdo denominado "Convenio de Cooperación entre la Municipalidad Provincial de Trujillo y OJMA EIRL".

TERCERO: Remitir copia del expediente a la Oficina Regional del Indecopi La Libertad, para que dicha autoridad pueda determinar la existencia de indicios razonables de una infracción a las normas de su competencia, en materia de eliminación de barreras burocráticas, mediante la emisión de la Ordenanza 033-2008-MPT, la suscripción del acuerdo denominado "Convenio de Cooperación entre la Municipalidad Provincial de Trujillo y OJMA EIRL" y la emisión de otros actos o disposiciones que hayan servido como marco para su suscripción.

CUARTO: Remitir copia del expediente a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, para que dicha autoridad pueda determinar la existencia de indicios razonables de una infracción al Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, mediante la posible vulneración del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado por parte de la Municipalidad Provincial de Trujillo.

QUINTO: Remitir copia del expediente a la Contraloría General de la República, para que dicha autoridad pueda evaluar la actuación de la Municipalidad Provincial de Trujillo en el marco de sus competencias.



Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico