

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica N°3-2005/CLC,
denuncia contra Consettur Machupicchu S.A. por abuso de posición de
dominio

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

Víctor Ricardo Ayvar Ayvar

REVISOR :

Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2022

RESUMEN

La presente investigación se justifica en la existencia de una presunta conducta anticompetitiva que se habría materializado mediante el abuso de posición de dominio ejercido por Consettur Machupicchu S.A. en la prestación del servicio de transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu. Los objetivos del informe consisten en determinar si la conducta realizada por Consettur Machupicchu S.A. es una conducta de abuso de posición de dominio sancionable por la Ley de Libre Competencia peruana, y si el proceso de selección para el otorgamiento de la concesión de la ruta y la prestación del servicio en cuestión, fueron desarrollados en condiciones competitivas. Con dicha finalidad, revisaremos el objetivo de las políticas de competencia y la aplicación de la norma en el tiempo, para luego analizar las características del proceso de selección de la ruta materia de análisis. Como principales conclusiones, se pudo identificar que la normativa de libre competencia peruana no sanciona las conductas de abuso de posición de dominio con efecto explotativo. Asimismo, se corroboró que, si en algún momento hubo discrepancias sobre la posibilidad de sancionar conductas de abuso de dominio con efecto explotativo, estas fueron superadas mediante el Decreto Legislativo 1034 que resultaba aplicable por retroactividad benigna. Finalmente, se pudo verificar que el desarrollo del proceso de selección para el otorgamiento de la ruta de Acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu no favoreció la competencia, y que el comportamiento de Consettur Machupicchu S.A. no cumplió con las obligaciones legales como postor y concesionario, lo que generó una prestación ineficiente del servicio de transporte turístico en la ruta indicada. El presente informe desarrollará las perspectivas dogmática y empírica, utilizando el método analítico y hermenéutico.

ÍNDICE ANALÍTICO

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. RELACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CONTROVERIA.....	4
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	9
4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	9
4.1. ¿La normativa de libre competencia peruana dispone la sanción de conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio que tengan efectos explotativos?.....	9
4.1.1. El régimen económico peruano y su compatibilidad con las sanciones a conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos	10
4.1.2. El bien jurídico protegido por la normativa de libre competencia peruana 17	
4.1.3. Supuestos anticompetitivos establecidos por la normativa de libre competencia peruana	27
Conclusiones.....	41
4.2. ¿La presunta conducta anticompetitiva debió ser analizada bajo el Decreto Legislativo 1034 en aplicación de la retroactividad benigna?	41
4.2.1. Análisis de la norma en el tiempo	41
4.2.2. La retroactividad benigna o favorable	45
4.2.3. Análisis de la aplicación retroactiva de la norma en el caso concreto	48
Conclusiones.....	58
4.3. ¿Existieron condiciones de competencia óptimas en el proceso de selección para el otorgamiento de la concesión del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y durante la prestación de este?.....	58
4.3.1. La competencia por el mercado y la dinámica económica de las concesiones.....	59
4.3.2. El proceso de selección para la concesión del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.	60
4.3.3. Principales hechos ilegales identificados en el proceso de selección que afectan la prestación del servicio en condiciones de competencia.....	72
Conclusiones.....	90
5. CONCLUSIONES GENERALES	92
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

1. INTRODUCCIÓN

El Expediente 003-2005/CLC corresponde a una denuncia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) presentada por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco (en adelante AATC) contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. (en adelante, Consettur)¹ por una presunta conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios excesivos y discriminación explotativa en el servicio de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ciudadela Inka de Machupicchu.

Las áreas del Derecho involucradas en el presente expediente son Derecho de la Competencia, Derecho Administrativo y Régimen administrativo sancionador.

Decidí analizar este expediente debido a la interesante discusión que se plantea sobre la represión y sanción de conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos, y la forma en que se desarrolla el análisis desde la perspectiva del Derecho de la Competencia para concluir que las conductas sancionables mediante esta normativa son únicamente aquellas que tienen efectos exclusorios. Esta discusión además plantea un cambio de criterio respecto de las decisiones que venían adoptando las instancias resolutorias administrativas, y además tiene lugar justo antes de la modificación de la normativa de libre competencia que dejaría resuelto el debate, hecho que le da un valor agregado al caso bajo análisis².

2. RELACIÓN DE LOS HECHOS DE LA CONTROVERIA

- a. En abril de 2004, la AATC interpuso ante la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión)³ una denuncia contra Consettur por un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de transporte terrestre de pasajeros hacia el Santuario Histórico de Machupicchu. Según la AATC, Consettur ostentaba una posición monopólica, en tanto su servicio era el único medio de transporte desde Aguas Calientes a la Ciudadela de Machupicchu para turistas y visitantes, así como para las agencias de viajes. Por esta razón, al realizar un incremento en su tarifa para adultos extranjeros de US\$ 9.00 a US\$ 12.00, Consettur habría abusado de su posición de dominio por cobrar precios excesivos en agravio de los usuarios del servicio en cuestión. La AATC añadió que la competencia de la Comisión para pronunciarse sobre conductas explotativas había sido reconocida por la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala) en la Resolución N° 225-2004/TDC-INDECOPI y recogida por la Comisión en la Resolución 005-2005-INDECOPI/CLC⁴.
- b. Mediante Resolución N° 025-2005-INDECOPI/CLC del 16 de mayo de 2005, la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por la AATC por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio explotativo, manifestado tanto a través de la fijación de un precio

¹ Cabe precisar que la empresa se constituyó en 1995 como una Sociedad Anónima (S.A.), pasando a convertirse en Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.) en 1999 por adecuación a la Ley General de Sociedades.

² Sobre el particular, hasta el año 2008 estuvo vigente el Decreto Legislativo 701, el cual sería derogado por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

³ Emitidas en los Expedientes 001-2003/CLC y 014-2004/CLC, respectivamente.

⁴ En la actualidad, Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

excesivo como de un trato discriminatorio en perjuicio de los consumidores, en el servicio de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ciudadela Inka de Machupicchu, en tanto tales hechos configurarían supuestos de infracción contemplados en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

c. En sus descargos, Consettur señaló lo siguiente:

- (i) Existe una discriminación generalizada de tarifas en el transporte terrestre y otros servicios que se basa en distintos criterios;
- (ii) La diferenciación de precios promueve la igualdad de acceso de diferentes grupos al servicio en cuestión y en el caso de Machupicchu se encontraría justificada en tanto existirían dos grupos fácilmente identificables quienes difieren significativamente en su habilidad de pago;
- (iii) Si bien no existiría un sustituto razonable para su servicio, estaría en trámite el proyecto de instalación del teleférico que cubriría la ruta prestada a través de buses, lo que constituiría un sustituto razonable;
- (iv) La concesión que opera la empresa no constituye una barrera de acceso al mercado en tanto todas las empresas tenían la posibilidad de participar según las reglas establecidas;
- (v) Consettur tiene que afrontar costos debido a la concesión, tales como: mantenimiento de vías, formulación de proyectos de mejoramiento y aporte a la Municipalidad Distrital de Machupicchu por derecho de concesión.

d. Mediante Informe Técnico 053-2007-INDECOPI/ST-CLC del 27 de julio de 2007 (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) emitió opinión sobre la denuncia presentada, señalando que:

- (i) El efecto de exclusión de competidores o de afectación a la competencia del presunto abuso de posición de dominio es necesario para considerar la conducta como una infracción sancionable por el Decreto Legislativo 701;
- (ii) El precio calificado como excesivo no produce un efecto anticompetitivo de exclusión similar al de las otras modalidades descritas de manera enunciativa en los literales del artículo 5 del Decreto Legislativo 701. Dicha conducta se refiere al nivel de precios que puede establecer una empresa dominante y no a un comportamiento anticompetitivo cuya finalidad sea excluir a competidores o impedir su ingreso al mercado afectando así la libre competencia;
- (iii) La sanción a las conductas de precios excesivos, como supuesto de abuso de posición de dominio y, por tanto, la determinación de un nivel de precios considerado como “excesivo”, podría implicar que la agencia de competencia, y no el mercado a través del sistema de precios se encargue de determinar y en su caso, sancionar la manera cómo se asignan o distribuyen los recursos en la sociedad

- (iv) La presunta discriminación explotativa estaría dirigida exclusivamente a un segmento de los usuarios finales del servicio y no colocaría a ningún competidor en desventaja, por lo que dicha conducta no tendría como objeto la protección del proceso competitivo, sino tendría objetivos de otro tipo.

En ese sentido, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión declarar improcedente la denuncia y apartarse del pronunciamiento de la Sala establecido en la Resolución N° 225-2004/TDC-INDECOPI, y de la Resolución 005-2005-INDECOPI/CLC, en tanto dichas decisiones establecen que la Comisión tiene competencia para pronunciarse sobre conductas de precios excesivos y discriminación explotativa. A criterio de la Secretaría Técnica, la Comisión no es competente debido a que tales conductas no se encontrarían tipificadas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 pues no presentan una afectación al proceso competitivo.

Asimismo, en el marco de una Abogacía de la Competencia, la Secretaría Técnica propuso a la Comisión plantear las siguientes recomendaciones:

- (i) Convocar a una nueva licitación para la operación de la ruta, con la finalidad de generar competencia por el mercado para el servicio de transporte bajo análisis;
 - (ii) Diseñar el concurso teniendo en cuenta variables de competencia tales como el precio al usuario final, el pago del canon mensual al municipio y la participación de empresas locales; y,
 - (iii) Exhortar a las autoridades competentes a fomentar la transparencia y establecer reglas claras en los procesos de selección y durante la prestación del servicio.
- e. Mediante Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007, la Comisión resolvió declarar improcedente la denuncia presentada por la AATC contra Consettur por un presunto abuso de posición de dominio explotativo manifestado en la imposición de un precio excesivo y un trato discriminatorio en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ciudadela Inka de Machupicchu, debido a que dichas conductas no son sancionables por la normativa de libre competencia.

La Comisión sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

- (i) El objetivo de la política de competencia es la protección del proceso competitivo;
- (ii) La autoridad de competencia se encarga de fiscalizar y sancionar como supuestos de abuso de posición de dominio aquellas prácticas que tienen como efecto excluir competidores o impedir su ingreso al mercado;
- (iii) Los precios excesivos y la discriminación explotativa son conductas que no excluyen a competidores o impiden su ingreso al mercado y, por lo tanto, no implican directamente una afectación actual o potencial a la competencia;

- (iv) La sanción de precios excesivos como un supuesto de abuso de posición de dominio contraviene la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribe el Decreto Legislativo 757; y,
- (v) Conforme a una interpretación sistemática de las normas constitucionales y legales que rigen la política de competencia, las modalidades de abuso de posición de dominio contenidas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 requieren producir un efecto de exclusión de competidores o de impedir su ingreso al mercado para considerarse conductas sancionables por la normativa de libre competencia.

Asimismo, la Comisión declaró que dicha Resolución constituye precedente de observancia obligatoria, en tanto dicho órgano ha interpretado de manera expresa y con carácter general los alcances de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio.

Por otro lado, en el marco de sus facultades para emitir abogacías de competencia, la Comisión emitió las siguientes recomendaciones:

- (i) Exhortar a la Municipalidad Distrital de Machupicchu y a la Municipalidad Provincial de Urubamba que cumplan con instaurar las medidas recomendadas en aras de promover las condiciones de competencia en el servicio de transporte de pasajeros de la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ciudadela Inka de Machupicchu, tales como, el factor de menor precio y el establecimiento de estándares de calidad, teniendo como alternativa la convocatoria a una nueva licitación de la ruta;
 - (ii) Establecer reglas claras para el proceso de selección y durante la prestación del servicio, tales como determinar un plazo de vigencia de concesión sustentado técnicamente en función del flujo de caja esperado, implementar algún mecanismo que permita actualizar las tarifas establecidas por el concesionario bajo algún tipo de factor objetivo y procurar la constante supervisión de las actividades del concesionario.
- f. El 19 de octubre de 2007, la AATC apeló la Resolución de la Comisión, señalando lo siguiente:
- (i) El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece la prohibición absoluta de combatir toda práctica que limite la libre competencia;
 - (ii) El deber de protección del Estado no incide solo en la protección del proceso competitivo sino principalmente sobre los derechos fundamentales como la libre competencia y la defensa del interés de los consumidores;
 - (iii) La Sala establece en la Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI que serán sancionadas todas las conductas que atenten contra la libre competencia, sin hacer distinción entre su efecto exclusorio o explotativo;
 - (iv) El literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo indica “otros casos de efecto equivalente”, por lo que refiere a todas las conductas que limiten la competencia, tales como el alza de precios; y,

- (v) La intervención mediante la sanción a conductas de precios excesivos es distinta a la regulación que implica la fijación de precios.
- g. Mediante Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008, la Sala resolvió confirmar la resolución de primera instancia sobre la base de los siguientes argumentos:
- (i) Las conductas explotativas no tienen un impacto en la competencia, sino directamente en los consumidores, quienes pagarían precios excesivamente altos o más elevados que otros consumidores en la misma situación;
 - (ii) Mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo 1034 se restringe expresamente la finalidad de la normativa de libre competencia la cual se enfoca en la promoción de la eficiencia económica para obtener el bienestar del consumidor;
 - (iii) La sanción por la imposición de precios considerados excesivos implicaría que, mediante la aplicación de la normativa de libre competencia, la agencia de competencia determine y se pronuncie sobre si un nivel de precios resulta muy alto o si las ganancias resultan excesivas, lo que, por vía indirecta, llevaría a la fijación o establecimiento de precios por parte de la autoridad administrativa;
 - (iv) Con la legislación vigente se excluye de manera definitiva la posibilidad de interpretar que conductas como los precios excesivos y la discriminación explotativa son sancionables por la legislación de libre competencia;
 - (v) Si bien el presente procedimiento se inició bajo la vigencia del Decreto Legislativo 701, la norma posterior más favorable es la que resulta aplicable, es decir, el Decreto legislativo 1034, que establece que las conductas explotativas no constituyen manifestaciones del abuso de posición de dominio en el mercado; y,
 - (vi) El marco constitucional y legal vigente descrito impide que la Comisión conozca casos de precios excesivos o de discriminación explotativa, en tanto estas conductas no afectan el proceso competitivo. Adicionalmente, se encuentra prohibido que una autoridad administrativa se pronuncie sobre niveles excesivos de precios en el mercado.

Por otro lado, en lo referido a la abogacía de competencia, la Sala coincide con la Comisión en lo siguiente:

- (i) La modalidad actual de la concesión de la ruta es la que determina la posibilidad del incremento unilateral de precios por parte de Consettur y, por tanto, ello no encuentra solución mediante la aplicación de la Ley de libre competencia.
- (ii) Se requiere de un escenario de competencia por el mercado que permita el acceso de todos los potenciales competidores interesados en prestar el servicio

y en el cual el concedente no participe de la licitación ni opere como concesionario directa o indirectamente.

- h. Finalmente, en tanto las recomendaciones efectuadas por la Comisión fueron emitidas antes de la existencia de un pronunciamiento definitivo en sede administrativa, la Sala consideró necesario sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi reiterar la exhortación y las recomendaciones a las autoridades identificadas con la finalidad que procuren implementar las medidas de promoción de la competencia contenidas en el Informe Técnico y en la resolución de primera instancia.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

A la luz de los hechos planteados, hemos identificado los principales problemas jurídicos que fueron abordados en el procedimiento administrativo sancionador seguido ante el Indecopi, los cuales son:

- 3.1. ¿La normativa de libre competencia peruana dispone la sanción de conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio que tengan efectos explotativos?
- 3.2. ¿La presunta conducta anticompetitiva debió ser analizada bajo el Decreto Legislativo 1034 en aplicación de la retroactividad benigna?
- 3.3. ¿Existieron condiciones de competencia óptimas en el proceso de selección para el otorgamiento de la concesión del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y durante la prestación de este servicio?

En ese sentido, procederemos a analizar cada uno de estos problemas, a fin de concluir si la conducta denunciada por la AATC debía ser objeto de sanción por parte de la Comisión conforme a la normativa de libre competencia. Finalmente se analizará si el proceso de selección contó con las condiciones de competencia necesarias para una prestación eficiente del servicio de transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu.

4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

En esta sección pasaremos a revisar cada uno de los principales problemas jurídicos identificados en el expediente bajo análisis, en base a los criterios legales establecidos.

4.1. ¿La normativa de libre competencia peruana dispone la sanción de conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio que tengan efectos explotativos?

Una de las principales cuestiones a discutir en el presente caso es si la Comisión se encontraba facultada para establecer sancione por la realización de conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos.

Al respecto, consideramos que, de acuerdo con la normativa de competencia peruana (tanto la vigente al momento del caso como la actual), la Agencia de Competencia no se encontraba facultada para sancionar el abuso de posición de dominio manifestado en prácticas explotativas. Para sustentar nuestra posición, desarrollaremos tres puntos específicos: en primer lugar, revisaremos el régimen económico existente en nuestro país, para luego analizar el bien

jurídico protegido por la normativa de libre competencia. Finalmente, repasaremos en estricto los supuestos contemplados en la norma para dicha conducta, desde una dinámica competitiva.

4.1.1. El régimen económico peruano y su compatibilidad con las sanciones a conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos

Para determinar qué tipo de conductas podían ser perseguidas y sancionadas bajo la normativa peruana de libre competencia⁵, es preciso entender cómo es que se desarrolla la economía en nuestro país, así como la dinámica de asignación de bienes determinada por nuestras leyes, de manera que logremos interpretar el sentido de la norma que este alineado a dicho régimen.

Al respecto, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, en nuestro país rige un modelo de economía social de mercado, de acuerdo con lo establecido en su artículo 58, el cual señala:

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

[Énfasis agregado]

En términos generales, dicho régimen económico está enfocado en una economía de mercado que reconoce determinados aspectos sociales en los cuales el Estado interviene de forma subsidiaria. De esa manera, el concepto aborda dos perspectivas que buscan conjugar entre sí, permitiendo un desarrollo económico eficiente.

a) La Economía de mercado⁶

En este apartado analizaremos la definición de un sistema de economía de mercado y cuál es la dinámica que sigue para la asignación de recursos de forma eficiente. Como señalamos anteriormente, el régimen económico peruano se consigna en la Constitución, estableciendo un sistema de economía social de mercado. Para entender dicho sistema, resulta necesario plantear una primera aproximación a una economía de mercado.

De acuerdo con Samuelson y Nordhaus, dentro de un sistema de mercado los consumidores se comportan como votantes, debido a que utilizan sus “votos monetarios” para comprar los diversos productos o servicios que deseen. En base a ello, se entiende la economía de mercado como un mecanismo sofisticado a través del cual proveedores y consumidores efectúan una serie de interacciones orientadas a determinar precios e intercambiar bienes y servicios sobre la base de sus preferencias (2009, p. 26-27). Así, es preciso indicar que una economía de mercado se conduce por la ley de la oferta y la demanda.

La oferta refiere a la cantidad de determinado bien que los productores están dispuestos a producir y vender a un precio específico. En este supuesto, la cantidad ofertada de un producto es directamente proporcional al precio fijado para este, por lo que, a mayor precio, los

⁵ Cabe señalar que la denuncia bajo análisis fue presentada durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

⁶ Este capítulo se basa y toma extractos del artículo del autor Ayvar, R. (2020) *Los precios y el coronavirus: ¿Intervención o empatía?* Enfoque Derecho.

proveedores estarán resueltos a producir y vender una cantidad superior de dicho bien; en tanto que, a menor precio, los productores estarán resueltos a producir y vender menor cantidad de este.

A su vez, la demanda alude a la cantidad de un bien que los consumidores están dispuestos a comprar a un precio determinado. En contraste con la oferta, la cantidad demandada es inversamente proporcional al precio del producto: ante un precio más alto, los consumidores estarán resueltos a comprar una menor cantidad de un bien específico mientras que, ante un precio más bajo, los consumidores estarán resueltos a comprar más unidades del referido bien.

Es necesario indicar que existen diversos factores con la capacidad de incidir en la delimitación de la oferta y la demanda, entre los cuales se encuentran los precios de los bienes sustitutos, los costos de producción, la estructura del mercado, los costos de cambio, la innovación tecnológica, la calidad de los productos, el nivel de ingresos y las preferencias de los consumidores. En ese sentido, para simplificar el desarrollo de estos conceptos, en los supuestos planteados para la oferta y la demanda asumiremos que todos estos factores adicionales se mantienen constantes.

Así, la interacción entre la oferta y la demanda en el mercado originará un precio y una cantidad de equilibrio. Por dicha razón, el precio de equilibrio se determina cuando la cantidad de bienes que los productores quieren vender es equivalente a la cantidad de bienes que los consumidores quieren adquirir. Este equilibrio se orienta a permanecer estable –siempre y cuando los demás factores antes referidos se mantengan constantes– hasta que se presente alguna condición distinta al precio del producto que modifique la oferta o la demanda.

En tal caso, si dicha modificación ocasiona que la demanda de un bien se incremente, el desplazamiento de ella establecerá un precio de equilibrio más alto. En cambio, si la modificación ocasiona que la demanda de un bien se reduzca, el desplazamiento de esta definirá un precio de equilibrio más bajo. Del mismo modo, estas circunstancias pueden incrementar o reducir la oferta, conforme con los aspectos antes indicados.

Teniendo en cuenta ello, podemos señalar que una economía de mercado consiste en un sistema de coordinación descentralizado de millones de procesos económicos en el cual la libre interacción de la oferta y la demanda determina que los precios de equilibrio de los bienes y servicios sean mayores o menores.

Son estos valores obtenidos del equilibrio los que determinarán los precios de los productos o servicios que se comercien en el mercado, producto del balance entre lo que se produce y lo que se demanda. Para permitir que esta interacción se desarrolle libremente, se deberán garantizar una serie de derechos, principalmente vinculados con las libertades económicas de los sujetos que intervienen, tales como la libre iniciativa privada y la libertad de contratar. Son estas libertades, recogidas en derechos, las que hacen posible una adecuada interacción de la oferta y la demanda, y con ello, el correcto desarrollo del mercado⁷.

⁷ A mayor abundamiento, ver:

- Castillo, M. (2013). El Derecho Constitucional Económico en el Perú. *Nómaditas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 371-349. https://doi.org/10.5209/rev_NOMA.2013.42352
- Chanamé, R. (2013). Constitución Económica. *Derecho & Sociedad*, (40), 43-63. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12788>
- Cruces, A. (2021). *Economía Social de Mercado y Principio de Subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

En conclusión, en una economía de mercado, los precios de los bienes o servicios se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda, para lo cual se deben garantizar distintas libertades económicas. Este mecanismo dispuesto en nuestra Constitución se enfoca en la libertad de los privados para interactuar en el mercado, dejando de lado la intervención del Estado en la economía.

b) El modelo económico peruano: Economía social de mercado

Como señalamos al inicio, nuestro país ha adoptado un modelo de economía social de mercado. En el apartado anterior, pudimos ver que en una economía de mercado se establecen determinadas reglas para su funcionamiento, las cuales están enfocadas en la libre iniciativa privada y la interacción de la oferta y la demanda, logrando un equilibrio mediante el cual se asignan precios a los bienes. Ello comprende la base del desarrollo económico en nuestro país y permite el crecimiento del mercado.

Sin perjuicio de ello, nuestra Constitución también reconoce un contenido social en nuestro régimen económico, el cual está referido al rol subsidiario y solidario del Estado. Como vimos anteriormente, su artículo 58 establece que el Estado «es quien orienta el desarrollo económico del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de salud, seguridad, servicios públicos e infraestructura, entre otros». Como consecuencia de dicho contenido social, nuestra legislación cuenta con una serie de normas que regulan este rol subsidiario del Estado. Entre ellas se encuentran las normas que, de manera excepcional, permiten la intervención estatal en la prestación de servicios públicos tales como telefonía, agua, saneamiento y energía eléctrica.

El concepto de economía social de mercado fue acuñado en 1947 por Alfred Müller-Armack en su obra *Liderazgo de economía y economía de mercado*, la cual constituía una vía intermedia entre el modelo liberal y el modelo comunista, es decir, una tercera opción que erige formas de control distintas que sean aptas para dirigir a la economía de mercado hacia una función social (Fernández, 2012, pp. 85, 90).

Por su parte, Resico señala que la economía social de mercado emerge del intento de condensar los beneficios de un sistema económico de mercado (basado en la productividad y eficiencia), con los aportes de la tradición social cristiana de solidaridad y cooperación (basados en la equidad y la justicia de la sociedad) (Resico, 2010, p. 124).

La conjunción de una economía de mercado con contenido social ha sido desarrollada por distintos autores. Sobre el particular, Kresalja señala que, tratándose de una economía social de mercado, la libre competencia se constituye como el sistema idóneo para asegurar el bienestar en una comunidad, siendo que permite al Estado intervenir en aspectos económicos y sociales (Kresalja 2015, p. 183).

Por su parte, Gutiérrez considera que, en una economía social de mercado, lo central consiste en que la intervención del Estado en la economía se circunscribirá al cumplimiento del objetivo distributivo en el mercado. En ese sentido, el Estado de ninguna manera sustituye al mercado,

- Rodríguez, V. (2016). Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú. *Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la UNMSM*, 24(45), 121-137.
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/view/12475/11162>

siendo que contribuye con sus objetivos, dejando que sea el propio mercado eficiente el que asegure una distribución aceptable (Gutiérrez, 2005, p. 783).

Adicionalmente, Kresalja y Ochoa reconocen lo indeterminado del concepto, buscando definirlo en relación con la forma en que fue regido en nuestra Constitución. En particular, indican que la expresión “economía social de mercado” no tiene un contenido definido y preciso al tratarse de una cláusula abierta, la cual hace referencia a que los mecanismos que proporciona el mercado deben ser los que rijan las reglas de la economía, pero reconociendo también que el Estado posee deberes ineludibles que cumplir (Kresalja & Ochoa, 2019, p. 59-60).

De lo expuesto, se desprende que nuestro régimen de economía social de mercado se encuentra basado en un modelo de economía de mercado en el cual el Estado desempeña un rol subsidiario y solidario, permitiendo intervenir en determinados ámbitos de manera excepcional.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente 00011-2013-PI/TC, se ha manifestado en relación con la economía social de mercado y el rol del Estado, al señalar:

La economía social de mercado se caracteriza por poner énfasis en las libertades económicas fundamentales y por asegurar que el Estado tenga un rol subsidiario en la economía, de manera que garantice el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana; es decir, la responsabilidad de cada persona sobre la planificación y realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de equidad (Tribunal Constitucional, 2014, fj. 22).

Lo indicado por el Tribunal Constitucional permite evidenciar que el régimen económico peruano reconoce al Estado un rol subsidiario, dejando que la persona sea quien, de forma libre, desarrolle su proyecto de vida.

Por lo expuesto, podemos concluir que el régimen económico aplicable en el Perú es una economía social de mercado, el cual recoge de manera conjunta a una economía de libre mercado manteniendo el aspecto social referido al rol subsidiario del Estado y su intervención en situaciones específicas. Ello da cuenta del énfasis de las libertades económicas en el desenvolvimiento de las personas y la necesaria intervención del Estado en determinadas circunstancias de ausencia de la actividad privada, con la finalidad de garantizar el acceso a servicios sociales.

c) La prohibición de la fijación administrativa de precios

Como señalamos anteriormente, en una economía de mercado los precios se rigen por la ley de la oferta y la demanda. En ese sentido, los precios se forman por la libre interacción de estas, lo que llamamos el precio de equilibrio. Al respecto, Mochón señala que el precio en equilibrio es el que resulta de la equiparación entre los planes de los consumidores y de los productores (Mochón, 1992, p. 43). Por su parte, Varian considera que, el precio de equilibrio es aquel en el cual la cantidad demandada es igual a la cantidad ofrecida. (Varian, 2010, p. 7).

De lo señalado, podemos concluir que la formación del precio de un producto será determinada por el precio de equilibrio que resulte de la interacción de la oferta y la demanda de dicho producto. Será punto de intersección entre ambas ofertas las que determinen el precio de dicho bien.

Adicionalmente, en términos económicos, el sistema de precios proporciona a los consumidores una parte importante de la información de los bienes que conviene comprar, y a su vez otorga a los productores información sobre los bienes que conviene producir y con qué tecnología (Resico, 2010, p. 64). Ahora bien, debemos considerar que el precio también actúa como un indicador de escasez: cuando un bien se vuelve más escaso, su precio se incrementa. Esta situación genera dos efectos en el mercado: i) los consumidores reducirán la cantidad demandada de dicho bien; y, ii) los proveedores tendrán incentivos para producir una mayor cantidad del bien. (Resico, 2010, p. 64).

Todo lo expuesto resalta la importancia del libre mercado como mecanismo a través del cual se determinan los precios de los bienes (por la libre interacción de la oferta y la demanda, y como indicadores de escasez de bienes y servicios), el cual deja un rol subsidiario al Estado para determinados supuestos, es decir, sin una participación activa en la economía.

En otras palabras, el régimen económico peruano hace hincapié en que los precios no deben ser determinados por alguna entidad o autoridad estatal, sino que serán los millones de transacciones de los privados, y el libre juego de la oferta y la demanda global, los que intervengan en la formación de dichos precios en el mercado.

Pero ello no solo ha sido reconocido por la Constitución al establecer un régimen de economía social de mercado, sino que ha sido previsto de manera expresa por la normativa peruana⁸. Al respecto tenemos el Decreto Legislativo 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada (en adelante, Ley de Crecimiento de la Inversión Privada).

Sobre el particular, esta norma concuerda con lo señalado por la Constitución en relación con el régimen económico aplicable en nuestro país, pese a haber sido promulgada años antes que la Carta Magna⁹. En este caso, el artículo 1 desarrolla la finalidad de la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada, indicando:

Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto **garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas**, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de

⁸ Cabe señalar que estos aspectos económicos han sido recogidos en distintas leyes, tales como la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1256 y la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

Por un lado, la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Por otro lado, la Ley de Represión de la Competencia Desleal tiene como finalidad reprimir los actos contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado y que tengan por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

⁹ Es preciso señalar que el Decreto Legislativo 757 fue promulgado en 1991, junto con una serie de Decretos Legislativos vinculados a temas económicos, mientras que la Constitución Política del Perú fue promulgada en 1993. Sin perjuicio de ello, ambas se encuentran alineadas en relación con el régimen económico aplicable y sus principales garantías.

la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.

Establece **garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras**, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel.

El extracto citado deja en evidencia el objetivo de la norma de garantizar la libre iniciativa privada, bien jurídico que se encuentra también protegido en la Constitución, aun cuando esta última fue posterior a la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada. Asimismo, dicho fragmento recalca las garantías y obligaciones vinculadas al régimen económico que resultan aplicables tanto a personas naturales como a personas jurídicas.

A lo largo de su articulado, la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada recoge estas garantías, entre las cuales se encuentra el régimen económico peruano. A modo de ejemplo, el artículo 2 de esta norma reconoce a la libre competencia como la dinámica a desarrollarse en los mercados, encontrándose alineado a lo establecido por la Constitución¹⁰. En particular, la referida disposición indica:

Ley de 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.

Como podemos observar, este fraseo es similar al utilizado en la Constitución para definir el régimen económico aplicable en el Perú. Ello confirma que las disposiciones referidas al modelo económico contempladas en la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada y en la Carta Magna, se encuentran alineadas en el mismo sentido, consolidando el marco jurídico aplicable a este aspecto.

Del mismo modo, la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada desarrolla otro aspecto relacionado al régimen económico peruano y a la libre competencia en su artículo 4, al referirse a la formación de los precios en el mercado, precisando:

Artículo 4.- **La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda**, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

¹⁰ Al respecto, como señalamos anteriormente, la Constitución Política del Perú reconoce un régimen económico de economía social de mercado. En ese sentido, las disposiciones de la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada tienen concordancia con ella.

De la cita anterior, podemos concluir dos cosas: en primer lugar, se corrobora que la formación de precios en el régimen económico peruano (economía social de mercado) se da conforme a la libre interacción de la oferta y la demanda. Esta dinámica económica presente en la interactividad de las personas en el mercado definirá los precios de los bienes o servicios, con el objetivo de generar eficiencias económicas.

En segundo lugar, se aprecia que la norma establece una prohibición expresa de fijación administrativa de precios. Así, teniendo en cuenta la forma en la que los precios se forman en una economía social de mercado, estos no podrán ser fijados por el Estado, salvo que se trate de tarifas de servicios públicos y siempre que se encuentre establecido en una Ley del Congreso.

Esta última prohibición es sumamente importante, en tanto recalca la necesidad de que el Estado no intervenga en la determinación de los precios de los bienes, en atención al modelo económico peruano. Como explicamos anteriormente, en una economía social de mercado, los precios surgen de la libre interacción entre la oferta y la demanda, por lo que el Estado solamente cumple un rol subsidiario en este sistema.

Estas condiciones coinciden con otros derechos que son parte importante del régimen económico y que están también recogidos en nuestra Constitución, tales como el derecho a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad. Al respecto, Kresalja considera que una economía social de mercado reconoce expresamente la protección a las libertades de empresa, de contratación y otras libertades económicas fundamentales, correspondiendo al Estado desarrollar funciones residuales en la economía (Kresalja, 2015, p. 107).

En ese sentido, la determinación de los precios por parte de la administración generaría una distorsión en el mercado, yendo en contra del modelo económico aplicable a nuestro país, el cual se encuentra consagrado en la Constitución, y fue desarrollado en el Decreto Legislativo 757. Es debido a ello que el Estado no puede determinar, de manera directa o indirecta, los precios de los productos, ya que estaría contradiciendo la dinámica presente en una economía social de mercado y el régimen legal que la respalda.

Es preciso indicar que la fijación de precios estatal genera una serie de problemas que afectan al desarrollo de la economía. Al respecto, la fijación, directa o indirecta de precios por parte del Estado es lo que en teoría económica se entiende como control de precios. Como señalamos antes, este tipo de medidas implican que el Estado intervenga en la economía, contraviniendo los aspectos vinculados a una economía de libre mercado conforme al régimen económico reconocido por la Constitución.

Sobre el particular, Kafka señala que el control de precios implica la determinación de un precio preestablecido para determinado bien o servicio. Agrega que dicho precio, usualmente fijado por debajo del nivel de equilibrio determinado por la oferta y la demanda, generaría una reducción de la cantidad ofrecida y un aumento de la cantidad demandada. Dichas condiciones son las que originan la escasez de los bienes sujetos a dicho control (Kafka, 1997, p. 657).

Por su parte, Guzmán reconoce que el control de precios es un mecanismo totalmente extraordinario el cual debe ser utilizado en circunstancias extremas en las que no es posible someter el bien o servicio analizado a la libre interacción de la oferta y la demanda, o no resultan suficientes las herramientas de defensa de la competencia (Guzmán, 2006, p. 259).

Conforme a lo expuesto, queda claro que el régimen económico peruano no permite la fijación de precios de manera directa o indirecta. En aplicación de un modelo de economía social de mercado, dicha intervención resultaría innecesaria dado que los precios de los bienes serán determinados por la interacción de la oferta y la demanda de forma espontánea.

Sin perjuicio de ello, para casos excepcionales, como determinadas prestaciones de servicios públicos, el Estado podrá fijar las tarifas siempre que cuente con facultad expresa en una Ley del Congreso, conforme lo dispone el Decreto Legislativo 757. La necesidad de esta norma expresa resalta el carácter excepcional de este tipo de medidas, consolidando la fuerza de la prohibición y el sentido de la norma en base a su objetivo.

4.1.2. El bien jurídico protegido por la normativa de libre competencia peruana

Luego de haber analizado el régimen económico recogido en la Constitución, y las características y limitaciones que un modelo de economía social de mercado presenta, corresponde enfocarnos en las normas vinculadas a la libre competencia y el objetivo que se encuentra detrás de dicha política.

a) Bien jurídico de la libre competencia

El concepto de “bien jurídico protegido” puede ser definido como el aspecto que busca ser resguardado por las disposiciones contenidas en una norma, reflejando su importancia para la sociedad en general. De acuerdo con Morena Del Río, el Derecho regula diversos intereses los que, al transformarse en bienes jurídicos, adquieren una especial posición de la que se derivan consecuencias jurídicas, siendo que en dicho proceso se le concede una protección jurídica, por lo que se define como bien jurídico tutelado (Morena del Río, 2020, p. 278). Por su parte, Gracia manifiesta que aquellos bienes, situaciones o relaciones protegidas por el Derecho son las que forman parte del concepto formal de bien jurídico (Gracia, 2012).

En otras palabras, el bien jurídico protegido es aquel aspecto que busca ser resguardado por la norma, estableciéndose consecuencias jurídicas ante su afectación. Ahora bien, para determinar cuál sería el bien jurídico protegido por la normativa peruana de libre competencia es necesario partir por lo que manifiesta la Constitución Política del Perú sobre ello. Así, el artículo 61 de nuestra Carta Magna reconoce la protección de la libre competencia, al señalar:

Artículo 61.- 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.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

[Énfasis agregado]

La primera parte del artículo 61 señala expresamente que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Ello permite concluir que el Estado no solo cumple funciones de supervisión del

proceso competitivo, sino que lo viabiliza, desplegando medidas para que dicho proceso pueda desarrollarse de manera adecuada. Esta precisión resulta importante en tanto las opciones que plantea el legislador para resguardar este bien jurídico no están enfocadas solo en supervisar, sino principalmente en favorecer la libre competencia, buscando distintas formas de incentivarla.

Ahora bien, la segunda parte del artículo manifiesta la labor del Estado para combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de una posición de dominio. Al respecto, estas disposiciones darían cuenta que el Estado, si bien cumple un rol facilitador y vigilante del proceso competitivo, también combate directamente las conductas abusivas ejercidas por agentes con posición de dominio. Ello corrobora la intención de luchar contra las conductas anticompetitivas.

En ese sentido, la Constitución reconoce la protección de la libre competencia, favoreciéndola y supervisándola, así como el combate contra las prácticas anticompetitivas, haciendo especial énfasis en las conductas de abuso de posición dominante. Dichos aspectos abordados permiten identificar la especial protección del proceso competitivo en nuestro marco normativo constitucional.

Luego de revisar la Constitución, resulta pertinente analizar la normativa peruana especializada sobre la materia. En este caso, corresponde examinar el Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, norma que comprendía la Ley de Competencia aplicable al momento de la denuncia presentada¹¹. Al analizar su contenido, es preciso citar la finalidad de la norma recogida en su artículo 1, el cual señala:

Artículo 1.- La presente ley tiene por **objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia** en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

[Énfasis agregado]

Como podemos observar, la referida disposición establece un objetivo dirigido a la protección de la libre competencia y el proceso competitivo. Por ello indica que su finalidad apunta a eliminar las prácticas restrictivas y monopólicas que pudieran impactarle negativamente. Finalmente, el artículo describe el efecto que dicha protección genera, al manifestar que ello permitiría el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada otorgando el mayor beneficio a los consumidores. Cabe precisar que este último aspecto (el beneficio de los consumidores) configura una consecuencia que se produce por el resguardo de la libre competencia como bien jurídico, y no constituye un bien jurídico en sí mismo.

Ello coincide con lo propuesto por Motta, quien define la política de competencia como un conjunto de normas y políticas establecidas encargadas de asegurar que el proceso competitivo en los mercados no se vea limitado de tal forma que genere una disminución en el bienestar económico (Motta, 2018, p. 59). De esa forma recalca el objetivo enfocado en la protección

¹¹ Al respecto, es preciso señalar que, el Decreto Legislativo 701 fue promulgado en 1991 (es decir, antes que la Constitución Política de 1993 que analizamos), y entró en vigor en 1993. A pesar del desfase temporal, dicho texto normativo se encontraba alineado a los principios establecidos en la Constitución.

del proceso competitivo en favor de un bienestar común. Del mismo modo, la Comisión Europea en su *Informe sobre la Política de Competencia de 1999* señaló cuáles eran los objetivos de dicha política, indicando:

2. El primer objetivo de la política de competencia es el mantenimiento de los mercados competitivos. Esta política sirve de instrumento para fomentar la eficacia industrial, la óptima asignación de recursos, el progreso técnico y la flexibilidad para adaptarse a un entorno cambiante (Comisión Europea, 1999, p. 19).

La cita incluida permite identificar que, a parecer de la Comisión Europea, el principal objetivo de una política de competencia está enfocado en el proceso competitivo, al procurar el mantenimiento de la dinámica competitiva de los mercados, y resaltar todos los beneficios que ello genera.

De lo apuntado, podemos concluir que el objetivo principal y primordial de una política de competencia se centra en el resguardo del proceso competitivo y la competencia en sí misma. A partir de ella, se generan una serie de beneficios entre los que se encuentra el incremento del bienestar de los consumidores.

Ahora bien, para corroborar este enfoque, y analizar cómo es que se adoptaron las normativas de libre competencia en la región, resultaría útil revisar qué objetivos y finalidades contemplan las leyes de la materia de los distintos países sudamericanos. Si bien dicho análisis no es determinante para interpretar cuál sería el bien jurídico protegido por la normativa peruana de libre competencia, este podría darnos una idea de los objetivos de la legislación extranjera relacionada.

Para ello, se ha elaborado un cuadro comparativo con la normativa de competencia de algunos países de América Latina y los objetivos contemplados en sus respectivas leyes, el cual se detalla a continuación:

Cuadro 1
Objeto o finalidad de la normativa de los países sudamericanos*

PAIS	NORMA	OBJETO
Argentina	Ley 25.156 - Ley de Defensa de la Competencia 20 de setiembre de 1999	Artículo 1º: Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

PAIS	NORMA	OBJETO
Brasil	Ley 8884 modificada por Ley 9069 <u>Ley 8884</u> 11 de junio de 1994 <u>Ley 9069</u> 29 de junio de 1995	Art. 1. Esta ley establece para la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico , guiados por los principios constitucionales de la libre empresa, la libre competencia, la función social de la propiedad, la protección del consumidor y la contención de los abusos de poder económico. Párrafo único. La comunidad es el titular de los derechos jurídicos protegidos por esta ley.
Colombia	Ley 155 - Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas 14 de diciembre de 1959	Artículo 1°. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia , con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas. Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.
Chile	Decreto Ley 211 - Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia <u>Decreto Ley 211</u> Publicado: 22 de diciembre de 1973	Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados . Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.
Venezuela	Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia Publicado: 13 de enero de 1992	Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.
México	Ley Federal de la competencia económica Publicado: 24 de diciembre de 1992	Artículo 2. Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia , mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. Para efectos de esta Ley, se entenderá por Secretaría, la Secretaría de Economía, y por Comisión, la Comisión Federal de Competencia.
Uruguay	Ley N° 18.159 - Ley de Promoción y Defensa de la Competencia Publicada: 30 de julio de 2007	Artículo 1° (Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia , el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.

PAIS	NORMA	OBJETO
Paraguay	Ley N° 4.956 - Ley de Defensa de la Competencia Promulgada: 21 de junio de 2013	Artículo 1°.- Del objeto de la Ley. La presente Ley tiene por objeto defender y promover la libre competencia en los mercados . Los actos contra la libre competencia quedan prohibidos y serán corregidos o castigados, mediante los mecanismos y sanciones previstas en esta Ley.

* Las normas analizadas en el presente cuadro son las que se encontraban vigentes al momento de la revisión del caso por la agencia de competencia peruana, esto es, durante el año 2005.

Fuente: Elaboración propia

Como podemos apreciar, los objetivos establecidos en la normativa de las distintas jurisdicciones que fueron analizadas son similares y se encuentran vinculados principalmente con la protección de la libre competencia y el proceso competitivo. En todos los casos se hace alusión a la defensa del proceso competitivo, la libre competencia o el orden económico, consolidando dicha finalidad.

En el caso particular de Uruguay, si bien la norma hace alusión a la «protección de los consumidores», esta deja claro que dicho aspecto se manifiesta como consecuencia de la promoción y protección de la competencia, es decir, mediante el resguardo de la libre competencia y el proceso competitivo, corroborándolo como finalidad primordial.

Adicionalmente, cabe señalar que la mayoría de estas normas fueron promulgadas en la década de los noventa, lo que permite identificar cierta proximidad temporal en la concepción de este tipo de normativa en la región y los objetivos que ellas abordan¹².

Por lo expuesto, podemos identificar que la finalidad establecida en las normas de competencia de los países de la región se encontraba dirigida a la protección del proceso competitivo y el desarrollo de la competencia en el mercado. Como consecuencia de ello, los consumidores resultan beneficiados con precios más bajos, mejores productos, mayores niveles de innovación en la industria, entre otros.

Todo ello corrobora el planteamiento inicial sobre el objetivo de una política de competencia y la normativa de la materia, configurada en la protección del proceso competitivo en sí mismo, a partir del cual se pueden generar una serie de beneficios para el interés general.

b) El beneficio del consumidor como consecuencia de la protección de la libre competencia

De acuerdo con la información analizada, hemos podido observar que tanto la ley de competencia peruana como algunas leyes extranjeras sobre la materia hacen mención a la protección o el bienestar del consumidor. Si bien es claro que la finalidad de las normativas de competencia analizadas se centra en la protección del proceso competitivo, dichas alusiones al interés del consumidor podrían generar dudas sobre su inclusión como objetivo perseguido en sí mismo. Para resolver la incertidumbre, debemos analizar en qué consiste este beneficio del consumidor.

¹² Cabe señalar que algunas de las normas analizadas son más antiguas que el promedio, como en el caso de Colombia y Chile, mientras que otras son sumamente recientes, como el caso de Uruguay y Paraguay.

Al respecto, es preciso señalar que el hecho de que la finalidad de la norma haga referencia al beneficio de los usuarios y consumidores no implica que el objetivo principal sea defender el interés de estos. Como señalamos antes, el beneficio de los consumidores se genera como consecuencia de la protección de la libre competencia y el proceso competitivo. En ese sentido, debe diferenciarse entre el resguardo de la libre competencia y la protección del interés del consumidor.

Sobre el particular, a parecer de Leary, la defensa de la libre competencia está enfocada en proteger el proceso competitivo, debido a que las infracciones a la libre competencia distorsionan el proceso competitivo desde la perspectiva de la oferta, es decir, restringen el suministro e incrementan los precios en la cadena de producción (Leary, 2005, p. 1148)¹³. Por otro lado, la normativa relacionada con la protección del consumidor aborda el funcionamiento de los mercados desde el lado de la demanda, atendiendo las conductas que puedan presentarse en las relaciones entre consumidores y proveedores finales (Rivas, 2020, p.5).

En Perú, esta diferencia entre ambos bienes jurídicos ha sido debidamente identificada por el máximo intérprete de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional señaló, en su sentencia recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC del 5 de diciembre de 2006, lo siguiente:

Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución).

En la cita señalada, el Tribunal Constitucional diferencia el artículo referente a la protección de la libre competencia del artículo referente a la protección de los consumidores, por lo que ambos derechos fundamentales si bien son reconocidos por la carta magna, parten desde distintos ángulos. Por un lado, reconoce la protección de la libre competencia en el artículo 61, y por otro la protección del derecho de los consumidores y usuarios en el artículo 65. Ello permite inferir que su protección abordaría dos aspectos que, si bien están relacionados, tienen enfoques separados.

Ahora bien, el contenido de una norma de competencia –e incluso la dinámica económica que se genera en el mercado mediante la interacción de la oferta y la demanda– podría generar dudas sobre el objetivo resguardado por una política de competencia. Al respecto, Pugliese considera que, si bien puede parecer que el beneficiario de las políticas de libre competencia es el consumidor, ello no debe ser considerado así:

A mi juicio el beneficiario de tales políticas [de libre competencia] es “la competencia”, siendo esta un valor o bien a proteger en sí mismo, que luego impactará no solo en los consumidores, sino también sobre las empresas o comerciantes individuales. Es decir que hay un primer “interés económico

¹³ Al respecto, Leary señala: «las conductas anticompetitivas, distorsionan el lado de la oferta porque restringen el suministro y elevan precios». Traducción libre de: «*Antitrust offenses, like Price fixing or exclusionary practices, distort the supply side because they restrict supply and elevate prices*».

general”, el cual es la promoción y cuidado de que las reglas del mercado sean abiertas y brinden las mismas posibilidades a todos los que quieran acceder a él, luego las empresas y los consumidores se beneficiarán con el juego transparente de estas reglas (Pugliese, 2001, p. 334).

En ese sentido, se puede evidenciar que la protección de la competencia y del proceso competitivo en particular, generaría beneficios a los consumidores e incluso a otras empresas, debido a las condiciones generadas en el marco de una economía social de mercado. Debido a ello, la protección al consumidor se manifiesta como una consecuencia del objetivo de la política de competencia, la cual es proteger el proceso competitivo en el mercado.

Esta perspectiva ha sido reconocida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) al describir el enfoque que tiene una política de competencia. Sobre ello, en el documento *Los beneficios de la política de competencia para los consumidores*, la UNCTAD analizó cómo es que la defensa del proceso competitivo genera beneficios para los consumidores, indicando:

El objetivo último tanto de la política de defensa de la competencia como de la protección del consumidor es mejorar el bienestar de este. Ambas políticas tienen por objeto lograr que los mercados funcionen de manera eficaz y corregir sus deficiencias, pero ambas lo abordan desde perspectivas diferentes. **La política de la competencia se centra en el lado de la oferta del mercado y con ella se pretende conseguir que los consumidores puedan elegir entre opciones adecuadas y asequibles**, mientras que la política de protección al consumidor se centra en las cuestiones relativas al lado de la demanda y con ella se busca que los consumidores puedan ejercer de manera efectiva su capacidad de elegir (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2014, p. 1).

[Énfasis agregado]

Como se puede observar, el análisis citado deja mucho más claro que la normativa de libre competencia resguarda el proceso competitivo y, a su vez, remarca la diferencia que existe entre el enfoque de la política de competencia y el enfoque de protección del consumidor. En ese sentido, concluye que la protección del proceso competitivo está dirigida a lograr el funcionamiento eficiente del mercado, permitiendo que los consumidores cuenten con diversas y mejores opciones para elegir.

Este enfoque, centrado en el resguardo de la libre competencia, se encuentra plasmado en la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD (en adelante, Ley Tipo), norma modelo que recoge los criterios generales considerados óptimos para una política de competencia eficiente y que sirve (y ha servido) de directriz para la implementación de normas de libre competencia en los distintos países del mundo. Así, dicho arquetipo legal propone que una normativa de libre competencia cuente con los siguientes objetivos o propósitos:

CAPÍTULO I

Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que **limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún**

otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2007, p. 3).

[Énfasis agregado]

Adicionalmente, la UNCTAD en el documento *Examen de la aplicación y ejecución del conjunto de principios y normas*, ha recalcado que el objetivo principal y fundamental de la normativa de defensa de la competencia consiste en proteger y fomentar tanto la competencia en sí misma como el proceso competitivo en los mercados. Sin perjuicio de ello, considera que dentro de dicho objetivo principal caben algunas metas específicas, como el bienestar del consumidor, el cual se genera como efecto de la protección de la competencia y puede manifestarse en la reducción de precios, la ampliación de alternativas para el consumidor, la mejora en la calidad de los productos y el fomento del desarrollo tecnológico (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2015, p. 3).

De ello se desprende que el objetivo de la normativa de competencia está centrado en proteger el proceso competitivo y la competencia en los mercados. Como consecuencia de ello, se terminará incrementando el bienestar del consumidor a través de sus diversas manifestaciones.

Cabe señalar que, una política de competencia no solo impacta positivamente en el proceso competitivo, sino también en el comportamiento individual de los competidores, lo que a la larga origina beneficios generales. Al respecto, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derechos y Política de la Competencia resaltó las ventajas que se obtienen a través de las normativas de la materia, señalando:

Es probable que el control de las prácticas comerciales restrictivas produzca sustanciales efectos beneficiosos sobre la competencia, no sólo directos en casos concretos, sino también efectos generales disuasorios de la utilización de esas prácticas; esto puede obligar a las empresas a competir más duramente y crear de ese modo un clima favorable a la competencia y una cultura empresarial (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 1998, p. 23).

Teniendo en cuenta los efectos generados por la política bajo estudio, podríamos concluir que su objetivo está orientado a la defensa de la competencia y de la dinámica competitiva entre los competidores en el mercado, en su pugna por la preferencia de los consumidores. En ese sentido, además del bienestar del consumidor, tienen lugar otras consecuencias favorables generadas por la protección del proceso competitivo, consolidando a esta última como la finalidad de las políticas de libre competencia.

En conclusión, de la información analizada se desprende que la finalidad de la normativa sobre competencia está enfocada en el proceso competitivo, es decir, la competencia entre los agentes económicos y como esta se desarrolla, vigilando que se den las condiciones adecuadas para los competidores participantes en los distintos niveles de la cadena de producción.

Asimismo, confirmaría que el bienestar de los consumidores al cual se puede aludir en las leyes de la materia está vinculado con las consecuencias generadas por la protección del proceso competitivo, y no con que esta sea una finalidad de la norma en cuestión.

c) El Decreto Legislativo 1034 y el concepto de eficiencia económica

Luego de analizar el objetivo de las normas de libre competencia y la relación existe entre su bien jurídico protegido y el bienestar del consumidor, es necesario revisar también el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Esta norma –que derogó al Decreto Legislativo 701– busca clarificar muchas de las cuestiones complejas establecidas en el Decreto Legislativo 701 y solucionar las discrepancias que podrían surgir sobre la finalidad de la normativa de libre competencia peruana.

Como señalamos anteriormente, el Decreto Legislativo 701 contemplaba como objetivo “eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”. Conforme a lo revisado, la normativa peruana tendría un enfoque centrado en la defensa de la competencia, la cual trae consigo beneficios para los consumidores.

Si bien la finalidad recogida en el Decreto Legislativo 701 estaba principalmente enfocada en proteger el proceso competitivo, dicha norma también buscaba permitir el desenvolvimiento de la libre iniciativa privada procurando el bienestar de los consumidores. Esto último confirmaría que el bienestar del consumidor no representaba un fin en sí mismo, sino una consecuencia del comportamiento de las empresas en un mercado competitivo.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 promulgado en 2008, introdujo un aspecto importante en la finalidad de la normativa de competencia peruana, centralizando el enfoque en la eficiencia económica. En particular, dicha norma establece en su artículo 1 lo siguiente:

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con **la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados** para el bienestar de los consumidores.

[Énfasis agregado]

Como podemos apreciar, si bien se mantiene el enfoque basado en la protección del proceso competitivo, se incorpora el concepto de eficiencia económica como baremo para favorecer el proceso competitivo. Sobre el particular, la Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034 amplía algunos detalles y resalta este objetivo, al señalar:

De acuerdo a [sic] su artículo 1, la finalidad de la Ley es prohibir y sancionar conductas anticompetitivas promoviendo la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. En tal sentido, el Decreto Legislativo busca la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, en la medida que estas dañan el proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores.

Ello da cuenta, una vez más, que el objetivo de la política de competencia es la protección del proceso competitivo y que los efectos de su protección, repercuten en el interés de los consumidores. Asimismo, se confirma que la finalidad de la norma tomaba un concepto económico que permitiría identificar los beneficios del proceso competitivo en base a la eficiencia económica.

Cabe señalar que el texto utilizado para el objetivo planteado en la ley bajo análisis es similar al recomendado por la UNCTAD en la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, por lo que esta norma se encuentra alineada con dicha propuesta. Adicionalmente, incorpora el concepto de eficiencia económica para colocar al proceso competitivo como centro de dicha política. Al respecto, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 señala que:

[...] [A]l establecerse como objetivo la promoción de la eficiencia económica a través de la protección del proceso competitivo, lo que el Decreto Legislativo procura es permitir que de la propia dinámica de la competencia se obtenga un desempeño eficiente en los mercados.

La eficiencia económica puede ser definida a través de tres componentes: eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa [...].

Con ello, queda claro que el centro de las normas de competencia es la protección del proceso competitivo y que el concepto de “eficiencia económica” incluido en la norma cobra relevancia en el análisis competitivo, convirtiéndose en un pilar para la defensa y resguardo de la libre competencia.

Sobre este último concepto, es preciso referirnos a los tipos de eficiencia a los que hace mención la Ley Tipo. Al respecto, De la Mano considera que existen tres tipos de eficiencias que son útiles para el análisis de competencia: distributiva, productiva o técnica, y dinámica o innovativa. La primera de ellas está relacionada con asignar los bienes a quienes mejor los valoran. Por su parte, la segunda refiere a determinar si el bien es producido al menor costo posible y si se está produciendo el máximo posible. Finalmente, la tercera se encuentra dirigida a establecer condiciones para implementar innovaciones en los bienes para generar una mayor satisfacción en los consumidores (De la Mano, 2002, pp. 8-9).

Por otro lado, retomando el análisis del bien jurídico protegido, podemos observar que la finalidad propuesta en la Ley Tipo corrobora los puntos revisados anteriormente, al entender el bienestar del consumidor como una consecuencia de la defensa de la competencia. De esa forma, deja sentado que una normativa de competencia tiene como centro a la protección del proceso competitivo. En ese sentido, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 precisa:

A través de la rivalidad entre los competidores por obtener la aceptación de los consumidores, las empresas tienen incentivos para comportarse eficientemente, lo que a su vez repercute en el bienestar de la sociedad en su conjunto y en los consumidores en particular.

En la misma línea, Motta coincide con lo afirmado sobre el bien jurídico protegido, al señalar enfáticamente que el objetivo de la política de libre competencia no debe estar enfocado en el consumidor, puesto que dicho objetivo -dirigido a maximizar el excedente del consumidor- daría lugar a la fijación de precios, llevando a que las empresas en el largo plazo salgan de la industria o deban ser subsidiadas para cubrir sus costos fijos, sustituyéndose el mercado por la regulación general (Motta, 2018, p. 49). Adicionalmente, a través de la fijación de precios se generarían menores beneficios para los proveedores, quienes perderían los incentivos necesarios para invertir en innovación (Motta, 2018, p. 49).

De la cita, se puede apreciar que Motta recalca de manera categórica que no debe adoptarse el bienestar del consumidor como objetivo de una política de competencia. Así, el autor no solo manifiesta su negativa, sino que desarrolla los posibles problemas que podrían generarse como consecuencia de abordar una política de libre competencia desde la perspectiva del bienestar del consumidor, relacionadas con ineficiencias en el mercado.

Por lo expuesto, podemos concluir que el objetivo central de una política de competencia es la protección del proceso competitivo. En el caso peruano, tanto el Decreto Legislativo 701 como el Decreto Legislativo 1034 establecen como finalidad el resguardo del proceso competitivo en los mercados, a través del cual se terminará por beneficiar a los consumidores. Así se corrobora que el bienestar de los consumidores no es el objetivo, sino más bien una consecuencia de la protección de la libre competencia.

Es así como, el Decreto Legislativo 1034 posterior al Decreto Legislativo 701, reafirma y corrobora el enfoque otorgado a las normas de libre competencia, señalando de manera expresa que se protege el proceso competitivo y el funcionamiento eficiente del mercado. A su vez, recalca que es la protección de la libre competencia la que genera el bienestar en los consumidores.

En vista de ello, el objetivo de la norma se encontraba enfocado en proteger el proceso competitivo, lo que se materializa en el control de conductas anticompetitivas que afectan a los agentes en el mercado y la forma en que compiten.

4.1.3. Supuestos anticompetitivos establecidos por la normativa de libre competencia peruana

Hemos podido analizar el régimen económico peruano y el bien jurídico que protege la norma de libre competencia, pudiendo evidenciar que la protección se encuentra enfocada en el proceso competitivo propiamente dicho.

Ahora bien, corresponde analizar los supuestos de infracción establecidos por la norma para determinar si las conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos son sancionables bajo la ley de la materia.

Para identificar si una conducta es anticompetitiva o no, su prohibición debe encontrarse recogida en la ley, la cual se encargará de detallar el supuesto infractor y su correspondiente sanción.

En esta sección, analizaremos la definición de abuso de posición de dominio establecida en el Decreto Legislativo 701, para luego analizar cada uno de los supuestos planteados por la ley en relación con esta conducta. Finalmente, analizaremos como se describe la conducta de abuso de posición de dominio a la luz del Decreto Legislativo 1034, norma de libre competencia posterior al Decreto Legislativo 701.

a) La posición de dominio y su uso abusivo

La posición de dominio se puede definir como la habilidad de una empresa o grupo de empresas de actuar de manera independiente en el mercado. Para Motta la dominancia de mercado hace alusión al alto grado de poder de mercado con el que cuenta un agente para cobrar un precio sumamente próximo al que un monopolista cobraría (Motta, 2018, p. 70). Por su parte, Mas-

Colell la define como la habilidad de una empresa o grupos de empresas de alterar rentablemente los precios por encima de los niveles competitivos (Mas-Colell et al, 1995, p. 383).

Esto permite identificar que la posición de dominio es la capacidad de poder modificar y alterar los precios de los bienes y servicios de manera independiente, es decir, sin tener en cuenta a los competidores o clientes. Para entender esto, es necesario analizar cómo se comportarían los agentes en el mercado.

Desde la perspectiva económica, un mercado de competencia perfecta establece la existencia de distintos productores en el mercado quienes, dado su gran número, son incapaces de influir individualmente en el precio del mercado. Se entiende entonces que son tomadores de precios, puesto que sus decisiones asumen que el precio de mercado ya está dado (Dammert et al, 2013, p. 26). Debido a esto, estaremos ante tomadores de precios cuando concurren diversos agentes en el mercado, quienes competirán entre sí, sin influir de manera determinante en el precio del mercado¹⁴.

Por otro lado, en un escenario de competencia imperfecta -tales como el monopolio que representa el poder de mercado absoluto- el productor cuenta con la capacidad para poder fijar o determinar el precio de mercado (Cadena, 2011, p. 68). En ese sentido, podríamos entender que los productores con poder de mercado desarrollan sus actividades económicas y se comportan como “fijadores de precio” o “precios-decisores”¹⁵ (Aguirre, 2009, p. 3).

De lo expuesto hasta ahora, hemos visto qué se entiende por agente con posición de dominio y cuáles son las características específicas que deben presentarse para determinar si cuenta con dicha condición.

En ese sentido, cabe resaltar que, el análisis propuesto únicamente ha hecho alusión a la posición de dominio. Es decir, hemos podido apreciar cuando un agente cuenta con posición de dominio y como este ejerce dicha condición.

De ello se desprende que no todo ejercicio de la posición de dominio representa un abuso de dicha condición. Tengamos en cuenta que las empresas pueden desarrollarse en base a la eficiencia económica y de esa forma posicionarse en el mercado. Así, en caso ostente posición de dominio y continúe comportándose en base a la eficiencia económica, no se generaría ninguna afectación a la competencia.¹⁶

¹⁴ A manera de ejemplo, imaginemos un mercado en el que existen distintos competidores, quienes vienen ofreciendo sus productos buscando obtener la preferencia de los consumidores. En este escenario de competencia, si la empresa A decide incrementar sus precios, es muy probable que pierda la preferencia de los consumidores, quienes ante dicho incremento podrían optar por las empresas B o C. En ese sentido, se podría concluir que la empresa A no puede decidir a la ligera incrementar los precios, sino que debe tomar en cuenta la reacción que tendrían sus competidores y los consumidores para que dicha decisión no le afecte de forma negativa.

¹⁵ Siguiendo el mismo ejemplo, en caso de que la empresa A cuente con posición de dominio, esta tendrá una condición aventajada respecto de las empresas B o C. Así, la empresa A podrá decidir incrementar los precios sin analizar cuál sería el comportamiento de sus competidores o clientes puesto que, debido a su condición, resultará irrelevante cómo reaccionarían estos. En ese sentido, podríamos decir que la empresa A al ser dominante, podrá actuar con independencia de lo que hagan sus competidores.

¹⁶ A manera de ejemplo, imaginemos que las empresas A y B compiten en el mercado. La empresa A ofrece precios bajos, buena calidad de productos y un excelente servicio. Como consecuencia, atrae la preferencia de los consumidores y va desplazando a la empresa B. Este desplazamiento se lleva a cabo en base a la eficiencia económica, puesta que A busca mejorar sus productos y servicios para obtener la preferencia de los consumidores, lo que beneficia a la competencia.

Si se optara por prohibir el ejercicio de la posición de dominio, entonces esta empresa no podría realizar actividades, sino que, al obtener una posición de dominio, debería dejar de participar en el mercado.

En síntesis, la posición de dominio es la condición por la cual un agente económico puede actuar de manera independiente a sus competidores en el mercado. Es preciso señalar que la posición de dominio está vinculada a la determinación de un mercado relevante, sobre el cual se posee esta condición¹⁷.

En la misma línea, la normativa peruana de competencia desarrolla el concepto de posición de dominio. Así el artículo 4 del Decreto Legislativo 701¹⁸ establece cuando un agente cuenta con posición de dominio, señalando:

Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando **pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores**, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

[Énfasis agregado]

Así, el artículo establece que un agente económico con posición de dominio cuenta con la condición especial mediante la cual puede comportarse de manera independiente en el mercado, agregando que ello podría deberse a su nivel de participación, características del mercado y desarrollo tecnológico, entre otros.

De lo expuesto, podemos entender que la norma define la posición de dominio como el actuar con prescindencia de los competidores y clientes, dados determinados factores existentes en el mercado.

Ahora bien, la posición de dominio por sí misma no representa algún problema para el proceso competitivo. Es más, podríamos decir que la posición de dominio es una de las consecuencias que podrían generarse por el desarrollo de la competencia en los mercados.

En un escenario competitivo, los agentes económicos desarrollan actividades para obtener la preferencia de los consumidores. Así, estas empresas para ser más competitivas ofrecerán

¹⁷ Sobre el particular, el mercado relevante está relacionado con la definición del mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante sobre el cuál se calculará si el agente económico cuenta con posición de dominio o no. El mercado de producto relevante se define a partir del producto ofrecido a los consumidores sobre el cual se viene ejerciendo la conducta abusiva (y sus sustitutos); mientras que el mercado geográfico relevante se define por el área geográfica en donde se hallan las fuentes alternativas del producto relevante de acuerdo con los consumidores.

En: Figari, H., Gomez, H. y Zúñiga M. (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 1 (1), 153-187.

¹⁸ Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia que a la fecha del caso materia de análisis era la ley de libre competencia vigente.

precios más bajos, mejor calidad en sus productos y un buen servicio, lo que generará su crecimiento en el mercado. Como resultado, esta empresa podría terminar desplazando a sus competidores (incluso sacándolos del mercado), pero en base a la eficiencia económica y a la competencia generada. De esa forma, obtener la posición de dominio no afecta al proceso competitivo.

Sin embargo, cuando una empresa cuenta con posición de dominio y adopta comportamientos indebidos mediante los cuales busca desplazar a sus competidores con razones distintas a la eficiencia económica, dichas conductas serán dañinas para la competencia y terminarán generando efectos negativos en el mercado.

El Tribunal Supremo Español define el abuso de posición de dominio como una modalidad de abuso de derecho por la cual el agente dominante, basado en la privilegiada libertad económica que ostenta, se excede con la finalidad de obtener ventajas que no habría podido adquirir en un escenario competitivo, afectando al interés general que defiende una política de competencia (STS, 2003, fj. 12).

Para Dorronsoro, el abuso supone un desmedro temporal en el beneficio del agente dominante con la finalidad de obtener luego ganancias monopólicas, por lo que este tipo de conductas solo pueden realizarse por un agente económico que se encuentre en la condición de recuperar las ganancias sin que los competidores puedan reaccionar o evitarlo (Dorronsoro, 2008, como se citó en Bustos, 2015, p. 117-118).

Teniendo ello en cuenta, corresponde analizar en qué casos estaríamos ante el abuso de dicha posición dominante y cuáles serían las conductas que permitan determinar que se está cometiendo una infracción. Para ello, será necesario profundizar sobre lo establecido en los tipos de abuso de posición de dominio.

El Decreto Legislativo 701 señala en su artículo 3 lo siguiente:

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Este artículo permite observar que la norma referida establece la potestad de la agencia de competencia de sancionar las conductas de abuso de posición de dominio. En ese sentido, señala expresamente que se encuentra prohibido el abuso, y no el simple hecho de contar con posición de dominio o el ejercicio que pueda hacer el agente económico de dicha posición. En tal sentido, el ejercicio de la posición de dominio tal como es descrita en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 no es sancionable. Únicamente será sancionable la conducta que implique un comportamiento abusivo, es decir, un ejercicio abusivo de dicha posición de dominio, más no el ejercicio regular.

En conclusión, la normativa peruana de libre competencia reconoce el abuso de posición de dominio como una infracción en materia de libre competencia. Asimismo, se desprende que el solo ejercicio de la posición de dominio no comprende una conducta infractora.

b) Supuestos específicos del abuso de posición de dominio

Si bien el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 establece al abuso de posición de dominio como una conducta sancionable, sería preciso analizar las conductas específicas que podrían ser calificadas como abuso. De esa manera podremos corroborar a qué tipos de conductas está dirigida la prohibición.

Sobre el particular, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 desarrolla cuales serían las conductas que podrían representar un abuso de posición de dominio o que terminan por afectar al proceso competitivo, señalando:

Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior [artículo 4 que define cuándo un agente tiene posición de dominio], actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios;
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- f) Otros casos de efecto equivalente

Como podemos observar, el artículo inicia señalando específicamente cuando estamos ante un supuesto de abuso de posición de dominio, indicando que se trataría de la situación en la que un agente que cuente con posición de dominio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 actúa o se comporta de manera indebida. En ningún momento se indica que el abuso es cualquier actividad o comportamiento del agente con posición de dominio, sino únicamente, aquellos comportamientos indebidos. Es más, no solo el hecho de tener un comportamiento negativo será el sancionado, sino que se requerirá que dicho comportamiento indebido procure beneficios al agente con posición de dominio y genere perjuicios a otros.

Ello corrobora lo señalado en el punto anterior, en el sentido que el mero ejercicio de la posición de dominio no genera una conducta anticompetitiva.

Adicionalmente, la norma establece casos específicos que comprenderían conductas de abuso. Con la finalidad de entender dichos supuestos y su dinámica, corresponde analizarlos a detalle, teniendo en cuenta los efectos que generan en la competencia.

Previo a dicho análisis, es preciso indicar que el artículo 62 de la Constitución establece el derecho a la libertad de contratación. Sobre el particular, nuestra Carta Magna recoge que todo sujeto, ya sea una persona natural o jurídica, es libre de contratar con quien prefiera, quedando a su voluntad la libertad de contratar y las condiciones que las partes establezcan, siempre que estas se encuentren en el marco de la ley:

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Sin embargo, desde la perspectiva de la libre competencia, existen casos en los que un agente con posición de dominio que ejerza dicha libertad de contratar podría generar efectos anticompetitivos en el mercado. En ese sentido, la norma establece determinados supuestos en los que, de presentarse dicha situación, podríamos estar frente a una conducta de abuso de posición de dominio. Al respecto, Quintana considera que, si la libertad de contratar es ejercida por agentes económicos dominantes, debe estar condicionada a los límites de la legislación de libre competencia, reconociendo a su vez que dicho ejercicio será válido siempre que cumplan el marco normativo, más aún respecto de normas de orden público (Quintana, 2002, p. 381).

De lo señalado se puede concluir que, si bien la Constitución reconoce la libertad de contratación, las normas de libre competencia establecen restricciones a dicha libertad, específicamente a los agentes económicos que cuentan con posición de dominio. A continuación, analizaremos los supuestos planteados por la norma.

i. Negativa injustificada de trato

El supuesto planteado por la norma establece que la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios podrían constituir una conducta de abuso de posición de dominio.

Como señalamos, los agentes económicos tienen libertad de contratar, sin embargo, puede haber casos en los que un agente con posición de dominio que implemente alguna negativa injustificada de trato en el mercado, podría generar efectos negativos en este y afectar al proceso competitivo.

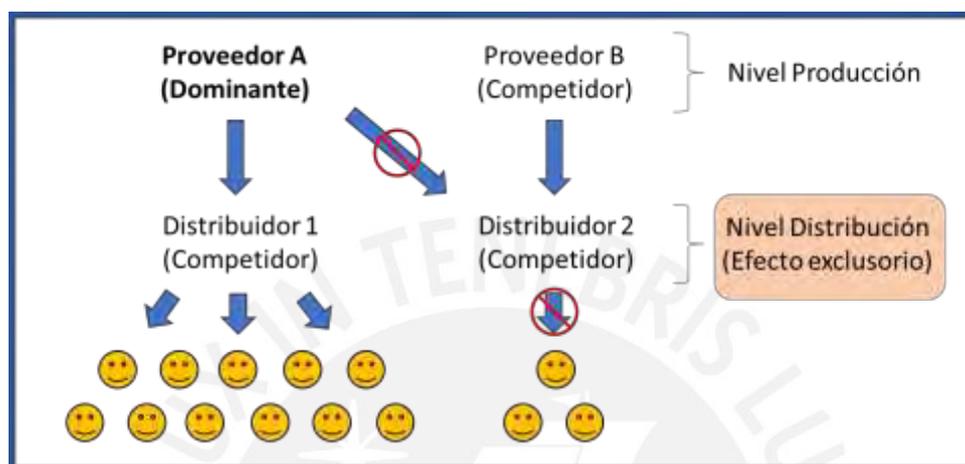
Es preciso resaltar la importancia de que dicha negativa sea injustificada en tanto existirán casos en que un agente con posición de dominio podría negarse de manera justificada a contratar. Esta justificación podría estar vinculada con la capacidad de producción, las obligaciones asumidas, entre otros.

Ahora bien, pasaremos a ver algunos casos en los que se podría presentar una negativa injustificada de trato por parte de un agente económico con posición de dominio, para luego revisar los efectos generados por dichos comportamientos:

- Caso 1: El Proveedor A (dominante) decide dejar de venderle productos al Distribuidor 2 porque este también compra materia prima del Proveedor B (competidor del Proveedor A). Producto de ello, en el nivel distribución se generaría un efecto

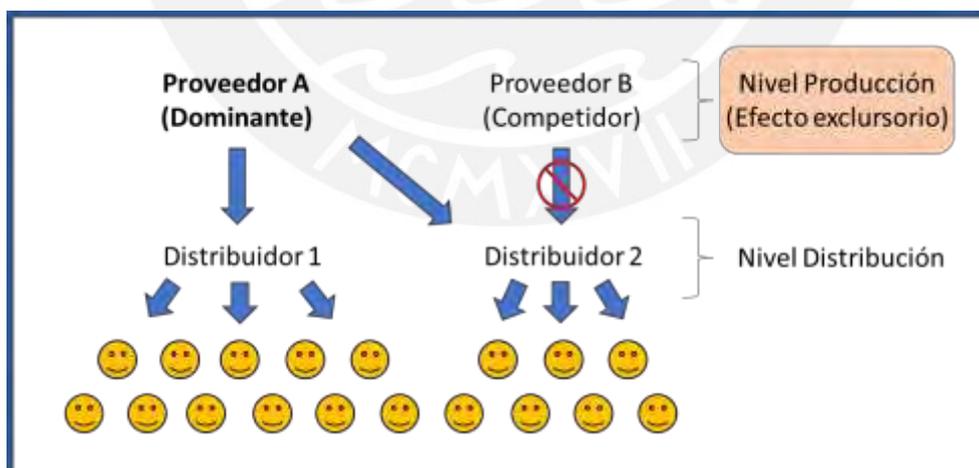
exclusorio del Distribuidor 2 en tanto no podrá proveerse del dominante. Asimismo, se generaría un efecto exclusivo en el Proveedor B, puesto que la medida de presión del dominante (no venderle a quien se provea de B), generaría que ningún distribuidor opte por comprarle a B.

Figura 1
Agente dominante se niega a vender a un distribuidor
(efectos en el nivel de distribución)



Fuente: Elaboración propia en base al Informe Técnico

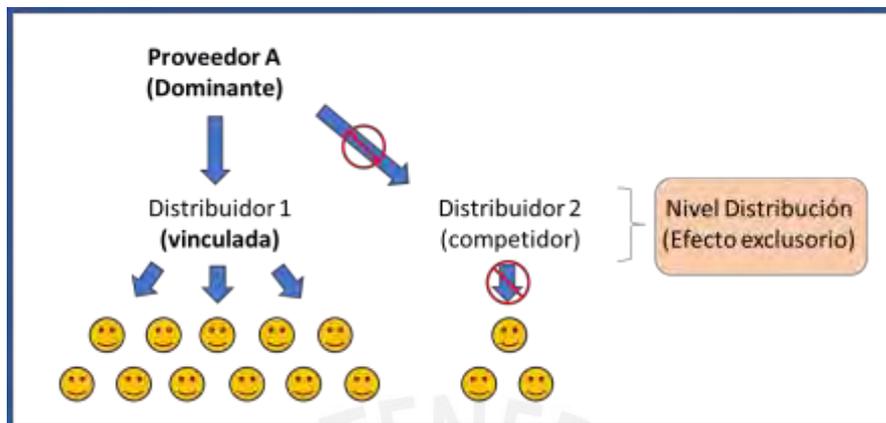
Figura 2
Agente dominante fuerza a que el Distribuidor
deje de comprarle a un Proveedor Competidor
(efectos en el nivel producción)



Fuente: Elaboración propia en base al Informe Técnico

- Caso 2: El Proveedor A (dominante) tiene una empresa vinculada (Distribuidor 1) en el mercado aguas abajo. Así, el Proveedor A decide negarse injustificadamente a proveer al Distribuidor 2 (competidor de su vinculada). Con ello, se generaría un efecto exclusivo en el nivel de distribución, al impedir que el Distribuidor 2 pueda seguir compitiendo.

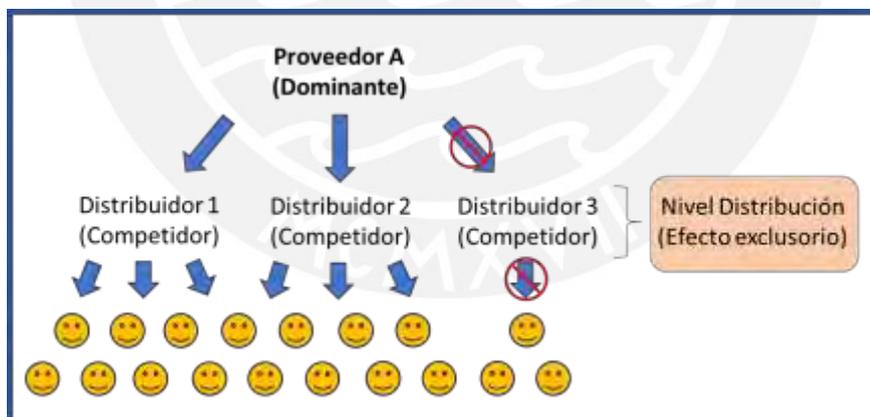
Figura 3
Agente dominante decide no vender al Distribuidor competidor de su vinculada



Fuente: Elaboración propia en base al Informe Técnico

- Caso 3: El Proveedor A (dominante) se niega injustificadamente a contratar con cualquiera de los distribuidores que decida, de manera unilateral. Ello generaría un efecto excluyente sobre aquel distribuidor con quien el dominante decida voluntariamente no contratar, sin tener justificación alguna para ello. Esto se conoce como negativa arbitraria

Figura 4
Agente dominante decide arbitrariamente no venderle a algún distribuidor



Fuente: Elaboración propia en base al Informe Técnico

Como se puede apreciar, las posibilidades en las que se presenta una conducta de negativa injustificada, en sus distintas variantes presentan efectos excluyentes sobre algún competidor en el mercado, afectando el proceso competitivo. Es necesario resaltar que dichos efectos excluyentes se materializan por razones distintas a la eficiencia económica, es decir, el agente económico no sale del mercado en función a la preferencia de los consumidores y su mal desempeño, sino que su salida se origina por la decisión del Dominante quien adopta un comportamiento indebido con el cual afecta a la competencia.

En ese sentido, se afecta al proceso competitivo y por ende es materia de sanción por parte de la agencia de competencia. Asimismo, este tipo de conductas podrían impedir el acceso al

mercado de alguno de los competidores, suponiendo que en el Caso 3, el agente a quien se decide no venderle sea un competidor que quiere ingresar al mercado (competidor potencial). Por ello, también estaría generando efectos exclusorios y afectando el proceso competitivo, conducta perseguible por la agencia de competencia.

De lo expuesto podemos concluir que la conducta de abuso de posición de dominio manifestada en una negativa injustificada genera efectos exclusorios. Estos se dan como consecuencia directa de la conducta mediante la cual el agente dominante busca evitar competir y deshacerse de su competidor, perjudicándolo al negarse injustificadamente a contratar con él, por lo cual hace poco rentable la permanencia del competidor en el mercado y fuerza su salida. Por ello, su persecución por parte de la agencia de competencia es válida en tanto se afecta al proceso competitivo.

ii. Condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

El supuesto planteado por la norma señala que la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en las relaciones comerciales, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros podría constituir una conducta de abuso de posición de dominio.

Como señalamos antes, si bien se reconoce la posibilidad de que los agentes económicos puedan decidir libremente como contratar, también debemos tener en cuenta que las prestaciones equivalentes o similares deberían tener condiciones similares, debido a la correspondencia entre ambas obligaciones. En ese sentido, las prestaciones brindadas a los distintos competidores deberían guardar similares condiciones, en respeto de la igualdad de trato que debería existir para todos los agentes económicos.

Cuando el agente económico dominante establece condiciones desiguales a un competidor, aun tratándose de prestaciones equivalentes, terminará por afectar a aquel o aquellos agentes económicos que contraten bajo las condiciones menos favorables, limitando su posibilidad de competir e incluso excluyéndolos del mercado por razones distintas a la eficiencia económica.

Cuando un agente con posición de dominio en el mercado decide hacer esta diferenciación con determinados competidores con quienes contrata, otorga una ventaja en aquel o aquellos agentes económicos que tienen condiciones más beneficiosas sin que esto se justifique en la eficiencia económica, sino más bien por la decisión estratégica del agente dominante. Es decir, este tipo de conductas generan efectos exclusorios y un grave perjuicio a la competencia.

Es necesario recordar que la norma exceptúa de este supuesto a las conductas que traten sobre descuentos y bonificaciones que representen prácticas comerciales generalmente aceptadas, las cuales se concedan por circunstancias compensatorias. Ello precisa que no cualquier contrato con condiciones desiguales configura el abuso de posición de dominio, sino solo aquellas que no constituyan prácticas comerciales aceptadas, como el pago anticipado, descuento por monto, volumen u otras.

De acuerdo con la teoría económica, existen diversas formas en las que puede manifestarse el trato diferenciado a los agentes económicos¹⁹. Cabe señalar que esta diferenciación permite

¹⁹ En particular, sobre la discriminación de precios, podemos identificar tres tipos de discriminación:

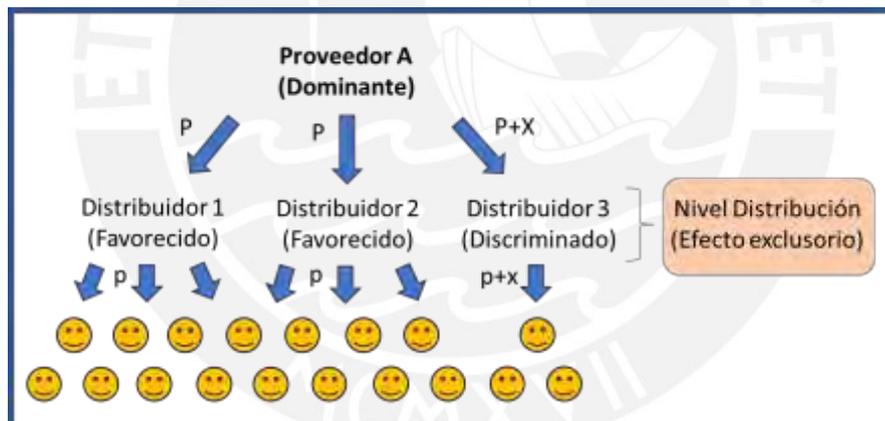
identificar cuáles serían las posibilidades en las que un agente puede llevar a cabo este trato diferenciado, el cual afectaría el proceso competitivo.

Al respecto, la normativa estadounidense establece que las conductas de abuso de posición de dominio manifestadas en trato diferenciado serán sancionadas en la medida que, entre otros, afecten sustancialmente la competencia (Garret, 1995, p. 14). Por su parte, la normativa europea señala que serán sancionables las conductas de discriminación de precio cuando estas ocasionen una desventaja competitiva a los agentes económicos que las padecen.

Ello nos permite identificar que las conductas de discriminación de precios sancionables por las normativas de libre competencia son aquellas que generan un perjuicio en el proceso competitivo, poniendo en desventaja a alguno de los competidores o excluyendo a determinado agente económico.

En ese sentido, el nivel de exclusión que se puede experimentar en una discriminación de precios es que el agente con las peores condiciones de la negociación termine en desventaja ante sus competidores por la decisión del dominante de plantear dichas condiciones. Por ello, la conducta terminaría siendo indebida.

Figura 5
Dominante vende a un precio mayor a uno de los Distribuidores sin justificación alguna



Fuente: Elaboración propia en base al Informe Técnico

Es claro el nivel de exclusión que padecería un competidor en tanto el principal proveedor del mercado, quien cuenta con posición de dominio decida establecer condiciones diferentes a las

Discriminación perfecta o de primer grado: el agente económico cuenta con información perfecta sobre el comprador y conoce cuánto es el valor de reserva del cliente.

Discriminación de segundo grado: el agente no cuenta con información perfecta, por lo que induce a que el cliente autoseleccione el precio a pagar. En ese sentido ofrece distintos precios para distintas combinaciones (precio-calidad o precio-cantidad) donde los precios están en función a la combinación demandada.

Discriminación de tercer grado: el productor identifica segmentos de mercado con diferentes elasticidades a partir de ciertas características de sus clientes (edad, país, ocupación, sexo, etc.), fijando precios diferenciados para cada uno de estos segmentos.

En: Viscusi, W., Vernon, J. y Harrington, J. *Economics of Antitrust and Regulation*. (1998) Segunda edición, Massachusetts, p. 290-291.

fijadas en el común de sus negociaciones, generando una desventaja competitiva frente a las otras empresas, lo que devendría en una posible salida del mercado.

Debido a ello, podemos concluir que el establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en las relaciones comerciales entre competidores y que no se encuentren dentro de las exceptuadas por la norma, provocan efectos exclusorios en la competencia, al dejar en desventaja a los competidores afectados por la decisión del agente dominante y no por razones de eficiencia económica. Así, dicha desventaja hace poco rentable la permanencia del competidor en el mercado, forzando su salida.

iii. Ventas atadas

El supuesto de la norma señala que la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, que no guarden relación con el objeto de dichos contratos, podría constituir una conducta de abuso de posición de dominio. Este tipo de conductas son conocidas como ventas atadas y establecen una dinámica de adhesión a otro producto o servicio que no era solicitado inicialmente.

Para analizar las ventas atadas, debemos explicar los tipos que existen. Al respecto, la ICN identifica dos formas reconocidas por la doctrina y jurisprudencia en las que estas se llevarían a cabo: el *tying* y el *bundling*.

El *tying* (o atamiento) se define como la conducta mediante la cual para comprar el producto A, es necesario que se compre el producto B, aun cuando este producto B si pudiera obtenerse de forma independiente (International Competition Network, 2015, p. 5).

Por su parte el *bundling* (empaquetamiento) refiere a la conducta mediante la cual la empresa vende en forma empaquetada un producto A con 2 o más productos empaquetados. Existen a su vez dos clases de empaquetamiento: el *pure bundling* y el *mixed bundling*.

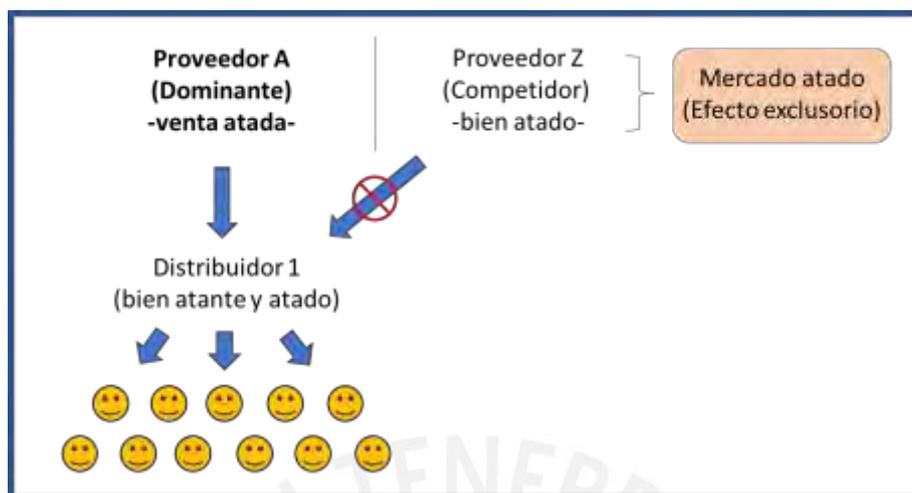
El *pure bundling* se da cuando un producto A se encuentra empaquetado a un producto B, siendo que ninguno de los dos productos puede ser adquirido de manera independiente. Así, el consumidor de cualquiera de los dos, necesariamente, deberá llevar el otro, aun cuando no lo necesite o no precise de él (International Competition Network, 2015, p. 7).

Por su parte, el *mixed bundling* o empaquetamiento mixto comprende aquellas conductas en las que el producto A y el producto B pueden ser comprados individualmente pero cuando son ofrecidos de manera empaquetada presentan un descuento, siendo más conveniente comprarlos juntos que por separado (International Competition Network, 2015, p. 6).

Ahora bien, para analizar cómo estas conductas podrían afectar la libre competencia, debemos analizar cómo es que podría un agente con posición de dominio implementar este comportamiento.

En ese sentido, un agente con posición de dominio que establezca ventas atadas podría trasladar su posición de dominio a otro mercado en el que no cuenta con dicha posición. Así, aprovechando dicha ventaja, afectará la competencia al desplazar a los agentes que intervienen en este segundo mercado, generándoles perjuicios mediante dicha conducta indebida, mientras que se aprovecha de su posición. A manera de ejemplo, podemos ver el siguiente cuadro:

Figura 6
Dominante establece ventas atadas



Fuente: Elaboración propia en base al Informe Técnico

Sobre el particular, la ICN ha señalado que la exclusión anticompetitiva es la principal preocupación de las ventas atadas, en la medida que este tipo de conductas sean implementadas para eliminar o impedir que competidores reales o potenciales ingresen al mercado. Dicha exclusión podría generar que las fuentes alternativas de suministro o distribución no estén disponibles, se vuelvan más caras o menos efectivas (International Competition Network, 2015, p. 20).

En conclusión, las conductas de ventas atadas son sumamente perjudiciales para la competencia, en tanto generan efectos excluyentes en los competidores y eliminan las fuentes alternativas de suministro. En tanto el competidor no encuentra alguna fuente de suministro, no puede continuar compitiendo en el mercado, por lo que se ve forzado a salir por la conducta unilateral del agente dominante.

iv. Conductas de efecto equivalente

El literal d) establece que también podrán ser conductas de abuso de posición de dominio, aquellos comportamientos con efecto equivalente.

Es preciso señalar que la palabra “equivalente” viene del latín *aequus* que significa “igual” y *valere* que significa “valer”. Asimismo, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, equivalente refiere “de similar valor o efecto”. En ese sentido, podríamos concluir que, al referirnos a otras conductas de efecto equivalente, deberíamos remitirnos a aquellas que tengan similares efectos a los antes señalados.

Como indicamos anteriormente, las conductas tipificadas en el Decreto Legislativo 701 son específicamente las conductas indebidas que realiza un agente con posición de dominio, con la finalidad de obtener beneficios para sí mismo y causar perjuicios a terceros.

Ahora bien, analizando cada uno de los literales anteriores, y en línea con el objetivo de la normativa de libre competencia, las conductas tipificadas descritas serían aquellas que buscan afectar el proceso competitivo, generando efectos excluyentes o impidiendo el ingreso de competidores en el mercado.

En vista de ello, podemos concluir que el literal d) busca recoger aquellas conductas indebidas realizadas por agentes que cuentan con posición de dominio que no se encuentren tipificadas en los literales A, B y C, y que generen los mismos efectos exclusorios que persiguen estas en el proceso competitivo, dejando abierta la posibilidad de sancionar dichas conductas cuando cumplan con lo antes señalado.

c) El abuso de posición de dominio en el Decreto Legislativo 1034

De lo expuesto, es clara la idea que las únicas conductas sancionables por la normativa de competencia (en este caso, el Decreto Legislativo 701) eran las conductas exclusorias. Sin perjuicio de ello, es cierto que en su momento la Sala en su Resolución 0225-2004/INDECOPI-TDC interpretó de manera distinta la norma, señalando que esta otorgaba facultades a la agencia de competencia para perseguir conductas explotativas como la determinación de precios excesivos²⁰.

Justamente, en atención a dicha controversia, con la finalidad de no dar pie a ningún tipo de duda sobre las disposiciones de las leyes de defensa de la competencia y zanjar esta discrepancia forzada por las decisiones emitidas por la Sala, es que posteriormente se aprueba el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Esta ley resuelve la discrepancia comentada de manera clara y específica. Dicha norma, en su artículo 1 establece su finalidad, indicando que “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.

Ahora bien, en su artículo 10 se detalla la conducta de abuso de posición de dominio. Al respecto, la norma señala expresamente:

Artículo 10.- El abuso de posición de dominio

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

Como se puede observar, el artículo es muy parecido al señalado en el artículo 701, sin embargo, deja claro que el perjuicio debe ser hacia competidores reales o potenciales, por lo que únicamente podrán ser sancionadas aquellas conductas que afecten a competidores, mas no a consumidores.

Ello permite acabar con la controversia sobre la posibilidad de que la normativa de libre competencia sancione conductas explotativas, recalcando que únicamente será aplicable cuando se trate de conductas exclusorias, ello en línea con la constitución, el régimen económico aplicable y las demás normas vinculadas.

²⁰ Resolución expedida en el procedimiento administrativo sancionador seguido por el señor Javier Diez Canseco Cisneros y la Central Unitaria de Trabajadores del Perú contra la Asociación de AFP, AFP Integra, Profuturo AFP, AFP Nueva Vida y AFP Horizonte bajo el Expediente 001-2003/CLC.

Cabe señalar que el hecho que nos refiramos al Decreto Legislativo 1034 como aquella norma que terminó con la controversia, no quiere decir que anteriormente se podían sancionar conductas explotativas. Por el contrario, las disposiciones generales contenidas en el Decreto Legislativo 701 determinaban la sanción a conductas de abuso de posición de dominio con efecto exclusorio, sin embargo, una interpretación aislada dio pie a considerar que también se sancionarían conductas explotativas. Dado que este análisis aislado fue acogido por la Sala, este originó una discusión para determinar si se podían sancionar conductas con efecto explotativo, pero en ningún momento hubo certeza que así fuera.

Esto último no tenía mayor asidero, más aún teniendo en cuenta los objetivos de la norma y la compatibilidad con el régimen económico peruano se alineaban a la necesidad de un efecto exclusorio en estas conductas.

Así, todos estos aspectos fueron evaluados en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, permitiendo corroborar que la norma de libre competencia no sanciona conductas con efectos explotativos, sino únicamente conductas con efectos exclusorios.

En particular, la Exposición de Motivos de dicho Decreto Legislativo reconoce la controversia generada por esta Resolución, señalando que:

[...] el caso iniciado por central unitaria de trabajadores del Perú y el señor Javier Diez-Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP (2004) puso en evidencia un aspecto controvertido de la norma: la eventual posibilidad de combatir las prácticas explotativas, específicamente los llamados precios abusivos.

[...]

El tribunal interpretó los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 y estableció que el INDECOPI se encontraba facultado para sancionar por el establecimiento de dichos precios. No obstante ello, y aplicando el mismo cuerpo normativo, tres años después la Comisión resolvió exactamente en sentido opuesto, en el caso iniciado por la denuncia de la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. (2007), señalando que del DL 701 no era posible desprender tal facultad ya que resultaba contraria a lo establecido a nivel constitucional, al propio objetivo de dicha norma y a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 757. Lo anterior evidencia la necesidad de clarificar la norma en el sentido de que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido.

Por ello, la propia Exposición de Motivos establece que representa una mejora respecto del Decreto Legislativo 701, al precisarse la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio, puntualizando que son aquellas que afectan el proceso competitivo restringiendo la competencia, de ahí que los agentes perjudicados son competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Por ende, toda conducta de abuso de posición de dominio, de acuerdo con lo establecido en el decreto legislativo, tendrá un efecto exclusorio.

Ello permite corroborar que la conducta típica analizada siempre tuvo como finalidad la de reprimir las conductas de abuso de posición de dominio que afecten al proceso competitivo, es decir, que tenga efectos en los competidores, tal como lo señalaron los tipos comprendidos en

los literales. En ese sentido, no constituían conductas de abuso de posición de dominio aquellas tuviesen como efecto apropiarse del excedente del consumidor, por tratarse de conductas con efectos explotativos.

Conclusiones

- El régimen económico peruano es una economía social de mercado, la cual tiene base en la libre iniciativa privada y la libertad de contratar, dejando al Estado un rol subsidiario. Mediante este mecanismo, los precios de los bienes y servicios se forman por la libre interacción de la oferta y la demanda, por la dinámica natural del mercado, lo que permitirá una asignación eficiente de los recursos. Como corolario de dicha dinámica, los precios no pueden ser fijados administrativamente por el Estado –ni directa ni indirectamente– puesto que ello implicaría una intervención innecesaria en el desarrollo de la economía.
- Asimismo, el bien jurídico de la normativa de libre competencia está centrado en defender el proceso competitivo, bajo el criterio de permitir la libre iniciativa privada y promover la eficiencia económica. Ello favorecerá la competencia entre los agentes por obtener la preferencia de los consumidores e impulsará la eficiencia económica en sus distintas variantes (productiva, innovativa y asignativa). Este conjunto de medidas termina por beneficiar a la sociedad en conjunto y a los consumidores, quienes tendrán mayores opciones sobre las que elegir, productos de mayor calidad y precios más bajos.
- Debido a ello, la política de libre competencia velará por la eficiencia en los mercados y por la competencia entre empresas, lo que corresponde a la interacción entre los distintos agentes económicos involucrados (fabricantes, proveedores y distribuidores). Por consiguiente, la política de competencia no abarca a las relaciones entre proveedores y consumidores, por no formar parte del proceso competitivo.

4.2. ¿La presunta conducta anticompetitiva debió ser analizada bajo el Decreto Legislativo 1034 en aplicación de la retroactividad benigna?

En el presente caso, la Sala realizó un análisis respecto del Decreto Legislativo 1034 en tanto consideró que -por aplicación de retroactividad benigna- esta norma resultaba aplicable al caso, al no considerar la conducta denunciada como un supuesto de abuso de posición de dominio.

En ese sentido, a efectos de analizar si efectivamente debió aplicarse el Decreto Legislativo 1034 en el análisis del presente caso, debemos revisar la aplicación de las normas en el tiempo y el principio de retroactividad benigna. Luego de ello, evaluaremos si resulta aplicable dicho principio, para finalmente identificar cuál de las dos normas de competencia resultaba más beneficiosa para el administrado.

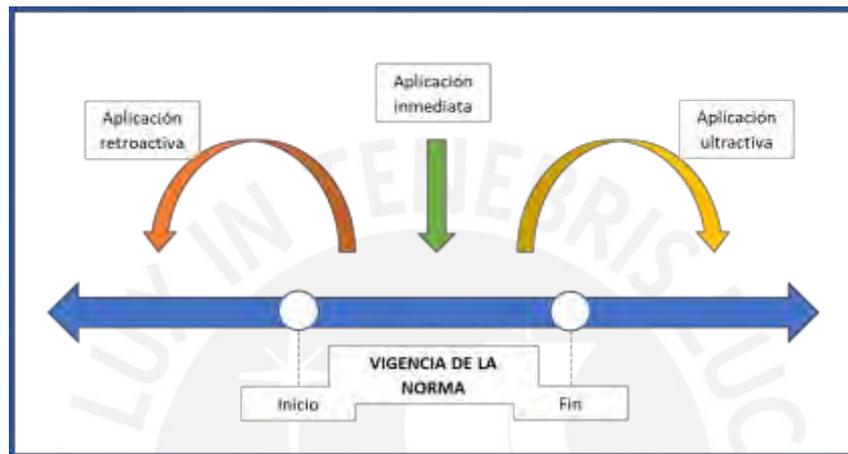
4.2.1. Análisis de la norma en el tiempo

Las normas son mandatos, los cuales establecen que, a determinado supuesto debe seguirle, lógico jurídicamente, una determinada consecuencia, y se encuentran respaldados por la fuerza del Estado ante su eventual incumplimiento (Rubio, 2011, p. 76). Dichas normas forman parte del sistema jurídico y son aplicables en el ámbito espacial (dentro del territorio del Estado) y

temporal (a partir de su entrada en vigor²¹). Estos principios podrían resultar exceptuados, entre otros, en los casos en que la propia norma jurídica así lo señale de manera expresa (Rubio, 2011, p. 296).

Sobre la aplicación temporal, resulta oportuno señalar que las normas pueden ser aplicadas de tres formas: inmediata, retroactiva y ultractiva. A manera de ejemplo podemos ver la siguiente figura:

Figura 7
Aplicación de la norma en el tiempo



Fuente: Elaboración propia

Una norma jurídica tiene aplicación inmediata cuando recae en una situación jurídica durante su vigencia. En ese sentido, todos los supuestos que ocurriesen desde su entrada en vigor resultarían de aplicación inmediata.

Sin perjuicio de ello, la norma vigente también podría resultar aplicable a hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la norma y luego de que esta norma deje de estar vigente. Así, hablamos de aplicación retroactiva de la norma cuando esta resulta aplicable a situaciones ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. Por su parte, estaremos ante una aplicación ultractiva de la norma cuando esta resulta aplicable a hechos que ocurren luego de que la norma haya sido derogada.

La aplicación de la norma en el tiempo trae consigo el análisis de la teoría de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos. La teoría de los derechos adquiridos hace referencia a aquellos derechos que en determinado momento ingresaron en nuestra esfera de dominio, conformándola y siendo imposible que nos la quiten (Areco, 1948, como se citó en Jiménez 2020, p. 359). Por otro lado, la teoría de los hechos cumplidos establece que la norma jurídica resultará aplicable a los hechos ocurridos durante su vigencia, lo que da a entender una aplicación inmediata de la norma. (Rubio, 2014, p. 28)²².

²¹ Cabe señalar que las disposiciones podrían indicar una fecha determinada para su entrada en vigor. En caso la disposición no precise esta fecha, se entenderá vigente desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial.

²² Al respecto, se debe diferenciar entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. A parecer de Rubio, las facultades son atribuciones determinadas para actuar conforme a derecho, mientras que las expectativas son previsiones a futuro no protegidas jurídicamente. Tanto las facultades como las expectativas no son derechos, por lo que no pueden incorporarse a mi esfera, siendo imposible alegarlo como derechos adquiridos.

Sobre este último, Alzamora indica que la teoría de los hechos cumplidos supone que aquellas situaciones suscitadas mientras la antigua ley se encontraba vigente son regidos por esta, siendo que las nuevas normas regirán sobre aquellos actos acaecidos después de su promulgación (Alzamora, 1980, p. 152).

Con ello, podemos establecer que la aplicación inmediata de las normas jurídicas está vinculada a la teoría de los hechos cumplidos, en tanto resultan aplicables las normas que se encuentren vigentes durante la realización del hecho.

En nuestro sistema jurídico, la Constitución aborda los aspectos sobre la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, detallando las reglas para determinar la norma aplicable, tal como se puede apreciar en su artículo 103, el cual señala:

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. **La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos;** salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

[Énfasis agregado]

El artículo citado da cuenta de que en el Perú rige la aplicación inmediata de las normas jurídicas, es decir, desde que estas entran en vigor. En ese sentido, las leyes vigentes deberán ser aplicadas de manera instantánea a los hechos acontecidos, lo que corrobora el acogimiento de la teoría de los hechos cumplidos como regla en nuestro sistema jurídico.

Sin perjuicio de ello, el artículo citado también incluye una excepción a esta regla, al señalar que la norma jurídica tendrá aplicación retroactiva en materia penal siempre que esta favorezca al reo. Dicha forma de aplicación de la norma es conocida como retroactividad penal benigna.

La retroactividad benigna, mandato excepcional de aplicación temporal de la norma, se encuentra recogida en la legislación penal peruana, reconociendo al infractor el beneficio de aplicarle la norma más favorable. En particular, los artículos 6 y 7 del Código Penal abordan tanto la regla de aplicación como la excepción mencionada, indicando:

Artículo 6.- La Ley Penal **aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible.** No obstante, se **aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.**

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

Artículo 7.- Si según **la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible,** la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

[Énfasis agregado]

El texto extraído reconoce lo señalado por la Constitución, indicando que la norma aplicable a los hechos punibles es la vigente al momento de su realización. A su vez, reconoce la excepción para aplicar la norma más favorable al reo, cuando exista un conflicto de leyes en el tiempo permitiendo la aplicación retroactiva o ultractiva. Por su parte, el artículo 7 detalla un aspecto adicional sobre la retroactividad benigna precisando que puede aplicarse en caso el hecho sancionado por la norma anterior deje de ser punible, abarcando incluso la sanción dictada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de reconocer la aplicación inmediata de las normas y la retroactividad benigna como excepción, al señalar en su sentencia recaída en el Expediente 02744-2010-PHC/TC, lo siguiente:

[...] en nuestro ordenamiento jurídico rige, en principio, la aplicación inmediata de las normas. En el derecho penal sustantivo la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión [...] Asimismo, **la aplicación inmediata de las normas tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al procesado.** Este principio constitucional cuenta con desarrollo expreso de nuestra legislación penal, estableciéndose en su artículo 6 [...] (Tribunal Constitucional, 2010, fj. 3).

[Énfasis agregado]

De lo citado, se desprende que la normativa peruana recoge la aplicación inmediata, adoptando la teoría de los hechos cumplidos, pero recalando la existencia de una excepción en el caso de aplicación retroactiva de la ley penal cuando aquella es más favorable para el inculpado.

Ahora bien, con respecto al Derecho Administrativo Sancionador, se debe tener en cuenta que el legislador ha considerado constitucionalmente factible la extensión de la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras en el ámbito administrativo en favor de los ciudadanos, a pesar de que dicha situación jurídica no se encuentra establecida en la Constitución (Morón, 2019, p. 431).

La aplicación de aspectos del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador va en línea con lo que el Tribunal Constitucional afirmó anteriormente sobre una serie de principios básicos aplicables al Derecho Sancionador, los cuales reconoce «no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador» (Tribunal Constitucional, 2003, fj. 8).

En tal sentido, el referido Tribunal ha manifestado que tanto la potestad de imponer sanciones penales como la de dictar sanciones administrativas, emanan del *ius puniendi* del Estado (Tribunal Constitucional, 2010, fj. 11). Debido a ello, la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador recoge distintos aspectos que son tomados del Derecho Penal, para que constituyan garantías de los administrados. Es así como podemos abordar la aplicación de la retroactividad benigna en el Derecho Administrativo Sancionador.

La retroactividad benigna administrativa ha sido recogida en la legislación de la materia. Teniendo en cuenta lo señalado, el artículo 230 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General desarrolla los principios de la potestad sancionadora, indicando:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables²³.

Ello permite identificar que la norma general aplicable para procedimientos administrativos sancionadores también recoge de manera expresa las disposiciones contenidas en la Constitución, reconociendo la aplicación inmediata de las normas jurídicas vigentes al momento de ocurrido el hecho, así como la excepción a la regla planteada como retroactividad benigna en tanto la norma posterior le sea más favorable al administrado.

4.2.2. La retroactividad benigna o favorable

En este apartado procederemos a revisar la figura de la retroactividad benigna, desarrollando el concepto de dicha excepción y analizando su aplicación al procedimiento administrativo sancionador de acuerdo con el marco legal peruano.

Como señalamos en la sección anterior, la retroactividad benigna es una excepción a la regla de aplicación inmediata de las normas jurídicas. Su implementación se da en atención a un conflicto de normas en el tiempo y la existencia de una de ellas que resulta más favorable al infractor. Así, el sustento de su observancia se encontraría fundamentado, entre otros, en la necesidad de eximir de sanción a aquellas infracciones que, de acuerdo con la norma posterior, ya no configuran delito. En particular, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre dicho principio en el caso de la normativa penal, recalcando el carácter excepcional que tiene:

El principio de retroactividad benigna, entonces, propugna **la aplicación de una norma penal posterior** a la comisión del hecho delictivo, a condición de que **dicha norma contenga disposiciones más favorables** al actor. Ello, sin duda alguna, constituye una **excepción al principio de irretroactividad** de la aplicación de la ley sustentada en razones político-criminales, en la medida en que el Estado **no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito** (o cuya pena ha sido disminuida) y, esencialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución). (Tribunal Constitucional, 2010, fj. 4).

[Énfasis agregado]

Lo señalado por el colegiado permite corroborar que el principio de retroactividad benigna es una excepción a la aplicación inmediata de la norma, en cuyo caso la nueva norma se estaría aplicando no solo a los hechos que ocurran durante su vigencia (aplicación inmediata), sino también para aquellos hechos anteriores respecto de los cuales la nueva norma favorece al

²³ Cabe señalar que la norma actual, contenida en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, mantiene el mismo enfoque.

infractor (aplicación retroactiva). Asimismo, justifica este hecho recalcando que no existe mayor interés en sancionar alguna conducta que ha dejado de constituir una infracción.

Como señalamos anteriormente, este principio del Derecho Penal también es aplicado en el Derecho Administrativo Sancionador, según lo indicado en la propia Ley del Procedimiento Administrativo General. La retroactividad benigna en el procedimiento administrativo sancionador es también conocida como retroactividad favorable, guardando la misma lógica que la aplicada en el ámbito penal. Al respecto, Baca considera que el principio de retroactividad favorable en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador implica que, al momento de sancionar una conducta infractora, en lugar de aplicar la norma vigente al momento de su comisión, se deberá aplicar la norma más favorable que haya existido entre dicho instante y el momento en que se impone el castigo, e incluso después, si la norma se modifica durante la ejecución de la sanción (2016, p. 28).

Ello corrobora lo señalado anteriormente respecto de la aplicación de este principio también en el ámbito del Derecho Administrativo. Por esta razón, se reconoce que podrían aplicarse normas de manera retroactiva a hechos o situaciones anteriores a su entrada en vigor, siempre que el nuevo dispositivo legal resulte más favorable para el administrado. A parecer de Morón, el referido principio permite concluir que, si posteriormente a la comisión del ilícito administrativo -bajo la vigencia de la norma preexistente- se produce una modificación legislativa, y la norma posterior resulta ser menos perjudicial para el administrado, se deberá aplicar esta última al supuesto infractor, al tratarse de la norma más favorable, pese a no haber regido durante la comisión de la infracción administrativa (Morón, 2019, p. 433).

Por su parte, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales analizan el principio de retroactividad benigna señalando que, incluso en caso de que la modificación normativa determine la “destipificación” de la conducta, deberá tomarse en cuenta la aplicación del nuevo criterio favorable para el administrado (Gómez & Sanz, 2010, p. 193).

Del mismo modo, García señala que la retroactividad benigna puede extenderse para casos en los que la nueva norma dispone como incriminaciones conductas que antes eran lícitas, y otros casos en los que se den preceptos más rigurosos (García, 1990, como se citó en Cassagne, 2002, p. 453). De la premisa planteada por este autor se desprende que, en caso la nueva norma elimine determinados supuestos pasibles de sanción o establezca preceptos más moderados, se aplicaría esta por ser más favorable.

De esta manera podemos concluir que, en atención a la retroactividad benigna, se aplicará la norma más favorable al infractor, lo que implica identificar cuál de los dispositivos legales es el que le reporta mayor beneficio. Sobre el particular, para la aplicación de dicha excepción -debidamente reconocida en la Constitución y en la norma general del procedimiento administrativo- deberán analizarse los distintos aspectos de la norma que permitan confirmar su situación favorable para el administrado. Una vez identificada en el caso concreto, se podrá decidir si aplica o no la retroactividad favorable.

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución en distintas sentencias ha señalado que el análisis de la norma más favorable debe realizarse desde una perspectiva integral del dispositivo jurídico. En particular, sobre la norma más favorable en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional indicó:

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una **comprensión institucional integral**, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación (Tribunal Constitucional, 2005, fj. 52).

[Énfasis agregado]

En materia de Derecho Administrativo, Rebollo Puig señala que, para analizar si una norma resulta más favorable que otra, se deben tomar en consideración todas las circunstancias vinculadas al caso investigado. En ese sentido, se podrán valorar elementos tales como la cuantía de la sanción a ser impuesta en abstracto en base a ambas normas, y la posible reducción que puedan plantear dichos dispositivos legales en cada caso (Rebollo & Vera, 2016, como se citó en Morón, 2019, p.434).

En la misma línea, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales identifican dos criterios que usualmente son utilizados para la evaluación de la norma más favorable: i) el análisis debe realizarse en concreto y no en abstracto, resultando necesario tener en cuenta la sanción aplicable por la nueva ley junto con las circunstancias que convergen en el caso, así como todas las previsiones legales en ambas normas; y, (ii) la comparación deberá realizarse considerando a cada una de las normas en bloque, no siendo factible tomar los aspectos más favorables de cada una de ellas para formar un nuevo texto legal (Gómez & Sanz, 2010, p. 185).

Por su parte, la Corte Suprema del Perú ha precisado algunos aspectos importantes sobre la implementación de la retroactividad favorable, manifestando que esta requiere una nueva interpretación del legislador. En ese sentido, en diversos pronunciamientos manifiesta que:

La aplicación de la retroactividad benigna en materia administrativa presupone la existencia de dos juicios [sic] disímiles por parte del legislador sobre un mismo supuesto de hecho conductual (un cambio de valoración sobre la conducta infractora): Uno anterior, más severo, y otro posterior, más tolerante. Por tanto, Los casos en los que la desaparición de la norma sancionadora no responda a una nueva valoración del legislador sobre la conducta infractora, sino a la imposibilidad de que ésta se vuelva a presentar en el futuro, no pueden verse beneficiados por la retroactividad benigna (Corte Suprema, 2014, considerando 12).

Lo señalado permite identificar que la evaluación a realizar para determinar si una norma es más favorable para el infractor debe hacerse desde un enfoque integral, analizándola en conjunto y determinando su beneficio en bloque, recogiendo la generalidad de sus aspectos. Con dicho desarrollo podremos determinar de manera acertada cuál de las normas resulta más favorable para el administrado.

Ahora bien, inicialmente podría presumirse que la aplicación de la retroactividad favorable tiene un límite establecido conforme a la etapa en la que se encuentra el procedimiento administrativo (por ejemplo, primera instancia, segunda instancia o en ejecución de sanción). Para ello es necesario conocer los límites (en caso existan) para emplear esta excepción.

A parecer de Morón, nuestro ordenamiento opta por permitir la aplicación de la retroactividad benigna de la norma más favorable en cualquier momento antes de que se ejecute íntegramente

la sanción. Ello daría cuenta de la posibilidad de utilizar la retroactividad favorable de la manera más amplia posible, no siendo un limitante la conclusión del procedimiento administrativo sancionador o el fin del proceso contencioso administrativo (Morón, 2019, p. 434)²⁴.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de España sigue la misma línea, optando por una aplicación amplia de la retroactividad benigna. En un pronunciamiento por recurso de apelación, indicó:

[...] el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras [...] obliga a aplicar retroactivamente las normas sancionadoras en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y **dicha aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativo o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora**, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda [sic] a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial (Audiencia Nacional Española, 2004, fj. 4).

En ese sentido, la aplicación de la retroactividad benigna podrá manifestarse de la manera más amplia posible, pudiendo recurrirse a ella en cualquier momento previo a la ejecución íntegra de la sanción impuesta. Solo cuando ello suceda, resultará imposible evaluar la aplicación de la retroactividad benigna al caso en particular²⁵.

Por lo expuesto, podemos concluir que la aplicación de la retroactividad benigna requiere la identificación de una norma más favorable, la cual debe ser analizada de manera integral. Asimismo, este beneficio puede ser aplicado en cualquier momento del procedimiento siempre que no se haya ejecutado la totalidad de la sanción.

4.2.3. Análisis de la aplicación retroactiva de la norma en el caso concreto

Teniendo en cuenta los principales aspectos de la aplicación de las normas en el tiempo y del principio de retroactividad benigna, así como los criterios relevantes para la determinación de la norma más favorable; es oportuno analizar el caso en concreto para concluir si correspondía aplicar la mencionada excepción, beneficiando así al presunto infractor de la normativa de libre competencia.

En el caso de estudio, se denunció la existencia de una presunta conducta anticompetitiva, en particular, una conducta de abuso de posición de dominio materializada en la determinación de precios excesivos y discriminación de precios. En opinión de la denunciante, la conducta habría

²⁴ Al respecto, es preciso señalar que, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General vigente (Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS) en aplicación del principio de retroactividad benigna, la norma más favorable puede resultar aplicable en cualquier momento anterior a la ejecución total de la sanción. En consecuencia, podría ser aplicable después de la conclusión del procedimiento administrativo sancionador e incluso luego de culminado el proceso contencioso administrativo.

²⁵ Ello hace sentido en tanto, ejecutada la totalidad de la sanción, el infractor no podría optar por beneficio alguno, desvirtuando la aplicación de una normativa más favorable.

tenido lugar a inicios del año 2005, con el incremento de los pasajes cobrados para los usuarios en el servicio de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu²⁶.

Teniendo en cuenta la aplicación inmediata de la norma jurídica, la ley vigente al momento de la realización del acto era el Decreto Legislativo 701²⁷, que dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, la cual resultaría aplicable para el caso concreto.

Una vez recibida la denuncia, esta fue admitida a trámite, iniciando un procedimiento administrativo sancionador seguido bajo el Expediente 003-2005/CLC. Posteriormente, la Comisión²⁸ emite una resolución concluyendo que no es competente para analizar y sancionar conductas de abuso de posición de dominio con efecto explotativo. Esta decisión fue apelada por la denunciante.

El 25 de julio de 2008, durante el trámite de la apelación del procedimiento bajo análisis y sin contar aún con una resolución de la segunda instancia, entró en vigencia el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (norma de libre competencia posterior). Dicha norma establecía en su segunda disposición complementaria derogatoria, la derogación expresa del Decreto Legislativo 701 (norma de libre competencia anterior), así como sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias.

En dicho contexto, tomando en consideración lo señalado durante esta sección, corresponde analizar si es que en este caso cabe aplicar la retroactividad benigna y, de ser el caso, identificar cuál de estas normas constituía la más favorable para el administrado de acuerdo con los criterios esgrimidos anteriormente.

En el caso en particular, la AATC denunció el incremento de precios en los pasajes para el transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu, servicio brindado por Consettur. Esta presenta conducta anticompetitiva fue implementada en enero de 2005 (cuando se encontraba vigente el Decreto Legislativo 701). Por su parte, la instrucción del procedimiento se dio mediante Resolución 025-2005-INDECOPI/CLC del 16 de mayo de 2005, en la cual se decidió iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra Consettur por una presunta conducta de abuso de posición de dominio.

De acuerdo con lo señalado, en base a la aplicación inmediata de las normas jurídicas, correspondería aplicar el Decreto Legislativo 701 al caso analizado, en tanto el hecho tuvo lugar durante la vigencia de dicha norma. Al respecto, la Comisión inició el procedimiento el cual tuvo desarrollo en primera instancia bajo el Decreto Legislativo 701.

Sin embargo, la modificación normativa dada a partir del Decreto Legislativo 1034 (julio de 2008), tuvo lugar mientras el procedimiento se encontraba en segunda instancia, generando una sucesión normativa respecto de la ley de libre competencia. En ese sentido, si bien el

²⁶ Como veremos más adelante, según la documentación que obra en el expediente, el incremento de precios que dio lugar a la denuncia fue implementado en enero de 2005.

²⁷ Norma publicada el 7 de noviembre de 1991, pero vigente desde 1993.

²⁸ Esta Comisión posteriormente pasaría a denominarse “Comisión de Defensa de la Libre Competencia” cuyo nombre mantiene en la actualidad.

Decreto Legislativo 701 resultaba aplicable para el presente caso, debemos tomar en cuenta el principio de retroactividad benigna para lo que será necesario analizar si el Decreto Legislativo 1034 configura una norma más favorable que el dispositivo legal anterior (Decreto Legislativo 701). De ser así, la norma posterior será aplicada al caso en lugar de la norma previa.

Por tanto, resulta necesario analizar la posible aplicación de la retroactividad benigna, toda vez que nos encontramos frente a una sucesión de normas en el tiempo en materia de libre competencia. Para ello, se deberá determinar si la nueva norma resulta más favorable para el administrado, a fin de poder aplicar esta norma a la conducta realizada con anterioridad.

Cabe recordar que el análisis sobre la norma debe realizarse de manera conjunta, incluyendo los distintos aspectos comprendidos en ella. Debido a ello, procederemos a presentar un cuadro comparativo con las modificaciones normativas más importantes, vinculadas con el objeto de la norma, la definición de las conductas anticompetitivas y la persecución estas -en particular, las de abuso de posición de dominio- y las sanciones aplicables por dichas infracciones.

a) Objetivo de la norma

El objetivo de la norma es la finalidad que esta tiene, estableciendo los principales aspectos que serán abordados por ella y las conductas que reprime. Este punto debe analizarse en función a determinar si el objetivo continúa enfocándose en una perspectiva general o si desarrolla algunas precisiones.

Cuadro 2
Comparativo sobre objeto o finalidad de la norma

Decreto Legislativo 701	Decreto Legislativo 1034
<p>Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.</p> <p>Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.</p>	<p>Artículo 1.- La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.</p>

Fuente: Elaboración propia

Como podemos apreciar, el Decreto Legislativo 701 desarrolla su finalidad refiriéndose a las conductas que serían restringidas para favorecer el desarrollo de la iniciativa privada otorgando beneficio a los consumidores. Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 tiene como objetivo promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores.

En esencia, ambas definiciones del objeto de la norma son bastante similares en la medida que buscan fomentar el desenvolvimiento de la competencia para que como consecuencia de ello se generen beneficios en los consumidores. Sin embargo, la inclusión del término “eficiencia

económica” en el Decreto Legislativo 1034, parte de reconocer que mediante la dinámica competitiva habrá ganadores y perdedores. Es decir, mediante la competencia en el mercado, algunas empresas ganarán la preferencia de los consumidores, mientras que otras no serán favorecidas, siendo excluidas del mercado por sus competidores. En ese caso, aun cuando se trate de la exclusión de un agente económico, no constituye una conducta anticompetitiva, puesto que corresponde a la dinámica natural del mercado: las empresas competirán y algunas quedarán fuera.

Precisamente, y en línea con lo desarrollado en la primera sección, es ese criterio el que debe utilizarse para determinar si la práctica es anticompetitiva o no. Una conducta que termine por excluir a un agente económico del mercado será anticompetitiva cuando dicha exclusión se dé por razones distintas a la eficiencia económica. De lo contrario, se considerará que la conducta no tiene efectos anticompetitivos, sino que corresponde a la dinámica competitiva natural del mercado.

Como señalamos en el apartado anterior, la eficiencia económica cumple un rol fundamental para el análisis de presuntas conductas anticompetitivas. Al respecto, la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034 aborda este concepto indicando su relación con la prohibición dictada en la norma:

[...] El Decreto Legislativo [Decreto Legislativo 1034] busca la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, en la medida que éstas dañan al proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores.

El texto citado refiere de manera expresa que la norma posterior está específicamente enfocada en sancionar conductas que afectan la dinámica competitiva, es decir, aquellas que dañan el proceso competitivo. Por tal razón, las conductas con efectos explotativos, las cuales terminan por afectar a los consumidores, no serán reprimidas por este dispositivo legal.

En ese sentido, la inclusión de este concepto de eficiencia económica permitió identificar de mejor manera cuando estamos frente a conductas anticompetitivas y qué tipo de comportamientos se encuentran prohibidos y serían sancionados por la Ley de libre competencia.

b) Posición de dominio

La norma también contempla la definición de la posición de dominio, para poder identificar en qué situación un agente económico podría contar con dicha condición, estableciendo las características principales de esta.

[Continúa en la página siguiente]

Cuadro 3 Comparativo sobre definición de posición de dominio

Decreto Legislativo 701	Decreto Legislativo 1034
<p>Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.</p>	<p>Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-</p> <p>7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) Una participación significativa en el mercado relevante. (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios. (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados. (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución. (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica. (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos. <p>7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.</p>

Fuente: Elaboración propia

Del comparativo citado se puede ver que el Decreto Legislativo 701 explica cuando un agente cuenta con posición de dominio y plantea algunos factores que contribuyen a ello. Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 detalla, de manera más precisa, cuándo se considera que un agente económico tiene posición de dominio, pero además vincula dicha condición a un mercado relevante específico²⁹ en el cual el agente ostentará tal estatus. Adicionalmente, se listan factores adicionales a los establecidos en la norma previa que favorecen la existencia de una posición dominante.

De esta forma, la regla establecida en el Decreto Legislativo 1034 es más precisa y detallada en comparación con el texto contenido en el Decreto Legislativo 701, permitiendo determinar con mayor exactitud si un agente cuenta con posición dominante y, a su vez, evitando la inclusión de otros supuestos que no resulten aplicables.

Asimismo, el Decreto Legislativo 1034 señala de manera expresa que la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita, corroborando así que los agentes económicos no serán sancionados por el solo hecho de ostentar dicha condición. Esta disposición tiene base en que la conducta constitutiva de infracción es aquella referida a un uso abusivo de la posición dominante, y no al simple hecho de ostentarla. Dicha precisión remarca

²⁹ Cabe señalar que la definición de mercado relevante se encuentra establecida en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1034.

una clara diferencia con el Decreto Legislativo 701 (norma anterior), el cual no era expreso en este aspecto³⁰.

Debido a ello, consideramos que las modificaciones establecidas en lo referido a la definición de posición de dominio resultan favorables para el administrado, en la medida que son mucho más precisas y detalladas, y que recalcan de manera expresa aspectos no previstos en la norma anterior, restringiendo más aun la posibilidad de recaer en dicho supuesto.

c) Abuso de posición de dominio

Otro aspecto desarrollado por la norma, y quizá el más importante, es la definición de la conducta de abuso de posición de dominio. Como vimos en el punto anterior, el hecho de contar con posición dominante no constituye una infracción; sino que esta se produce cuando el agente que ostenta dicha posición la usa de manera abusiva. En ese sentido, esta parte de la norma resulta de las más relevantes para identificar este tipo de conductas anticompetitivas.

Cuadro 4
Comparativo sobre definición de abuso de posición de dominio

Decreto Legislativo 701	Decreto Legislativo 1034
<p>Artículo 5.- Se entiende que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.</p> <p>Son casos de abuso de posición de dominio:</p> <p>a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.</p> <p>b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;</p> <p>c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;</p> <p>f) Otros casos de efecto equivalente.</p>	<p>Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-</p> <p>10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.</p> <p>10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:</p> <p>a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;</p> <p>b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;</p> <p>c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su</p>

³⁰ Al respecto, si bien el Decreto Legislativo 701 no establecía la sanción a un agente económico por el solo hecho de contar con posición de dominio, tampoco tenía una disposición expresa que establezca esa imposibilidad.

Decreto Legislativo 701	Decreto Legislativo 1034
	<p>naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;</p> <p>d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;</p> <p>e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;</p> <p>f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;</p> <p>g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,</p> <p>h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.</p> <p>10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.</p> <p>10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.</p> <p>10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.</p>

Fuente: Elaboración propia

Como podemos observar, el Decreto Legislativo 701 define al abuso de posición de dominio aludiendo al actuar de manera indebida de los agentes que ostenten posición de dominio. Adicionalmente, agregan algunos supuestos en los que se manifestaría una conducta de abuso de posición de dominio incluyendo un literal abierto para otras conductas.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 identifica dicho abuso como la forma en que el agente dominante restringe de manera indebida a la competencia en el mercado relevante, perjudicando a los competidores. Adicionalmente, señala de manera expresa que esta práctica se manifiesta en conductas de efecto exclusorio, agregando una serie de supuestos adicionales -en comparación con la norma anterior- en los que podría configurarse dicho abuso.

Del análisis de ambas, se desprenden diferencias importantes sobre una práctica anticompetitiva de abuso de posición de dominio. Al respecto, el Decreto Legislativo 701 no precisa lo que debe entenderse como actuar indebido, y la cantidad de supuestos planteados como posibles conductas son pocos. Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 establece que esta conducta se constituye cuando afecta a competidores (proceso competitivo) y se manifiesta en conductas de efecto exclusorio, ampliando también el número de supuestos específicos a considerar dentro de este tipo de prácticas.

Consideramos que el Decreto Legislativo 1034 enmarca de manera más clara y detallada la definición de una conducta de abuso de posición de dominio y los efectos que necesariamente

debe tener dicha conducta para constituir una infracción (efectos exclusorios), desarrollando una serie de supuestos específicos que clarifican el contenido de la norma.

Debido a ello, consideramos que el Decreto Legislativo 1034 tiene mayor nivel de precisión y detalle sobre la configuración de una conducta de abuso de posición de dominio, y a su vez soluciona las controversias generadas por una lectura distinta de la norma anterior respecto de la sanción a conductas con efecto explotativo. Esta precisión permite al administrado saber cuándo se encuentra ante una de estas conductas y qué actos podrían entenderse como tales. En ese sentido, lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034 en este aspecto resulta más favorable para el administrado.

d) Sanciones

Las normas bajo análisis establecen una serie de sanciones para las distintas conductas anticompetitivas que podrían configurarse en el mercado. En tal sentido, resulta esencial analizar estos aspectos para determinar cuál de estos dispositivos legales sería más favorable para el administrado.

Cuadro 5
Comparativo sobre sanciones

Decreto Legislativo 701	Decreto Legislativo 1034
<p>Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:</p> <p>a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.</p> <p>b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.</p> <p>En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.</p>	<p>Artículo 43.- El monto de las multas.-</p> <p>43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:</p> <p>a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;</p> <p>b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,</p> <p>c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.</p>

Fuente: Elaboración propia

Como podemos apreciar, tanto el Decreto Legislativo 701 como el Decreto Legislativo 1034 determinan como sanción la imposición de multas en caso la autoridad determine la responsabilidad de los agentes³¹. Asimismo, ambas normas establecen niveles de gravedad para las conductas anticompetitivas (leve, grave y muy grave).

La principal diferencia la encontramos en los topes establecidos para las multas, los cuales están definidos en Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y se calculan en base a las ventas o ingresos brutos (VIB)³². Por un lado, el Decreto Legislativo 701 establece que el valor de la multa tendrá un máximo de 1000 UIT o 10% de las VIB del infractor para el caso de las infracciones leves y graves, mientras que para las infracciones muy graves el tope se fija en un máximo de 10% de las VIB. Por otra parte, el Decreto Legislativo 1034 establece rangos para las multas: desde 500 UIT con un tope de 8% de las VIB del infractor o su grupo económico para las infracciones leves, de 1000 UIT al 10% de las VIB en el caso de infracciones graves, y más de 1000 UIT con un máximo de 12% de las VIB para las infracciones muy graves.

En atención a la modificación normativa, podemos apreciar que el tope se redujo para las infracciones leves (de 10% a 8% de las VIB), se mantuvo en el caso de infracciones graves (10% de las VIB) y se incrementó para las infracciones muy graves (de 10% a 12% de las VIB). Adicionalmente, al contemplar que el cálculo de los topes se realizará en función a los ingresos brutos del infractor o su grupo económico, podemos concluir que el Decreto Legislativo 1034 presenta sanciones más altas que el Decreto Legislativo 701. En ese sentido, la norma más favorable sobre este punto en específico sería el Decreto Legislativo 701.

Habiendo revisado cada uno de los puntos relevantes sobre la norma y la conducta analizada en específico, corresponde determinar si el Decreto Legislativo 1034 constituye la norma más beneficiosa para el administrado, en cuyo caso resultaría aplicable al hecho denunciado en virtud de la retroactividad benigna.

De la comparación realizada entre ambas normas, hemos podido observar que el Decreto Legislativo 1034 desarrolla de manera más clara y específica distintos aspectos, tales como el objetivo de la norma en base a la eficiencia económica y la definición de posición de dominio. Asimismo, resalta de manera expresa que una conducta de abuso de posición de dominio debe afectar al proceso competitivo y contar necesariamente con efecto exclusorio para ser pasible de sanción.

Lo anterior responde no solo a un ánimo de precisión normativa, sino también a las controversias generadas por una interpretación del Decreto Legislativo 701 (realizada por la Sala), la cual no se alineaba con los objetivos de una política de competencia. Así lo reconoce la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 al señalar:

[...] el Tribunal interpretó los artículos 3 y 5 del DL 701 y estableció que el INDECOPI se encontraba facultado para sancionar por el establecimiento de dichos precios [precios abusivos]. No obstante ello, y aplicando el mismo cuerpo normativo, tres años después la Comisión resolvió exactamente en sentido opuesto [...], señalando que el DL 701 no era posible desprender tal

³¹ Si bien ambas leyes también desarrollan sanciones para personas naturales, debido a que este caso es entre personas jurídicas, solo se tomará en cuenta las sanciones aplicables a dicho tipo de agentes.

³² Cabe señalar que, en ambos casos, el valor de las ventas o ingresos brutos del agente económico son calculados en función al ejercicio inmediato anterior a la emisión de la Resolución por parte de la Comisión.

facultad ya que resultaba contraria a lo establecido a nivel constitucional, al propio objetivo de dicha norma y las normas contenidas en el Decreto Legislativo 757.

Lo anterior evidencia la necesidad de clarificar la norma en el sentido de que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en sentido distinto.

Respecto de las sanciones, es cierto que el Decreto Legislativo 1034 eleva la severidad de las multas, incrementando los topes y la base para su cálculo (al incluir a los grupos económicos). Sin perjuicio de ello, como señalamos anteriormente, el análisis de la norma más favorable para el administrado no depende únicamente de la cuantía de la sanción a imponerse, sino que debe hacerse de manera integral, permitiendo evaluar el mejor escenario para el administrado.

Teniendo en cuenta ello, consideramos que una norma clara y detallada que establece de manera específica su objeto y que determina expresamente los tipos de conductas y efectos que estos deben tener para poder ser sancionados, otorga seguridad jurídica al administrado y le permite despejar la duda ante diversas interpretaciones que pueden ir en contra de lo que debe propugnar una política sobre la materia.

En dicho sentido, Bravo Arteaga define el concepto de seguridad jurídica, señalando que el mismo consiste en la claridad respecto de los derechos y obligaciones que se derivan de las instituciones legales, siendo que el administrado puede planificar su actividad con arreglo a la ley vigente, en tanto goza de una razonable certeza estable (Bravo Arteaga, 2005, como se citó en Arrázola Jaramillo, 2014, p. 8).

Para el caso en específico, el Decreto Legislativo 1034 no solo atiende los puntos controvertidos en el análisis de la discusión, sino que además confirma la postura planteada por la Comisión respecto de la protección del proceso competitivo como objetivo de la norma y de la necesidad de efectos exclusorios en las conductas anticompetitivas que buscan reprimirse. Todo ello resulta concordante con el régimen económico, la dinámica competitiva y en general con la Constitución y otras disposiciones legales relacionadas.

Por este motivo, consideramos que el Decreto Legislativo 1034 constituye la norma más favorable para el administrado en el caso bajo análisis, determinando que no existe conducta anticompetitiva alguna en la medida que tanto la fijación de precios excesivos como la discriminación de precios no tienen efectos exclusorios, sino únicamente efectos explotativos, quedando fuera del tipo determinado para la configuración de conductas anticompetitivas bajo la ley de la materia.

De todo lo expuesto, podemos concluir que la norma más favorable para el administrado es el Decreto Legislativo 1034, en tanto de manera integral contiene aspectos más beneficiosos para el denunciado, deja menos espacio para interpretaciones de la norma y resuelve una serie de aspectos criticados por la anterior ley de defensa de la competencia.

En ese sentido, el Decreto Legislativo 1034 debería resultar aplicable para el caso concreto, y, por ende, corresponde la aplicación del principio de retroactividad benigna contemplado en la Constitución y en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Conclusiones

- De acuerdo con el régimen legal peruano y la aplicación de la norma en el tiempo, en el Perú se recoge la doctrina de los hechos cumplidos, por la cual una norma se aplica al momento de su entrada en vigor. En ese sentido, la norma vigente será la ley aplicable para las relaciones jurídicas existentes, debiendo aplicarse de forma inmediata.
- Sin perjuicio de ello, la legislación peruana recoge la aplicación retroactiva de la norma, es decir, que una norma posterior pueda ser aplicada a situaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor. A partir de ello, se establece que la retroactividad benigna tiene lugar cuando la nueva norma (también llamada norma posterior) resulta más favorable para el administrado. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que para evaluar cuál de las normas resulta más favorable, debe analizarse el dispositivo legal en conjunto.
- En materia de libre competencia, el Decreto Legislativo 701 (norma anterior) establecía los supuestos de abuso de posición de dominio que debían ser reprimidos. Dichos casos propuestos mantienen relación en tanto presentan la exclusión de un competidor en el mercado, lo que termina por afectar el proceso competitivo.
- Este desarrollo de la norma anterior fue revisado por la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, estableciendo que las conductas de abuso de posición de dominio sancionables por el Decreto Legislativo 701 no solo abarcaban las conductas con efecto excluyente, sino que además permitía la sanción de conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos (a pesar de que los supuestos planteados en la norma no dieran cuenta de ello).
- Mas adelante, el Decreto Legislativo 1034 (norma posterior) resolvía la disyuntiva, estableciendo de manera expresa (tanto en la norma como en su exposición de motivos) que los únicos tipos de conductas que podían sancionarse como conductas de abuso de posición de dominio eran aquellas que tenían efectos excluyentes.
- En ese sentido, en caso se considere que la norma anterior sancionaba las conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1034 (norma posterior) se establece que las únicas conductas sancionables como abuso de posición de dominio son aquellas con efectos excluyentes.
- Por tanto, en atención a la aplicación de las normas en el tiempo y la retroactividad benigna, el Decreto Legislativo 1034 se superponía al Decreto Legislativo 701 (norma anterior) al resultar más favorable para el administrado en la medida que establece expresamente que la presunta conducta desarrollada por él no es pasible de sanción.

4.3. ¿Existieron condiciones de competencia óptimas en el proceso de selección para el otorgamiento de la concesión del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y durante la prestación de este?

En este punto revisaremos la dinámica de competencia que se desarrolla en el marco de las licitaciones públicas, para luego enfocarnos en el contexto en el que se otorgó la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y los principales aspectos acordados para la prestación del servicio de transporte en dicha ruta. Finalmente,

analizaremos la implementación de la concesión y su desarrollo durante la vigencia de esta, resaltando los principales aspectos que no habrían favorecido a la dinámica competitiva propuesta ni las condiciones establecidas en la licitación.

4.3.1. La competencia por el mercado y la dinámica económica de las concesiones³³

Antes de analizar las condiciones de competencia en la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, es preciso explicar cómo se desarrolla la competencia en el marco de licitaciones y cuál es la dinámica que permite encontrarnos en condiciones de competencia.

Como hemos señalado anteriormente, la política de competencia tiene como objetivo la defensa de la competencia en sí misma. Esto quiere decir que lo más importante es que el proceso competitivo se desarrolle con normalidad, con lo cual se generará como resultado un beneficio en los consumidores. Asimismo, hemos podido analizar la forma en que la competencia genera que los distintos agentes económicos rivalicen entre sí por la preferencia de los consumidores, generando una serie de eficiencias.

Sobre el particular, indicamos que la competencia genera una serie de eficiencias, las cuales podemos identificar como eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa. Cada una de ellas es generada debido a la dinámica que persiguen los competidores por obtener la preferencia de los consumidores en un escenario determinado.

Sin embargo, el proceso competitivo no siempre se desarrolla de la misma manera. Existen casos en los que se pretende simular una situación competitiva debido a la imposibilidad que esta se desarrolle de manera abierta. Para ello tenemos que analizar los conceptos de competencia en el mercado y competencia por el mercado.

Podemos definir la libre competencia como la concurrencia de diversos agentes económicos que desarrollan actividades en el mercado con el objetivo de ofrecer sus bienes y servicios a los consumidores y usuarios. Este mecanismo persigue que estos agentes económicos rivalicen entre sí por hacerse de la preferencia de los consumidores, aspecto que les brinda incentivos para alcanzar eficiencias de mercado (Barrantes, 2019, p. 6). Con ese propósito, dirigirán sus esfuerzos a ofrecer mejores condiciones: menores precios, bienes y servicios de calidad, productos innovadores, entre otros; volviéndose así más competitivos. Toda la dinámica explicada beneficia a los consumidores, quienes contarán con más y mejores alternativas para escoger aquella que satisfaga en mayor medida sus necesidades. Este proceso es entendido como competencia en el mercado (o dentro del mercado).

Podemos ejemplificar este sistema con situaciones del día a día demostrando que, en general, los consumidores tienen alternativas para elegir cada uno de los productos que requieren. En caso precisen de algún producto de la canasta básica -como leche evaporada-, estas personas podrán revisar las características, precios y calidad de este producto por la web, ir al supermercado o a la bodega de su preferencia, y optar por alguna de las marcas existentes (Gloria, Laive o Nestlé), seleccionando la que satisfaga sus necesidades.

No obstante, pueden presentarse ocasiones en las que la competencia dentro del mercado no resulta viable. Esta situación ocurre cuando es más eficiente adquirir la totalidad de los bienes

³³ Este capítulo se basa y toma extractos del artículo del autor Ayvar, R. (2021). *Las Conductas Anticompetitivas en las Contrataciones Públicas*. Sociedad de Derecho y Economía de la Universidad Católica de Paraguay.

demandados de un único proveedor en lugar de abastecerse de varios de estos. Frente a esta circunstancia, se requiere el uso de la competencia por el mercado, también conocida como competencia a la Demsetz (Gallardo, 1999, p. 25). Este mecanismo se basa en generar competencia o rivalidad por obtener los derechos de operar en un mercado específico. Por tal motivo, los agentes económicos interesados en proveer del bien u ofrecer el servicio tendrán la oportunidad de participar en un proceso de selección, a través del cual será seleccionado como ganador aquel que ofrezca mejores condiciones. Por todo ello, la expectativa del procedimiento es alcanzar un precio que se acerque al de competencia (Church & Ware, 2000, p. 761).

Así pues, en la competencia por a la Demsetz, (o competencia por el mercado), la disputa entre los agentes económicos se desarrollará mediante el ofrecimiento de las condiciones más favorables con el objetivo de ganar el concurso y adjudicarse la prestación de los bienes y/o servicios comprendidos en el proceso de selección.

Retomando el ejemplo anterior, si el Estado peruano necesita comprar leche, este diseña y estructura un proceso de selección mediante el cual seleccionará a un proveedor que pueda abastecerlo con las mejores condiciones competitivas. Con este propósito, convoca a diversos proveedores, precisándoles las características del bien requerido (producto, tipo, cantidad, tamaño, presentación, peso, entre otros). Dada esta información, los postores preparan sus propuestas, para competir con las de otros proveedores, a fin de adjudicarse el derecho de proveer al Estado con los productos o servicios señalados en el proceso de selección. Finalmente, el Estado, en base a las ofertas recibidas, escogerá al agente económico que haya planteado las mejores condiciones entre todos los postores, para cubrir el requerimiento de leche.

De lo expuesto se evidencia que, en dichas situaciones, la competencia entre agentes económicos se desarrolla *ex ante*, es decir, se compite por adjudicarse -en exclusividad- la prestación de un conjunto de productos o servicios. El funcionamiento idóneo de estas variables permitiría que la competencia entre los postores genere una disminución del precio ofertado, el aumento de la calidad del bien y una mejora en el servicio prestado, logrando que el Estado obtenga óptimas condiciones los procesos de selección, lo que redundaría en el uso eficiente de los recursos públicos.

En conclusión, podemos evidenciar que la competencia normalmente se desarrolla en el mercado, en el cual los agentes económicos rivalizan entre ellos por obtener las preferencias de los consumidores. No obstante, existen casos en los que la competencia no puede darse en el mercado. En estos supuestos, aparece la competencia por el mercado con el objetivo de adquirir bienes o servicios en condiciones competitivas. En este supuesto, los competidores rivalizarán entre ellos a través de un proceso de selección, en el cual presentarán sus mejores ofertas para adjudicarse la prestación del bien o servicio requerido. Como resultado de llevar a cabo dicho proceso de selección de forma ideal, se debería obtener un precio cercano o igual al precio que en una competencia en el mercado.

4.3.2. El proceso de selección para la concesión del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Hasta el momento hemos podido revisar cuál es la dinámica que se desarrolla en el marco de un proceso de selección con la finalidad de generar competencia entre los postores y así obtener las mejores condiciones para el otorgamiento de una concesión. Del mismo modo, hemos podido analizar los beneficios que este mecanismo genera y cómo el diseño del concurso puede

impactar en la eficiencia del uso de los recursos y el adecuado cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

Teniendo ello en cuenta, corresponde analizar cómo se llevó a cabo el proceso de selección para la concesión del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu. Para ello, analizaremos el contexto acaecido, el diseño del proceso de selección, las condiciones que se pactaron en el otorgamiento de la buena pro y la forma en que culminó este procedimiento para la concesión.

4.3.2.1. Situación previa de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu

Durante el inicio de los años noventa, el Estado emitió una serie de disposiciones vinculadas a la promoción de la iniciativa privada y a fomentar la inversión, buscando que el Estado ceda el rol preponderante que venía ejerciendo para dar paso a las empresas.

En vista de ello, como señalamos anteriormente, se decidió aprobar la Ley de Crecimiento de la Inversión Privada. Cabe precisar que esta no fue la única norma con dicho objetivo, sino que formaba parte de un conjunto de dispositivos legales que buscaban incentivar la participación de agentes privados en la economía y en las actividades que hasta ese momento venía desempeñando el Estado.

Quizá el más importante fue el Decreto Supremo 067-91-EF, mediante el cual se dictan medidas que dejen sin efecto los monopolios de que gozan las empresas del Estado, asegurando la normal actividad del mercado. Esta norma se justificaba en la necesidad de dictar medidas para dejar sin efecto los monopolios que ostentaban las empresas del Estado, razón por la cual su artículo 1 dispone:

Decreto Supremo 067-91-EF

Artículo 1.- Las empresas del Estado, a partir de la fecha, desarrollarán sus actividades en competencia con las empresas del sector privado. No ejercerán facultades normativas o de imperio propias de la administración pública, ni desarrollarán sus actividades en forma exclusiva, o excluyente.

Esta disposición refiere que las empresas del Estado entrarían a competir con las empresas privadas en los distintos mercados, resaltando la variable competitiva de dicha relación. En ese sentido, dicha prerrogativa pretendía establecer que no se den más actividades desarrolladas exclusivamente por empresas del Estado.

Existen otras normas igual de importantes, tales como el Decreto Legislativo 651, que establece la libre competencia en las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país. Dicha norma disponía en su artículo 2 lo siguiente:

Decreto Legislativo 651

Artículo 2.- Declárese el libre acceso a las rutas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, autorizadas por los Concejos Provinciales y, en consecuencia, elimínense todas las restricciones administrativas y legales que se contrapongan a esta disposición.

En particular, esta norma liberalizaba el servicio de transporte de pasajeros, permitiendo la participación de agentes privados en la prestación de dicho servicio, siempre que se cuente con la autorización correspondiente³⁴.

Adicionalmente, podemos revisar el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la inversión privada, el cual declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado. Esto quiere decir que la política implementada pretendía que la inversión privada ingresara a aquellos sectores en los que el Estado venía desarrollando actividad empresarial. Asimismo, la referida norma planteaba los mecanismos a utilizar para permitir este ingreso, los cuales se encuentran detallados en su artículo 2:

Decreto Legislativo 674

Artículo 2.- Para efectos de la presente Ley, las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, son las siguientes:

a. La transferencia al sector privado del total o de una parte de las acciones o de los activos de las empresas comprendidas en la Actividad Empresarial del Estado.

b. El aumento de capital de las empresas de propiedad del Estado, mediante aportes efectuados por personas naturales o personas jurídicas de derecho privado constituidas en el país o personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero.

c. La celebración de contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión y otros similares con personas jurídicas de derecho privado constituidas en el país o personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero, con el objeto de incrementar la eficiencia de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado.

d. La disposición o venta de los activos de las empresas comprendidas en la Actividad Empresarial del Estado, cuando ello, se haga con motivo de su disolución y liquidación.

Cuando, de acuerdo con lo anterior, el Estado resulte, en forma directa o indirecta, con una participación accionaria minoritaria sus derechos y obligaciones se regirán exclusivamente por la Ley General de Sociedades.

Ello da a entender que la política establecida no solo se encontraba dirigida a incentivar la participación del sector privado en la economía, sino que además planteaba una serie de facilidades para que ello se concrete, además de disponer los mecanismos necesarios para viabilizar la propuesta. Ello sumado al impedimento que tendrían las empresas estatales para desarrollar actividades económicas de manera exclusiva, generaba un espacio importante para el sector privado y el incremento de las inversiones.

³⁴ Cabe señalar que el referido artículo sería posteriormente modificado por la Ley 27774, señalando que «[l]a prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros es de libre acceso, previa autorización de las Municipalidades provinciales y Metropolitana de Lima, siempre que se cumplan los requisitos y características operacionales establecidas en las normas respectivas, de conformidad con lo establecido en el literal e) del numeral 17.1 del Artículo 17 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre».

Teniendo en cuenta el referido marco normativo, es importante señalar que las disposiciones planteadas tienen relación directa con la prestación del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Al respecto, es necesario indicar que, durante el inicio de la política de fomento de la inversión privada en nuestro país, la prestación del mencionado servicio se encontraba a cargo de la Empresa Regional de Turismo de la Región Inca (Emturin).

Según la Unidad de Gestión del Santuario Histórico de Machupicchu, durante los ochenta, con la creación de la Empresa Hotelera del Perú (Entur Perú), la administración de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu se brindó a cargo de dicha empresa estatal³⁵. Años más tarde, se llevó a cabo un proceso de regionalización, mediante el cual se creó la Empresa Regional de Turismo de la Región Inca (Emturin), quien asume la administración y el mantenimiento de la ruta indicada, conforme al Decreto Regional N° 001-91-AR/RI.

En ese momento, con la entrada en vigor de las disposiciones señaladas anteriormente, referidas a la promoción de la inversión privada, se da inicio al proceso de privatización tanto de Entur Perú como de Emturin. Sin embargo, dentro de este proceso no se incluye a la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Cabe indicar que la referida ruta inicialmente fue utilizada debido a su necesidad para poder acceder al Hotel ubicado en la Ciudadela Inka de Machupicchu, el cual era administrado por Entur Perú. Principalmente, se trataba de un servicio complementario con la finalidad de facilitar el acceso para los visitantes y turistas. Posteriormente, fue la empresa estatal Emturin quien se hizo cargo de la ruta, administrando el servicio de manera exclusiva.

A raíz de las medidas de incentivo de la inversión privada, tanto Entur Perú como Emturin entraron a un proceso de privatización. Sin perjuicio de ello, la ruta no fue parte de dicho proceso de privatización, quedando abierta la administración de dicho servicio.

En el año 1995, se funda la Empresa Municipal de Transporte Turístico Machupicchu (Emutram)³⁶, empresa municipal creada por la Municipalidad Distrital de Machupicchu. Tras su creación, esta empresa celebra un convenio de integración con Emturin, procediendo con la integración de los servicios prestados bajo la administración de Emturin, así como la utilización de sus buses para dicho servicio³⁷.

Asimismo, mediante Acuerdo Municipal No 02-95-MDM/U, la Municipalidad Distrital de Machupicchu acordó regular y reorganizar el servicio de transporte en su circunscripción, disponiendo la necesidad de que las empresas que operan en la ruta deben tener un permiso de operación.

³⁵ Ello conforme con lo señalado en el documento *El servicio de transporte terrestre en Machupicchu Tramo Carretero Pueblo de Machupicchu Ciudadela* elaborado por la Unidad de Gestión del Santuario Histórico de Machupicchu, el cual fue proporcionado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

³⁶ Posteriormente, esta empresa pasaría a ser Sociedad Anónima (S.A.) por adecuación a la Ley General de Sociedades.

³⁷ Cabe señalar que posteriormente los buses de Emturin que pasaron a Emutram por el acuerdo de integración, fueron utilizados por Consettur para participar en el proceso de selección materia de análisis.

Todo esto permite evidenciar que el marco normativo buscó fomentar la actividad e inversión privada en distintas actividades que inicialmente eran prestadas por el Estado en exclusividad a través de sus empresas estatales, para luego mostrar la manera en que se venía prestando el servicio de acceso a la Ciudadela Inka Machupicchu antes del proceso de selección, teniendo en cuenta la perspectiva que el gobierno deseaba impulsar.

4.3.2.2. Aspectos relevantes y desarrollo del proceso de selección

En este apartado analizaremos como fue otorgada en concesión la ruta y cuáles fueron las principales condiciones planteadas en dicho proceso, en línea con la dinámica de competencia en los procesos de selección convocados por el Estado.

En particular, el primer hecho de importancia para la posterior concesión de la ruta se da a través de la Resolución Municipal 026-MPU-94-SG del 6 de julio de 1994, emitida por la Municipalidad Provincial de Urubamba. Dicha norma indica que, teniendo en cuenta la necesidad de agilizar y descentralizar las acciones para el control en materia de transporte, y dado que la Municipalidad Distrital de Machupicchu había constituido a Emutram, se resuelve delegar las funciones de control en materia de transporte a este municipio.

Con ello, las funciones de control en materia de transporte que eran de competencia de la Municipalidad Provincial de Urubamba fueron delegadas a la Municipalidad Distrital de Machupicchu en lo que respecta a su ámbito geográfico. En uso de las facultades transferidas, la Municipalidad Distrital de Machupicchu diseñó y convocó a la licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

El contenido de las “Bases para la Licitación Pública para la Concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa a las empresas de transporte turístico de pasajeros” establece las disposiciones generales de la licitación. De acuerdo con este documento, la forma de adquisición de la ruta es mediante un contrato de concesión de ruta por un plazo de dos (2) años.

Adicionalmente, las bases del proceso de selección detallan una serie de requisitos sobre los cuales se desarrolló el procedimiento para la licitación de la ruta. A continuación, pasaremos a detallar los principales aspectos abordados en las bases y tomados en cuenta para la evaluación de las propuestas en el proceso de selección materia de análisis:

[Continúa en la página siguiente]

Cuadro 6
Requisitos establecidos en el proceso de selección

Requisito	Detalle
Costo mensual de la concesión	Como parte de las bases, se precisaba que la prestación del servicio tendría un costo generado al postor ganador como consecuencia de obtener la concesión de la ruta, el cual había sido determinado en \$ 2 000,00 (Dos mil y 00/100 dólares americanos) mensuales, lo que hacía un total de \$ 24 000,00 (Veinticuatro mil y 00/100 dólares americanos) anuales.
Propiedad de buses	Dentro de las bases se establecía que, para ser postor, resultaba necesario acreditar la propiedad de una cantidad de unidades vehiculares para el transporte turístico de pasajeros. Dicho número debía ser mínimo 15 y máximo 20 buses. Estos buses debían tener una capacidad de 30 a 35 pasajeros y contar con un pasillo.
Maestranza	En relación con las bases, también se estableció como requisito que el postor debía acreditar contar con una maestranza en el distrito de Machupicchu para la reparación y el mantenimiento de las unidades vehiculares.
Póliza de seguros	Los vehículos debían contar con una póliza de seguro de vida para los pasajeros.
Autorización	Los vehículos debían contar con las autorizaciones respectivas, entre las que se encontraba la autorización de circulación emitida por la Municipalidad Distrital de Machupicchu.
Experiencia	Los postores debían acreditar contar con experiencia en la prestación del servicio de transporte turístico de pasajeros.

Fuente: Bases para la Licitación Pública para la Concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa a las empresas de transporte turístico de pasajeros.

Elaboración: Propia.

Todos estos requisitos fueron tomados en cuenta para el desarrollo del proceso de selección, para lo cual se dispuso la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Diario Oficial El Peruano.

Posteriormente a la publicación de la convocatoria a este proceso, se procedió con el desarrollo del proceso de acuerdo con las fechas establecidas, presentándose cuatro postores interesados: Perú Hotel S.A. (en adelante, Perú Hotel), Camena Cusco S.A. (en adelante, Camena Cusco), Yuri Baca Sánchez (en adelante, el señor Baca) y Consettur³⁸. En el marco de este proceso,

³⁸ Cabe señalar que las empresas Transportes Machupicchu S.R.L. y Promoción y Gestión de Negocios S.A. solicitaron que recepcionen sus sobres durante el Acto Público de Apertura de Sobres. Sin embargo, el Comité de Adjudicaciones decidió no aceptarlos por extemporáneos.

durante el Acto Público de apertura de sobres, se procedió a revisar cada una de las propuestas presentadas por los postores antes mencionados.

Al examinar los sobres recibidos en el proceso de selección, el Comité de Adjudicaciones declaró no válidas las propuestas presentadas por el señor Baca y por Camena Cusco, en tanto estas se encontraban incompletas. En el caso del señor Baca se precisó que la propuesta no contenía la Declaración Jurada, la Carta de garantía y la renuncia al fuero del domicilio de su empresa, entre otros. Por su parte, en el caso de Camena Cusco no se precisó qué documentos faltaban. En atención a ello, quedaron como postores Perú Hotel y Consettur.

Durante este acto, el representante de Perú Hotel señaló que el señor Raúl Sánchez Soto, primer regidor de la Municipalidad Distrital de Machupicchu, es miembro del Directorio de Consettur y que la Municipalidad Distrital de Machupicchu participa en dicha empresa. Debido a ello, conforme al artículo 3.2.2 del Reglamento Único de Adquisiciones (RUA), estaba impedida de participar en el proceso de selección. A pesar de lo indicado, el Comité de Adjudicaciones consideró innecesario pronunciarse respecto al tema por falta de sustento legal, dejando abierta la posibilidad de que Perú Hotel acuda a las instancias pertinentes³⁹. En vista de ello, el Comité declaró válida la propuesta presentada por Consettur y continuó con la evaluación.

Sobre este punto, es necesario precisar que la participación indirecta de una empresa municipal da cuenta de la falta de transparencia en el proceso. Ello en tanto la concedente estaría formando parte de uno de los postores, lo que da pie a una serie de cuestionamientos sobre la neutralidad del proceso de selección. Estos aspectos los revisaremos con detenimiento más adelante.

Continuando con el desarrollo del procedimiento, durante la evaluación técnica se revisaron los sobres presentados por los postores y se analizaron los criterios señalados anteriormente para dar puntaje a las propuestas para el proceso de selección. Así, se otorgaron los siguientes puntajes:

Cuadro 7
Evaluación de propuestas⁴⁰

Criterio	Puntaje	Perú Hotel	Consettur
Propiedad sobre vehículos	15 puntos por vehículo en propiedad	100 puntos (20 vehículos en compromiso)	240 puntos (16 vehículos en propiedad)
	5 puntos por vehículo en compromiso		
Póliza de seguros	100 puntos por contrato vigente	10 puntos (cotización)	100 puntos (contrato vigente)
	50 puntos por contrato en trámite		

³⁹ Es necesario indicar que Consettur Machupicchu S.A. también puso en conocimiento que Perú Hotel S.A. no tenía experiencia en la prestación del servicio de transporte por tratarse de una empresa hotelera. Al igual que en el caso de Perú Hotel S.A., el Comité de adjudicaciones consideró innecesario pronunciarse sobre ello. Sin embargo, al momento de calificar la experiencia, se le dio la puntuación mínima a Perú Hotel.

⁴⁰ Para la evaluación de propuestas solo se están considerando los factores que generaron una diferencia considerable entre las propuestas de los postores.

Criterio	Puntaje	Perú Hotel	Consettur
	10 puntos por cotizaciones		
Autorización de circulación de la Municipalidad	100 puntos por autorización vigente 50 puntos por autorización en trámite	50 puntos (autorización en trámite)	100 puntos (autorización vigente)
Experiencia en el servicio	100 puntos por experiencia en transporte turístico 50 puntos por experiencia en transporte en general 20 puntos por experiencia en servicio turístico en general.	20 puntos (experiencia en servicio turístico en general)	100 puntos (experiencia en transporte turístico)
Maestranza	100 puntos por maestranza acreditada 25 puntos por maestranza en trámite	25 puntos (maestranza en trámite)	100 puntos (maestranza acreditada)
Propuesta económica (Aporte)	1 punto por cada mil dólares americanos	100 puntos (100 000 dólares americanos pagados en dos años)	72 puntos (72 000 dólares americanos pagados en dos años)

Fuente: Actas de apertura de sobres.
Elaboración: Propia.

Como podemos observar del cuadro, los requisitos previamente analizados fueron cruciales para la obtención de la buena pro por parte de Consettur. Así, se aprecia que los criterios citados generan una diferencia de puntuación entre 50 y 140 puntos por cada factor. Asimismo, de la documentación del proceso se evidencia que Perú Hotel obtuvo una puntuación total de 405 puntos, mientras que Consettur obtuvo 862 puntos, lo que equivale a una diferencia de 457 puntos entre los postores participantes (más del 112 por ciento por encima del perdedor)⁴¹.

Habiéndose evaluado las propuestas, y resultando ganador Consettur por haber obtenido la mayor puntuación, mediante Dictamen 01-95-CA-MDM, el Comité de Adjudicaciones otorgó la buena pro a esta empresa. Dicho dictamen fue posteriormente aprobado por la Municipalidad Distrital de Machupicchu mediante Resolución de Alcaldía 025-95-A-MDM/U. Finalmente, conforme a lo establecido en las bases, se celebró el Contrato de concesión de ruta por un plazo de dos años y se firmó el acta de entrega de esta.

Es así como, luego de terminado el proceso de selección, se eligió a Consettur como el agente económico ganador, adjudicándose la concesión de la ruta de acuerdo con lo establecido en las bases de la licitación, el contrato de concesión y la normativa sobre la materia.

⁴¹ Cabe señalar que el puntaje total obtenido en el proceso de selección, además de los factores señalados en el Cuadro 7, incluye otros criterios tomados en cuenta para la evaluación técnica. Estos no fueron detallados en dicho cuadro debido a que, en ellos, la diferencia entre los puntajes asignados a los postores fue mínima o incluso se asignó el mismo puntaje para ambos.

4.3.2.3. Análisis sobre las condiciones competencia en el diseño del proceso de selección y las condiciones del otorgamiento de la concesión

Como hemos podido apreciar, el proceso de selección tomó en cuenta una serie de requisitos específicos al momento de evaluar la propuesta ganadora de la concesión. Siendo así, estos requisitos cobran vital importancia dado que fueron determinantes para elegir a la empresa que se adjudicaría la prestación del servicio en la ruta.

Cabe señalar que, si bien los requisitos técnicos obedecen a aspectos referidos a las condiciones de la vía y patrones de factibilidad de la prestación del servicio, estos finalmente forman parte del diseño del proceso, por lo que resulta oportuno tenerlos en cuenta al momento de evaluar si el proceso de selección se dio en condiciones de competencia.

Sobre el particular, la OECD ha señalado que el diseño del proceso de selección debe realizarse con sumo cuidado, dado que todos los criterios de selección influyen en la intensidad y eficacia de la competencia en el marco de un proceso de selección. Asimismo, agrega que:

La decisión en torno a qué criterios de selección utilizar no sólo es importante para el proyecto en vigor, sino también para mantener un grupo de licitadores potenciales con credibilidad con un interés continuo por presentar ofertas para proyectos futuros (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2009, P. 10).

En ese sentido, la importancia de los criterios utilizados cobra mayor relevancia en estos procesos, puesto que son determinantes para la elección del ganador. En esa línea, se plantea tener algunas consideraciones específicas frente a la elección de dichos criterios. Entre ellos podríamos resaltar dos: (i) evitar cualquier tipo de trato preferencial para cierta categoría o tipo de proveedor, y (ii) no favorecer a los proveedores que ya prestan sus servicios.

Sobre el primer punto, podemos señalar que el diseño de un proceso de selección no debe otorgar ningún trato preferencial a uno de los potenciales postores o a un grupo de ellos por la categoría que estos tienen. En ese sentido, los criterios a utilizar deben estar vinculados a especificaciones objetivas, generales y estrictamente necesarias, permitiendo que los distintos agentes interesados puedan participar y tener oportunidad de adjudicarse la licitación.

Sobre el segundo punto, es necesario indicar que los criterios establecidos para la elección del ganador en el marco del proceso de selección tampoco pueden favorecer a aquellos agentes económicos que vienen prestando los servicios solicitados. Si bien pueden existir compañías que vienen atendiendo la prestación requerida mediante licitación, ello no genera que estos deban ser favorecidos con las especificaciones para la evaluación de los postores. Asimismo, no se deberían establecer los requisitos o criterios de evaluación en función al prestador que viene realizando la actividad, puesto que ello otorgaría ventaja al actual prestador, eliminando la variable de competencia en el proceso de selección. Por ello, es necesario analizar detenidamente las condiciones para presentarlas de la manera más general posible, evitando cualquier tipo de favorecimiento potencial en el planteamiento del proceso de selección.

En ese sentido, en aras de fomentar la competencia, los requisitos que se establezcan en un proceso de selección no deben generar ningún tipo de trato preferencial para determinada clase de postor ni favorecer a aquellos proveedores que ya prestan el servicio requerido. De suceder

ello, afectaría la rivalidad que debería generarse en el proceso de selección, lo cual impactaría negativamente en las condiciones competitivas de la prestación del servicio.

Teniendo en cuenta lo explicado, corresponde analizar los requisitos planteados en el procedimiento bajo análisis, con la finalidad de identificar si estos permitieron fomentar la competencia, a la vez que no dieron un trato preferente o favorecimiento a los agentes que venían prestando servicios en la ruta, todo ello con la finalidad de promover la competencia.

Como podemos observar del Cuadro 7, los requisitos previamente analizados fueron cruciales para la obtención de la buena pro por parte de Consettur. Así, se puede ver que los criterios denominados “propiedad de vehículos”, “autorización de circulación”, “experiencia en el servicio”, “póliza de seguro” y “maestranza” establecen una diferencia de más de 50 puntos en cada uno de estos factores.

Al respecto, el primero de los requisitos establecidos en las bases señalaba que el postor debería acreditar la propiedad de entre 15 y 20 unidades vehiculares para el transporte turístico de pasajeros. Dichas unidades debían ser nuevas o tener una antigüedad máxima de 2 años, así como contar con una capacidad de entre 30 y 35 pasajeros.

Como señalamos antes, Consettur era un consorcio conformado por Emutram y por otras empresas prestadoras de servicios de transporte. Como consta en las actas de constitución de Consettur, los buses de su propiedad tuvieron la siguiente distribución:

Tabla 1
Conformación de Consettur en base a buses aportados

Empresa	Cantidad de buses aportados⁴²	Porcentaje de flota
Emutram	6	40
Wayna Picchu	6	40
Pachacútec	3	20
TOTAL	15	100

Fuente: Escritura Pública de Constitución de Consettur.

Elaboración: Propia.

Como se puede apreciar, Consettur tenía parte de la flota conformada por buses aportados por Emutram, los cuales representaban el 40% del total de sus unidades. Así, podemos concluir que Consettur utilizó los buses de propiedad de Emutram (empresa municipal) para participar en el proceso de selección.

Si tenemos en cuenta el uso de los buses de la empresa municipal para cumplir el requisito establecido y las condiciones y puntuación determinadas para elegir al ganador del proceso, podemos inferir que el requisito de propiedad de unidades favorecía al agente que venía prestando el servicio. Ello en tanto Consettur contaba con dichos buses dada la actividad realizada previamente, además de obtener beneficio de los buses aportados por la empresa municipal.

⁴² Es preciso indicar que en la Escritura Pública de Constitución de Consettur se precisa que las empresas El Tunqui y Aguas Calientes también formaban parte del Consorcio, pero serían incluidas cuando se establezcan legalmente y adquieran sus vehículos.

En segundo lugar, los requisitos de las bases también establecían la necesidad de que los postores cuenten con las autorizaciones respectivas para operar, entre las que se encontraba la autorización de circulación emitida por la Municipalidad Distrital de Machupicchu.

De acuerdo con el análisis de las propuestas, se pudo evidenciar que Consettur contaba con la autorización respectiva, debido a que venía prestando el servicio de transporte referido. Por su parte, Perú Hotel no contaba con autorización vigente (al no prestar dicho servicio), prestando únicamente el trámite de autorización.

Es oportuno señalar que la autorización de circulación requerida la emitía la propia Municipalidad Distrital de Machupicchu, cuya empresa municipal de transporte era parte de Consettur. En ese sentido, es posible identificar que la Municipalidad Distrital de Machupicchu tuviese incentivos para no otorgar la autorización indicada o demorar su obtención con la finalidad que el postor que era integrado por su empresa de transporte termine obteniendo la buena pro.

Debido a ello, considerando que Consettur tenía una autorización de circulación vigente por las actividades de transporte que desarrollaba y que el emisor de la autorización podía tener cierto interés indirecto en no otorgar de manera celeré y oportuna la autorización a Perú Hotel, podemos concluir que el requisito de contar con dicha autorización de circulación previa terminó por favorecer al agente económico que venía prestando servicios en la ruta materia de licitación.

Como tercer punto, las bases establecían que los postores debían contar con experiencia en la prestación del servicio de transporte turístico.

De la información sobre la evaluación de propuestas, podemos apreciar que Consettur acreditó la experiencia en la prestación de servicios de transporte turístico como empresa que venía realizando dicha actividad en la ruta. Por su parte, Perú Hotel solo acreditó experiencia en servicios turísticos en general, obteniendo una baja puntuación.

Sobre este punto, tampoco se explica la necesidad de otorgar una mayor puntuación al servicio de transporte turístico (100 puntos) frente al servicio de transporte en general (50 puntos). Al respecto, la extensión de la ruta en concesión era reducida y el traslado de pasajeros mantenía la posibilidad de prestar el servicio. Recordemos además que Perú Hotel venía trasladando a algunos pasajeros para que estos puedan acceder a las instalaciones del Hotel ubicado en la Ciudadela Inka de Machupicchu. Ello permite concluir que el *expertise* en transporte turístico no contaba con justificación suficiente para dicho servicio.

Conforme a ello, podemos concluir que el requisito de experiencia del postor en la prestación de transporte turístico de pasajeros dio preferencia al postor que venía prestando servicios en la ruta y limitó el acceso a otros postores que contaban con experiencia en transporte en general.

Finalmente, las bases también determinaron requisitos como contar con una póliza de seguros con contrato vigente y una maestranza en el Distrito de Machupicchu.

Según la evaluación de las propuestas, Consettur cumplió con ambos requisitos en tanto venía prestando el servicio en la ruta, obteniendo el puntaje total para ambos aspectos. Por su parte, Perú Hotel, al no prestar el servicio y considerando el costo de incurrir en un contrato de seguros y una maestranza sin contar con la certeza de obtener la buena pro de la concesión,

solo presentó una cotización sobre la póliza de seguros y una maestranza en trámite, obteniendo bajo puntaje para ambos criterios.

Por consiguiente, el requisito de contar con una póliza de seguro vigente y una maestranza acreditada, así como la puntuación que se otorgó a dichos criterios de calificación, favorecieron al agente que venía prestando actividades previamente, afectando las condiciones de competencia.

Además de los puntos analizados, es necesario señalar que el puntaje otorgado a la propuesta económica presentada por los postores como contribución a la entidad concedente por el otorgamiento de la concesión no fue debidamente establecido.

Como se aprecia en el Cuadro 7 sobre la evaluación de propuestas, el Comité de Adjudicación decidió otorgar un (1) punto por cada \$ 1 000,00 (Mil y 00/100 dólares americanos) ofrecidos. Teniendo en cuenta que el aporte por el uso de la ruta era uno de los factores más importantes, consideramos que resultaba pertinente justificar, en base a criterios objetivos, el puntaje que se otorgaría a la propuesta, más aún cuando este comprende el pago por la explotación del servicio que realizaría la empresa. El factor de contraprestación es probablemente el más importante para tener en cuenta en el otorgamiento de la concesión, por lo que no correspondería darle una puntuación tan baja. De acuerdo con la información brindada, una diferencia de \$ 90 000,00 (noventa mil y 00/100 dólares americanos) entre ambas propuestas podría equipararse si es que uno de los postores tenía una póliza de seguros vigente y el otro solo una cotización (la diferencia entre tener una póliza de seguros vigente y tener una cotización es de 90 puntos).

En atención a ello, no solo los factores de calificación terminaron limitando el acceso a otros postores y favoreciendo al agente económico que venía prestando previamente el servicio en concesión, sino que además la determinación del puntaje para cada uno de dichos factores también afectó a la competencia, no guardando relación con criterios objetivos y restando importancia a aspectos relevantes como la oferta económica presentada por los postores.

En síntesis, todos los aspectos antes revisados permiten concluir que los requisitos establecidos en el proceso de selección y la asignación de puntajes para dichos criterios no fueron competitivos al: (i) limitar el acceso de otros postores que se encontraban en la posibilidad de prestar dicho servicio, (ii) favorecer al agente económico que venía prestando el servicio en la ruta materia de concesión, y (iii) no obedecieron a criterios objetivos que permitieran una adecuada evaluación de las propuestas para optar por la que brinde mayores beneficios a la sociedad.

Como hemos podido apreciar, los requisitos de propiedad de buses, autorización de circulación, experiencia en transporte turístico, póliza de seguros y maestranza se encuentran directamente vinculados con la prestación previa del servicio en concesión que venía desarrollando Consettur. Esta empresa se encontraba en una mejor posición para poder cumplir con dichos requisitos, lo que generaba un aspecto a su favor. Asimismo, los altos puntajes otorgados a estos criterios también favorecieron al agente económico que venía desarrollando la actividad, generando en promedio una diferencia de 87 puntos por cada uno de estos 5 factores (la diferencia total de estos fue de 435 puntos)⁴³.

⁴³ Al respecto, cabe señalar que el Comité de Adjudicaciones tuvo un rol central en todo el proceso de selección, no solo para determinar los criterios y requisitos técnicos a evaluar, sino para establecer el puntaje que debía aplicarse a cada uno de ellos. A esto se suma la potestad para resolver lo alegado por Perú Hotel respecto del impedimento que tenía Consettur para participar en dicho proceso de selección al ser integrada por la empresa municipal de transporte de la entidad

Cabe señalar que el impacto que los criterios establecidos en un proceso de selección (especialmente, el número de vehículos y la asignación de mayores puntajes que beneficiaban a operadores que venían prestando el servicio) pueden tener en las condiciones de competencia de dicho procedimiento, ha sido analizado por la Comisión a través de su Abogacía de la Competencia de la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL de julio de 2015. En dicho estudio se analizaron las condiciones de competencia existentes en el diseño de dicho proceso de selección. La Comisión concluyó que el diseño generó una serie de barreras a la entrada que perjudicaron a la competencia en el proceso de selección, las cuales se concretaron debido a las siguientes medidas:

[...] (ii) el requisito de contar con un número mínimo de vehículos equivalentes en la etapa de precalificación lo cual excluyó a empresas nuevas que no contaban con una flota inicial, pero que estaban en capacidad de adquirir la flota requerida en caso ganaran la licitación; y, (ii) la asignación de mayores puntajes en la evaluación de determinados criterios correspondientes a la propuesta técnica (como, por ejemplo, la sobreposición, la oferta de vehículos a chatarrear y la experiencia de operación en las rutas, criterios que brindaban más de la mitad del puntaje técnico total) a aquellos consorcios que tenían unidades vehiculares que ya operaban en las rutas a concesionar (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2015, p. 5).

De acuerdo con ello, se puede apreciar que las condiciones establecidas en el diseño relacionadas con la necesidad de requerir un número mínimo de unidades de transporte y la asignación de mayor puntaje a quienes desarrollan previamente la actividad, impactan negativamente en las condiciones de competencia en un proceso de selección, impidiendo el ingreso de más postores a la licitación.

Tomando en consideración lo indicado, podemos decir que estos requisitos establecidos en las bases de la licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu afectaron la competencia reduciendo la cantidad de postores y haciendo más onerosa la participación de los interesados en adjudicarse la concesión. En ese sentido, a pesar del enfoque competitivo que ofrecía el proceso de selección, las condiciones establecidas no favorecían la competencia, por el contrario, la perjudicaron.

4.3.3. Principales hechos ilegales identificados en el proceso de selección que afectan la prestación del servicio en condiciones de competencia

En el apartado anterior hemos analizado el desarrollo del proceso de selección para la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, pasando por revisar los criterios que fueron tomados en cuenta para la elección del concesionario, así como los cuestionamientos que existieron y cómo estos fueron resueltos por el Comité de Adjudicaciones.

Es necesario indicar que Consettur continuó prestando el servicio de transporte para el acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu incluso luego de culminado el procedimiento

concedente. Adicionalmente, este Comité de Adjudicaciones se encontraba conformado por regidores y personal de la Municipalidad Distrital de Machupicchu, lo que despierta más sospechas sobre la transparencia del proceso de selección.

administrativo sancionador bajo análisis⁴⁴. En vista de ello, corresponde analizar cómo es que dicho servicio fue prestado en el tiempo, tomando en cuenta las modificaciones existentes en las condiciones y el comportamiento del agente económico.

Para ello, hemos decidido enfocarnos en tres puntos principales. El primero de ellos está referido a la participación de una empresa municipal como integrante del agente concesionario (Consettur). En segundo lugar, veremos las distintas variaciones o incrementos de precios aplicados a la tarifa del servicio. Finalmente, daremos un vistazo a las ampliaciones consecutivas del contrato de concesión que terminó generando que la empresa Consettur preste el servicio por un plazo mayor al establecido en las bases del concurso.

4.3.3.3. Participación de la empresa municipal de la entidad concedente

De acuerdo con lo indicado en el apartado anterior, la empresa ganadora del proceso de selección fue Consettur. Como señalamos, durante el proceso de selección, la empresa Perú Hotel alegó que existían impedimentos para que Consettur participe, debido a que uno de los regidores de la Municipalidad Distrital de Machupicchu (entidad concedente) fue otorgante de la Escritura Pública de Constitución de dicho postor, y a que la empresa municipal Emutram formaba parte de Consettur.

Como se puede advertir de la Escritura Pública de Constitución de Consorcio del 10 de agosto de 1995, Consettur fue constituida por las siguientes empresas:

Cuadro 8
Constitución de Consettur

Empresa	RUC	Representante	Acciones	Porcentaje
Empresa Municipal de Transporte Turístico Machupicchu	209330284	Raúl Sánchez Soto	886	38.24
Empresa de Transportes Turístico Wayna Picchu S.A.	21196071	Segundo Humpire Huallpa	901	38.89
Empresa de Transportes Turísticos Pachacútec S.R.L.	22506170	Julián Quispe Anchaya	530	22.87

Fuente: Escritura Pública de Constitución de Consettur.
Elaboración: Propia.

De la información indicada se evidencia que Consettur fue constituida con la participación de la Empresa Municipal de Transporte Turístico Machupicchu, empresa municipal de la Municipalidad Distrital de Machupicchu. Dicha empresa contribuyó con 6 omnibuses, correspondiéndole un total de 886 acciones (38.24% de participación en la empresa).

Asimismo, en los Estatutos de Consettur se estableció el Directorio y la Gerencia General, la cual se encontraba conformada por los siguientes señores:

Cuadro 9
Administración de Consettur

⁴⁴ En realidad, hasta el día de hoy, Consettur presta el servicio de transporte referido. Si bien existen una serie de cuestionamientos posteriores a los hechos del caso, ellos no han sido atendidos en el presente informe con la finalidad de enfocarnos únicamente en la materia de la controversia de la presente denuncia.

Nombre	Cargo en Consettur	Cargo en la Municipalidad
Raúl Sánchez Soto	Presidente de Directorio	Regidor Distrital
Julián Quispe Anchaya	Vicepresidente de Directorio	-
Emiliano Ojeda Vargas	Director	-
Emilio Callañaupa Pezo	Director	Regidor Distrital
Sixto Miranda Quispe	Director	Regidor Distrital
Segundo Humpire Huallpa	Gerente General	-

Fuente: Estatutos de Consettur.

Elaboración: Propia.

Como podemos apreciar, las personas que contaban con cargos en la administración (en particular, miembros de Directorio) ostentaban cargos en la Municipalidad Distrital de Machupichu.

Ahora bien, corresponde analizar la partida registral de Emutram⁴⁵ con la finalidad de identificar quienes eran los funcionarios que desempeñaban cargos en la administración y como es que se encontraban conformados los órganos al interior de dicha empresa.

Así, la partida registral indicada desarrolla a detalle la constitución de Emutram, la cual fue constituida en julio de 1993, y tuvo entre sus objetivos prestar el servicio de transporte turístico a la Ciudadela Inka de Machupicchu. Señala además que su capital social es de 1000 nuevos soles íntegramente aportado por la Municipalidad Distrital de Machupicchu.

La constitución incluye la organización de la referida empresa municipal, la cual cuenta con Junta Empresarial, Directorio y Gerencia General, órganos conformados por las siguientes personas:

Cuadro 10
Administración de Emutram

Nombre	Cargo en Emutram	Cargo en Municipio
Guillermo Cusi Untama	Presidente de la Junta Empresarial	Alcalde Distrital
Raúl Sánchez Soto	Presidente de Directorio	Regidor Distrital
Bernardino Mamani Candía	Miembro de Directorio Gerente General	Regidor Distrital
Julio Quispe Acurio	Miembro de Directorio	Regidor Distrital Miembro del Comité de Adjudicaciones
Emilio Callañaupa Pezo	Miembro de Directorio	Regidor Distrital
Guzmán Solís Condori	Miembro de Directorio	Regidor Distrital

Fuente: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos⁴⁶

Elaboración: Propia

⁴⁵ Es preciso indicar que, en 1999 Emutram pasó a ser una Sociedad Anónima (S.A.) por adecuación a la Ley General de Sociedades, pasando a denominarse Empresa Municipal de Transportes Turísticos Machupicchu S.A. – TRAMUSA S.A. En ese sentido, se analizó la información de dicha empresa ubicada en la Partida Registral 11006350 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral Cusco de los Registros Públicos.

⁴⁶ Cabe señalar que las personas y los cargos referidos eran las vigentes durante el proceso de selección llevado a cabo en agosto de 1995.

Ello permite corroborar los cargos que distintos funcionarios desarrollaban en la empresa municipal y en la empresa Consettur. En ambos casos se trata de altos cargos como miembros del directorio y la gerencia general. En este caso, resulta pertinente enfocarnos en los primeros, específicamente en la presidencia del directorio.

Como se observa, el señor Raúl Sánchez Soto ejercía el cargo de Presidente de Directorio de Consettur. Asimismo, ejercía el cargo de Presidente de Directorio en Emutram. La situación presentada es la que generaría un conflicto entre lo ocurrido en el proceso de selección y lo dispuesto por la normativa peruana para dichos procesos.

De acuerdo con la Ley 23835, existían una serie de impedimentos para aquellos altos cargos de empresas públicas que tuvieran relación con el Estado. Esta norma, vigente durante el desarrollo del proceso de selección, establece en su primer artículo lo siguiente:

Artículo 1.- Los **Directores Superiores** y **Directores Generales** de los **Ministerios y los que ocupan cargos equivalentes en empresas públicas** o de economía mixta, no pueden ejercer ninguna actividad lucrativa **ni intervenir**, directa o indirectamente, **en la dirección** o gestión de **empresas privadas que tengan relación con el Estado**.

Del texto citado se desprende que los directores de empresas públicas no pueden participar en la dirección de empresas privadas que se relacionen con el Estado. Esta norma contiene artículos adicionales sobre otras prohibiciones para la contratación con el Estado, incluyendo limitaciones a participar como postores tanto ellos como sus parientes. Por dicha razón, este tipo de disposiciones presentan coincidencia con lo que tenemos en la normativa actual de contrataciones con el Estado, buscando evitar el conflicto de interés que puede generarse.

En el presente caso, el señor Raúl Sánchez Soto ejercía el cargo de Presidente de Directorio de Emutram (empresa pública conforme a la partida registral); y la presidencia de la empresa Consettur (empresa privada que tiene relación con el Estado). Esta situación constituye una prohibición para el desarrollo de tales actividades, puesto que el señor Raúl Sánchez Soto no podía ejercer el cargo de Director de Consettur cuando venía ejerciendo el cargo de Director en Emutram.

De acuerdo con el RUA, la situación mencionada generaría una causal de nulidad de la licitación. En particular, el literal e) del artículo 3.3.11 establece que se debe declarar nula o sin efecto una licitación cuando no se cumplan las disposiciones legales. Tomando en consideración que lo dispuesto en la Ley 23835 establecía que el Director de una empresa pública no podía intervenir en la dirección de una empresa privada que tenga relación con el Estado, y evidenciando que esta empresa privada participaba como postora en un proceso de selección (es decir, una relación con el Estado), se incumplió con las disposiciones legales vigentes a la fecha, por lo que correspondía declarar nula o sin efecto la licitación.

Este criterio fue recogido posteriormente en la normativa de la materia, confirmando los distintos impedimentos que permitieran el correcto desarrollo de un proceso de selección. Al respecto, debemos recordar que tanto el RUA como el Reglamento General de Consultorías (REGAC) y el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) fueron unificadas en un solo dispositivo mediante la Ley 26850, predecesora de la ley de contrataciones con el Estado. Revisando las distintas modificaciones de la referida normativa,

podemos evidenciar que el Decreto Legislativo 1017 (que deroga la Ley 26850), establece los impedimentos aplicables, señalando lo siguiente:

Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

(...)

c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, **los Alcaldes y Regidores;**

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, **los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado**, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;

(...)

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

De lo expuesto en la norma se puede apreciar que la legislación sobre contrataciones con el Estado también contemplaba el impedimento de ser postor para las personas jurídicas en las cuales regidores o directores de empresas públicas participen en sus órganos de administración, o sean apoderados o representantes legales (por ejemplo, ser miembro de Directorio). Esta disposición guarda sentido con la finalidad de no establecer algún tipo de conflicto de intereses que pudiese perjudicar un desarrollo eficiente del proceso de selección.

Así, se corrobora el impedimento referido como base para el correcto desarrollo de los procesos de selección, recalcando la importancia de impedir que las personas jurídicas con miembros de la administración indicados puedan participar como postores en licitaciones públicas.

Por otro lado, consideramos que algunas situaciones adicionales podrían generar cuestionamientos en relación con el desarrollo del proceso de selección. Este podría ser el caso del señor Julio Quispe Acurio, miembro del Directorio de Emutram, y quien conformó el comité de adjudicaciones encargado de la licitación pública de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu. Como se puede evidenciar de las actas de evaluación y el Dictamen 01-95-CA-MDM, el Comité de Adjudicaciones del proceso de selección estaba integrado por los señores Zenón Conza Huamán, Julio Quispe Acurio y Claudio Arredondo Palomino.

Conforme a los literales b) y c) del artículo 2.2.3 del RUA, el Comité de Adjudicaciones es el órgano encargado de: (i) conducir el acto público de licitación, (ii) analizar las propuestas presentadas por los postores, y (iii) otorgar la buena pro al postor ganador.

Por consiguiente, en el marco del proceso de selección, el señor Quispe era el encargado de evaluar la propuesta presentada por el postor que estaba comprendido por la empresa pública en la cual ejercía el cargo de Director. Ello podría presentar conflictos de interés en la medida que Emutram indirectamente participaba como postor al formar parte de Consettur. El señor Quispe era director de Emutram, por lo que también se encontraba participando como postor. Y justamente en la licitación en que participaba Emutram, el señor Quispe fungía el rol de miembro del Comité de Adjudicaciones, es decir, el órgano encargado de analizar las propuestas y establecer la evaluación para elegir un ganador.

Definitivamente esta situación incide en la participación del postor y en la decisión del Comité de Adjudicaciones que puede encontrar razones en favorecer indirectamente a la empresa en la que desempeña actividades de dirección. El cargo que ostentaba influía en el desempeño de su labor como parte del Comité de Adjudicaciones, mediante el cual debía evaluar las propuestas presentadas y elegir al mejor postor a quien se le adjudicaría la buena pro.

Un primer acercamiento sobre este impedimento se ve reflejado en el artículo 1.1.3 del RUA, el cual desarrolla los principios básicos que rigen en estos procesos de selección, tales como la eficiencia y eficacia, equidad y moralidad, según el siguiente detalle:

Artículo 1.1.3.- Las adquisiciones que realicen los organismos del sector público se orientarán por los principios siguientes:

(...)

e) Eficiencia y eficacia: El uso óptimo de recursos y logro de resultados en materia de adquisición, aplicando los criterios de calidad, cantidad, oportunidad, lugar y costo, en ese orden de prioridad.

(...)

g) Equidad: Todo proveedor de bienes y/o servicios debe potencialmente, tener iguales oportunidades para colocar sus productos en entidades del Estado.

h) Moralidad: Todos los actos referidos a la adquisición, antes, durante y después del suministro o la prestación deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, reserva, equidad, justicia y probidad, por parte de los servidores y funcionarios públicos intervinientes.

Al respecto, es preciso señalar que estos principios rigieron para el actual proceso y no se presentaron debido a que la participación del señor Quispe como director del postor indirecto (Emutram) y a su vez como parte del Comité de Adjudicación que evaluó la propuesta del postor, no correspondía a la moralidad, honradez y probidad, puesto que existían grandes intereses del director y la empresa a la que representa para obtener los beneficios del proceso de selección.

Por dicha razón, no resulta conveniente, aplicable ni razonable que la misma persona sea postor y evaluador al mismo tiempo, hecho que genera rechazo o falta de probidad en el proceso de selección conducido por dicho Comité de Adjudicación. Más aun teniendo en cuenta que es la empresa municipal la que estaba participando indirectamente. Es decir, el regidor de la municipalidad venía evaluando si indirectamente la propuesta de la empresa municipal era la más adecuada para prestar el servicio en concesión. Ello genera una serie de situaciones particulares, las cuales van en contra de los principios indicados y se prestan a posibles direccionamientos o preferencias al momento de evaluar a los postores.

Este tipo de situaciones afectan la competencia desarrollada en los mercados puesto que no se termina por elegir al postor más eficiente o el que tiene la propuesta más competitiva en el proceso de selección, sino que priman otros intereses, o incluso se termina por inclinar la evaluación a favor del postor preferido, otorgándole un contexto favorable para su participación o estableciendo patrones de calificación que le beneficien. Lo señalado previamente resulta cuestionable en el desarrollo de este tipo de procesos de selección y debería evitarse que se replique para otros casos.

Todo ello sumado al establecimiento de requisitos dirigidos a favorecer al postor que venía prestando el servicio en la ruta según lo indicado en el apartado anterior, termina por generar una licitación no competitiva ni eficiente, generando un sobrecosto en la entidad convocante y en la prestación del servicio, lo que se traduce en un ineficiente uso de los recursos y el impedimento de contar con un mejor servicio.

Al igual que lo expuesto en el punto anterior, las posteriores normas de contrataciones con el Estado comprendían impedimentos vinculados a personas jurídicas que tengan en sus órganos de dirección a personas que participan directamente en la evaluación de propuestas, lo que confirmaría la intención de tener procesos de selección eficientes y transparentes, sin permitir algún conflicto de interés que pueda perjudicar su desarrollo. Si bien el RUA no contenía detalladamente este tipo de supuestos aplicables para personas jurídicas, dejaba entrever el objetivo que perseguía⁴⁷.

La disposición que va en línea con lo señalado, sin referirse específicamente a tal supuesto, se encuentra recogida en el artículo 3.2.2 del RUA, el cual señala:

Art. 3.2.2.- Están impedidos de ser postores y por tanto de contratar por si o por terceros los servidores y funcionarios del organismo público convocante, que tengan intervención en la definición de necesidades, evaluación de ofertas, selección de alternativas, autorización de adquisiciones o intervención de pagos. La limitación se circunscribe a la jurisdicción departamental donde labora el servidor o funcionario y alcanza a su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

La disposición señalada muestra el impedimento para ser postor de aquellas personas que sean funcionarios del organismo público convocante y participen en la evaluación de ofertas. Si bien este impedimento no se extendía para personas jurídicas, permitía identificar la intención que existía de limitar la posibilidad de un conflicto de intereses en el desarrollo de las licitaciones públicas.

Este tipo de disposiciones fue con el tiempo perfeccionada mediante las distintas normas de contrataciones existentes en nuestro país. Como señalamos anteriormente, el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, establece un supuesto ampliado del referido por el RUA, incluyendo la limitación para personas jurídicas, según el siguiente detalle:

⁴⁷ Cabe señalar que la normativa de contrataciones de la época presentaba una ausencia de claridad. Al respecto, Bustamante señala que tanto el RUA como el RULCOP «no han definido, ni siquiera en sus términos básicos, cuál es, realmente, el estatuto al que deben sujetarse quienes contraten con el Estado. No existe orgánicamente tal estatuto y las contrataciones del Estado se regulan por un sinfín de normas de diversa jerarquía y dudosa vigencia, normas que deambulan todavía en la dicotomía derecho público versus derecho privado y que en modo alguno conforman un cuerpo orgánico y homogéneo de utilidad para la resolución de varios conflictos de derecho». Bustamante, A. (1989) *La Contratación del Estado en el Perú*. Themis 14, 21-23.

Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

(...)

e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan **intervención directa** en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, **selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección** y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;

(...)

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

Como se puede apreciar, esta disposición establece la prohibición expresa para aquellos funcionarios que hayan tenido intervención directa en el diseño de la licitación, y la extiende a las personas jurídicas que tengan en sus órganos de administración a dichos funcionarios. Esto permite identificar que las disposiciones relacionadas con impedimentos para participar en licitaciones públicas guardan lógica en la necesidad de evitar conflicto de intereses, dada la posición de la entidad convocante y de los encargados de la conducción de la licitación y la evaluación de las propuestas.

Cabe señalar que la norma vigente al momento de la licitación no detallaba específicamente una prohibición clara sobre ese tipo de situaciones, y que incluso las normas posteriores sobre contrataciones con el Estado no comprendían específicamente el supuesto dado por el señor Quispe, quien es director de la empresa que conforma el consorcio que participa como postor (postor indirecto). Sin perjuicio de ello, es posible identificar que estos supuestos podrían terminar afectando el desarrollo de los procesos de selección debido al conflicto de intereses que se manifiesta en este tipo de licitaciones. Así, consideramos que los agentes que se encargan de evaluar los procesos de selección en el marco de contrataciones con el Estado no deben tener vinculación con alguno de los postores que participan en la licitación, tanto en el caso en el que formen parte de los órganos de administración de la empresa postora, así como en aquellos supuestos en los que formen parte de órganos de administración de empresas vinculadas al postor.

En ese sentido, consideramos que el proceso de selección debió declararse nulo debido al incumplimiento de las normas establecidas en la Ley 23835, lo que constituía una causal de nulidad de la licitación conforme a lo establecido en el artículo 3.3.11 del RUA.

4.3.3.2. Prórroga del contrato de concesión sin mediar proceso de selección

Uno de los puntos más complejos a abordar sobre el análisis de la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu corresponde a las prórrogas otorgadas al concesionario inicial (Consettur) sin mediar un proceso de selección.

Como señalamos en las secciones anteriores, luego del proceso de selección, resultó ganador Consettur, a quien se le otorgaría la buena pro mediante Dictamen 01-95-CA-MDM del 31 de agosto de 1995 y su posterior aprobación a través de Resolución de Alcaldía 025-95-A-MDM/U del 1 de setiembre de 1995.

Una vez evaluadas las propuestas y otorgada la buena pro, correspondía que el ganador de la licitación celebrara el contrato de concesión, conforme a lo establecido en las bases de la licitación y en el RUA.

Al respecto, dentro de las distintas condiciones establecidas en las bases de la licitación, se encontraba una de las variables más relevantes para este proceso de selección: el plazo de la concesión, el cual se encontraba fijado en dos años. Ello se puede corroborar de las bases del proceso de selección, el acta de entrega de la ruta y el Acuerdo de Concejo Municipal N° 018/97-CMD.

Sobre el primer documento, es preciso señalar que las bases de la licitación pública detallaban todos los aspectos y condiciones que debían recogerse en el marco del proceso de selección. Así, respecto del plazo de la concesión, la segunda sección de las bases señalaba lo siguiente:

II. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LICITACIÓN

a). - FORMA DE ADQUISICIÓN DE LA RUTA.

Contrato de Concesión de Ruta por 02 años.

b). - PRECIO MENSUAL O COSTO MENSUAL DE LA CONCESIÓN

\$ 2,000.00 DOS MIL DÓLARES MENSUALES haciendo un total de \$ 24,000.00 VEINTICUATRO MIL DÓLARES ANUALES.

Este apartado permite evidenciar que el plazo determinado para la concesión en el marco del proceso de selección era de dos años, condición que debía establecerse en los contratos y en el desarrollo de la concesión.

Sobre el particular, es preciso indicar que tanto el RUA como las propias bases, establecían el carácter que tenían estas en relación con las condiciones bajo las cuales se otorgaba la concesión y las obligaciones establecidas en el contrato. En particular, dichas disposiciones establecían:

REGLAMENTO ÚNICO DE ADQUISICIONES

Art. 1.5.4.- Las bases Administrativas son de aplicación obligatoria por el organismo público, por los postores intervinientes y para elaborar el contrato definitivo.

BASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

VII.- DEL CONTRATO

c) Formarán parte integrante del contrato las presentes bases y demás documentos de la licitación

Teniendo ello en cuenta, las bases no solo establecían las condiciones existentes para la conducción y desarrollo de la licitación pública, sino que además eran de aplicación obligatoria para la elaboración del contrato definitivo e inclusive constituían parte integrante del contrato de concesión. Ello permite evidenciar que, aun cuando ciertas condiciones no fuesen recogidas en el contrato, bastaba con que ellas se encuentren plasmadas en las bases del proceso para que puedan formar parte del documento definitivo y, por ende, exigir el cumplimiento de tales obligaciones.

Cabe señalar que, en la medida que todos los agentes interesados en participar en el proceso de selección adquirirían las bases para saber las condiciones, tomaron conocimiento de estas y de su vinculatoriedad, la cual no podía eximirse en caso no se contemple expresamente en el contrato, sin perjuicio de la obligación que tenía el organismo público y los postores de recogerlos en el referido documento.

En ese sentido, de acuerdo con la información revisada, se puede concluir que las bases de la licitación fijaron de manera expresa que la concesión materia de licitación pública sería otorgada por un plazo de dos años.

Sobre el segundo documento, es preciso indicar que luego de haberse aprobado el dictamen de otorgamiento de la buena pro, la Municipalidad Distrital de Machupicchu se dispuso a entregar la ruta a la empresa Consettur.

Como consta en el “Acta de Entrega de la Ruta de transporte de pasajeros Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu”, la ruta señalada se entrega en atención a la Resolución de Alcaldía 025-95/A-MDM, y conforme a lo establecido en las bases de la licitación y en el RUA, indicando en su segundo considerando:

SEGUNDO.- De conformidad a las normas establecidas en las bases de la Licitación Pública, el Reglamento Único de Adquisiciones RUA, y las cláusulas del Contrato de Concesión de ruta, con presencia de los suscribientes, autoridades del Distrito y el Público en general, se procedió a la entrega material y directa de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa a Consettur Machupicchu S.A. por el lapso de 02 años a partir de la fecha, por haber obtenido la buena pro en la Licitación Pública, acto que se cumple en el punto específico denominado la PACCHA, que viene a ser el Paradero inicial de la ruta antes aludida.

De esta forma, el acta corrobora el plazo establecido en las bases de la licitación, reconociendo que la entrega de la ruta es por el lapso de dos años en atención a la buena pro otorgada en el referido proceso de selección. Ello coincide con lo establecido en el RUA y en las propias bases respecto de la obligación de considerar sus disposiciones en el contrato de concesión, formando parte integrante de este último.

Cabe señalar que el acta también reconoce que el plazo de concesión del contrato de concesión es de dos años. En particular, la sección citada indica expresamente que la entrega de la ruta se realiza de conformidad con las cláusulas del contrato de concesión de ruta. Debido a ello, se puede deducir que el contrato firmado por las partes también establece que la concesión tiene un plazo de 2 años.

Por todo lo indicado, podemos concluir que el Acta de entrega de la ruta corrobora que el plazo de la concesión de la ruta en el marco de la licitación pública era de dos años, reafirmando lo indicado en las bases del proceso de selección.

Sobre el tercer documento, el cual comprende el Acuerdo del Consejo Municipal 018/97 CDM (mediante el cual se declara fundado el recurso de apelación presentado por Consettur y se integra a la Resolución de Alcaldía 025-95-A-MDM/U), debe entenderse que el plazo de concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu es por diez años computables desde el 6 de setiembre de 1995 hasta el 6 de setiembre de 2005.

Como señala el acta de sesión ordinaria de Consejo Municipal del 24 de agosto de 1997, Consettur mediante escrito del 23 de mayo de 1997 solicitó a la Municipalidad Distrital de Machupicchu que el plazo de la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu se entienda otorgado por el plazo legal establecido en el artículo octavo del Decreto Supremo 012-95-MTC. Al respecto, el artículo octavo indicaba:

TITULO II DE LAS CONCESIONES

CAPITULO I ASPECTOS GENERALES

Artículo 8.- Las concesiones serán otorgadas a empresas que oferten para el servicio ómnibus, cuya antigüedad no exceda de los veinte (20) años para el Servicio Regular y diez (10) años para el Servicio Preferencial, contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de su fabricación.

El plazo de vigencia de la concesión será de diez (10) años, renovables por el mismo período, de no mediar observación por parte de la Autoridad Administrativa.

La concesión para el servicio preferencial será otorgada por diez (10) años en el caso que la empresa cuente con una flota de ómnibus nuevos cuya antigüedad no exceda del año de su fabricación. En caso de que la empresa oferte ómnibus usados para el servicio, la concesión caducará en la fecha que el vehículo más antiguo de la flota cumpla diez (10) años de antigüedad.

Así, Consettur solicitó a la Municipalidad Distrital de Machupicchu que el plazo de la concesión (otorgada por 2 años según las bases, el acta de entrega y el contrato) se considere fijado en 10 años, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto Supremo 012-95-MTC que establecía que las concesiones deberían darse por ese periodo⁴⁸.

Cuando Consettur presentó el recurso de apelación respecto de su solicitud, el Consejo Municipal emitió el Acuerdo de Consejo Municipal 018/97-CDM el cual declara fundado dicho

⁴⁸ Cabe señalar que Consettur presentó la solicitud conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo 02-94-JUS. Así, habiendo transcurrido el plazo de 30 días para la atención de la solicitud presentada conforme al artículo 51 de dicha norma, Consettur presentó una apelación sobre su solicitud en atención a los artículos 87 y 99 de la misma ley. En ese sentido, la Resolución de Consejo se emitió en atención a la apelación presentada.

recurso e integra el acuerdo a la Resolución de Alcaldía 025-95-A-MDM/U, debiendo considerarse que el plazo de la concesión es de 10 años.

Como consta en el acta de sesión ordinaria de consejo municipal, la solicitud de Consettur indicaba que, si bien la concesión tenía un plazo de 2 años, debía entenderse que era por 10 años de acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo 012-95-MTC. Es decir, la empresa Consettur señalaba expresamente que el plazo de la concesión era de 2 años. Asimismo, el Acta de sesión ordinaria de consejo municipal hace referencia a que las bases de la licitación establecían que el otorgamiento de la concesión era por un plazo de 2 años.

En consecuencia, este documento permite corroborar que la concesión era por un plazo de 2 años, tal como hemos señalado en los párrafos precedentes y como se concluye de la diversa información analizada.

Sin perjuicio de ello, es pertinente formular algunos cuestionamientos a la ampliación que estableció el Consejo Municipal mediante el Acuerdo de Consejo Municipal 018/97CDM.

Como se indicó, el referido Acuerdo fue integrado a la Resolución de Alcaldía 025-95-A-MDM/U debiendo considerarse el otorgamiento de la concesión por un plazo de 10 años. Dicho acuerdo fue fundamentado en la potestad que tienen las Municipalidades Distritales para el otorgamiento de concesiones, la aplicación de dicha norma a las empresas que hayan obtenido concesiones y la condición de autoridad administrativa de la Municipalidad Distrital de Machupicchu.

Sobre el primer punto, debemos señalar que, si bien la Municipalidad Distrital de Machupicchu tenía facultades para el otorgamiento de concesiones, ello no quiere decir que podía otorgar concesiones de manera selectiva a libre criterio y sin mediar un proceso de selección correspondiente. En ese sentido, las disposiciones indicadas en el RUA eran de obligatorio cumplimiento para la convocatoria a una licitación pública, la cual debía constar para el otorgamiento de la concesión sobre la ruta por un plazo mayor.

Por otro lado, el Acuerdo de Consejo señalaba que era necesario acoger el plazo de 10 años para la concesión a favor de Consettur según lo dispuesto por el Decreto Supremo 012-95-MTC, y se sustentaba en la tercera disposición transitoria, la cual establecía lo siguiente:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Tercera. - Las empresas que tengan derecho a una concesión o la hayan obtenido mediante los procesos de licitación, concurso u otros similares, convocados por las municipalidades provinciales para servir una ruta determina, mantendrán su derecho adquirido.

Como podemos apreciar, la disposición citada indica que los agentes que hayan obtenido una concesión mediante los procesos de licitación mantendrán su derecho adquirido. Es decir, quienes tengan una concesión a su favor no se verán afectados por la norma. Sin embargo, el texto no indica que las concesiones deberán ampliar su plazo a lo señalado en la norma.

Es más, esta norma fue publicada el 28 de julio de 1995, lo que quiere decir que entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 29 de julio de 1995. Como se puede apreciar de la documentación revisada, la convocatoria a licitación fue publicada en agosto de 1995 y el otorgamiento de la concesión se dio en setiembre del mismo año. Es decir, a la fecha de entrada

en vigor del Decreto Supremo 012-95-MTC, Consettur no tenía ni había obtenido derecho a concesión alguna. Por tanto, tampoco podía mantener su derecho adquirido, ya que no tenía ninguno.

En vista de ello, no resulta aplicable la tercera disposición transitoria del Decreto Supremo 012-95-MTC en el sentido que Consettur no tenía concesión al momento de su entrada en vigor. Por esa razón, no podía ampliarse el plazo por el que inicialmente se había otorgado la concesión a dicha empresa sobre la ruta indicada.

Ahora bien, con la entrada en vigor del Decreto Supremo 012-95-MTC en julio de 1995, lo que correspondía hacer era adecuar las bases del proceso de selección a dicha normativa, incluyendo como plazo a otorgar la concesión en 10 años. Al respecto, la cuarta disposición transitoria establecía:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Cuarta. - La autoridad administrativa iniciará el proceso de adecuación de otorgamiento de concesiones de rutas en su jurisdicción, dentro de los treinta (30) días calendario de vigencia del presente Decreto Supremo.

De la cita indicada, se puede observar que la Municipalidad Distrital de Machupicchu, debió iniciar la adecuación del otorgamiento de la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, conforme a lo establecido en el Decreto Supremo 012-95-MTC. Cabe señalar que, a la fecha de entrada en vigor de la norma, todavía no había sido publicada la convocatoria del proceso de selección, ni habían sido elaboradas las bases de la licitación, las cuales fueron establecidas recién el 2 de agosto de 1995.

Teniendo en cuenta ello, la Municipalidad Distrital de Machupicchu, conociendo las nuevas disposiciones vigentes (y contando con tiempo para hacerlo), debió adecuarlas antes de lanzar la convocatoria del proceso de selección. Así, el proceso de selección hubiese permitido la participación de más agentes interesados en la prestación del servicio y la adjudicación de dicha concesión.

Es necesario precisar que ampliar el plazo de la concesión otorgada a Consettur mediante una adecuación que no resultaba aplicable afecta la eficiencia de la concesión y la falta de la variable de competencia en la prestación del servicio. Con el Acuerdo de Consejo que estableció la concesión hasta el 2005, se terminó aceptando que una empresa que había ganado un proceso de selección con condiciones y obligaciones establecidas para un plazo de dos años termine obteniendo los beneficios de una concesión de diez años.

Como lo señala la literatura económica, para que un proceso de selección sea eficiente se debe intentar convocar a la mayor cantidad de competidores posibles de manera que se fomente la competencia entre ellos por lograr el objetivo de adjudicarse la buena pro de la licitación pública.

Asimismo, las condiciones que se establecen para este proceso de selección influyen en las propuestas y condiciones que los postores plantean: las condiciones y obligaciones que asuma serán mayores en la medida que la concesión le resulte más interesante (Paredes & Sánchez, 2004, p. 220).

Sobre el particular, uno de los criterios más importantes que son establecidos en una licitación pública es el plazo de la concesión. Esta variable permite a los postores conocer los beneficios que podrían generarse adjudicándose la buena pro, por lo que resulta relevante conocer el plazo que se tendría a favor de la concesión para determinar una oferta. En el caso en particular, teniendo en cuenta que la prestación del servicio de transporte generaría réditos por los viajes realizados, es posible determinar que, a mayor plazo de concesión, mejores condiciones y propuestas estará dispuesto a ofrecer el postor.

Por otro lado, un mayor plazo de concesión permite ampliar la base de los competidores que estarían interesados en la licitación. En muchos casos, existirían agentes a quienes no les resulta atractivo participar en una licitación por un plazo de 2 años, por el corto periodo que tendrían para recuperar la inversión. Sin embargo, plantear una concesión de 10 años resultaría mucho más atractivo, logrando así que estos intervengan.

La participación de más agentes en el proceso de selección beneficia a la competencia, permitiendo que haya más competidores quienes pugnarán por adjudicarse la buena pro y estos a su vez, presentarán mejores propuestas (precios más bajos, mejor calidad en el servicio, entre otros) con el objetivo de ganar la concesión.

En el caso en particular, al no adecuar las bases de la licitación con la entrada en vigor del Decreto Supremo 012-95-MTC en 1995, pasando desde el inicio de establecer el plazo de la concesión en 10 años, se afectó las condiciones de competencia y eficiencia que debían primar en el otorgamiento de la prestación del servicio en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Por otro lado, al declarar fundada la apelación mediante el Acuerdo de Consejo en 1997 y considerar que la concesión otorgada era por un plazo de 10 años, también se afectaron las condiciones de competencia y eficiencia, puesto que se generó una ampliación sin que medie un proceso de selección que incorpore la variable competitiva en la asignación de la ruta por esos 8 años adicionales. Asimismo, ello ocasionó que no se considere el aspecto normativo, pues, a la entrada en vigor de dicha norma, Consettur no tenía una concesión ganada mediante licitación pública, no siendo aplicable a su caso.

Finalmente, es necesario indicar que, en el marco del procedimiento bajo análisis, Consettur informó que venía prestando el servicio de transporte en la ruta en atención a un contrato de concesión celebrado con la Municipalidad Distrital de Machupicchu en 1995 en virtud de la licitación pública mediante la que se adjudicó la buena pro. Este contrato establecía un plazo de 30 años para el otorgamiento de la concesión señalada.

Al respecto, el contrato de concesión presentado por Consettur por un plazo de 30 años va en contra de toda la información analizada sobre el proceso de selección y la documentación recopilada en el marco de una investigación realizada por la Secretaría Técnica en 1999. Si bien Consettur presentó dicho documento en el marco del procedimiento administrativo analizado, corresponde plantear una serie de cuestionamientos a lo señalado, incluso sus propias declaraciones.

Como hemos señalado anteriormente, la distinta documentación referida al proceso de selección y la propia normativa del RUA establece que la licitación pública y el contrato de concesión se rigen por las bases de la licitación, las cuales incluso constituyen parte integrante del contrato final.

Así, las bases de la licitación establecen de manera expresa que la licitación pública es para el otorgamiento de la concesión de la prestación del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu por un plazo de 2 años. Del mismo modo, el acta de entrega de la ruta también recoge de manera expresa el plazo de 2 años.

Por otro lado, no solo se encuentra en la documentación, sino también en los propios actos de la empresa Consettur. En primer lugar, la solicitud presentada ante la Municipalidad Distrital de Machupicchu, por la que pidieron que el plazo de la concesión sea entendido por 10 años debido a lo establecido en el Decreto Supremo 012-95-MTC permite evidenciar que la misma Consettur consideraba que el plazo de la concesión era de 2 años y que este debía ser ampliado considerando la norma referida. De contar con un contrato de concesión por un plazo de 30 años sobre la ruta, la solicitud presentada carecería de sentido, y más aún lo resuelto por el Consejo Municipal declarando fundada su apelación y declarando se tenga en cuenta la concesión por un plazo de 10 años.

Adicionalmente, Consettur presentó un escrito en el marco de la investigación preliminar iniciada en 1999 por la Comisión, en atención a distintas comunicaciones remitidas por la autoridad. En dicho documento, Consettur indicó que participó en la licitación pública para la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu en la cual resultó adjudicataria de la buena pro, conforme a las bases de la licitación y las actas de sesión. Asimismo, señaló que mediante la Resolución de Alcaldía 025-95-A-MDM-U se aprobó el dictamen del Comité de Adjudicaciones otorgándole la buena pro, y que el 11 de setiembre le fue entregada la ruta mediante Acta de Entrega de la Ruta.

Por otro lado, Consettur detalló en el escrito señalado que, en atención a la apelación presentada, el Consejo Municipal decidió mediante Acuerdo 018-97-CDM, que la concesión de la ruta era “hasta el 6 de setiembre del año 2005”. Es decir, la propia Consettur manifestó expresamente que la concesión de la ruta fue ampliada por acuerdo de consejo municipal y que tendría vigencia hasta el año 2005. De existir un contrato de concesión por 30 años firmado en 1995, las afirmaciones descritas por la propia concesionaria en el escrito de 1999 carecerían de sentido, ya que la concesión no se mantendría vigente únicamente hasta 2005, sino hasta 2025. Del mismo modo, es claro que esa afirmación no obedece a algún error material, sino a la ampliación de la que hemos hablado detalladamente en los puntos anteriores y que determinaba un plazo de 10 años en atención al Decreto Supremo 012-95-MTC y que vencía en el año 2005.

Finalmente, en el referido escrito, Consettur adjuntó toda la documentación relacionada, esto es, las bases de la licitación, las actas de sesión, el acta de entrega de la ruta y el acuerdo de consejo municipal que resuelve la ampliación señalada. Esta documentación es referida en el escrito de Consettur y corrobora lo señalado por ella, confirmando que no existía referencia alguna a un contrato concesión de 30 años como intentaron afirmar en el año 2005.

Por todo lo expuesto, podríamos concluir que el referido Contrato de Concesión por un plazo de 30 años carece de asidero de acuerdo con la documentación sobre el proceso de selección que ha sido previamente revisada, y por lo señalado por Consettur en su propio escrito de 1999, lo que no guarda relación con lo que posteriormente pretende afirmar.

En conclusión, Consettur participó en un proceso de selección que, si bien contaba con algunos requisitos que restringían la competencia, permitió cierto nivel de pugna entre los postores por

hacerse de la ruta. Sin embargo, dicho proceso debió adecuarse antes de su lanzamiento en 1995 a lo dispuesto en el Decreto Supremo 012-95-MTC ampliando el plazo a 10 años, lo que hubiese generado una mayor convocatoria atrayendo a más postores interesados, e incentivar una mayor competencia entre ellos.

Con respecto a la adecuación posterior en 1997 a través del acuerdo de consejo municipal, este afectó las condiciones de competencia y eficiencia en la prestación del servicio al otorgar una “ampliación” del plazo de concesión por 8 años más sin mediar un nuevo proceso de selección y a su vez incumplió lo dispuesto en la norma dado que esta no resultaba aplicable a Consettur.

Finalmente, es necesario indicar que la presunta celebración de un contrato de concesión por el plazo de 30 años no solo contradice todo el análisis realizado a lo largo de esta sección, sino que además confronta lo señalado por la propia empresa en la investigación de 1999. Todos los argumentos expuestos dan cuenta que este documento es cuestionable y su validez no tiene mayor asidero.

4.3.3.3. Regulación de tarifas no aplicada

Otro de los puntos a analizar dentro del desarrollo de la concesión otorgada es el establecimiento de las tarifas aplicables para la prestación del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Al respecto, como señalamos anteriormente, la concesión de la ruta Aguas Calientes, Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu fue otorgada a Consettur en el marco del proceso de selección desarrollado por la Municipalidad Distrital Machupicchu. Esta se rigió por lo dispuesto en las bases de licitación, en la cual el literal c) de la sección “Obligaciones del postor” señalaba:

OBLIGACIONES DEL POSTOR

(...)

c). - El ganador se obliga a no variar las tarifas que actualmente se cobran para el transporte del turista nacional como extranjero, la que únicamente será modificada o incrementada por la Municipalidad de Machupicchu, en coordinación con las instituciones correspondientes.

Esta disposición establece expresamente que las tarifas debían ser las mismas que se venían cobrando y precisa que estas solo podían modificarse por la Municipalidad Distrital de Machupicchu, entidad convocante de la licitación, en coordinación con las instituciones estatales vinculadas a la prestación del servicio. En ese sentido, las reglas aplicables a las tarifas están claramente establecidas limitando su variación a la decisión de la Municipalidad Distrital de Machupicchu.

Como hemos señalado en el punto anterior, el RUA y las propias bases establecían que las disposiciones contenidas en estas últimas debían ser incorporadas en el contrato definitivo e incluso formaban parte integrante del contrato final⁴⁹.

⁴⁹ Ello conforme a lo establecido en el artículo 1.5.4 del RUA y al literal c) de la sección séptima de las bases de la licitación pública.

Ello demuestra que las bases no solo establecían los parámetros bajo los cuales se conducía la licitación pública, sino también las condiciones que debían contener en los contratos, al formar parte integrante de los mismos. En ese sentido, el contrato debía establecer dicha disposición tal cual estaba indicada en las bases, y aun cuando no estuviera recogida, debía considerarse como una disposición obligatoria para las partes al ser parte integrante del contrato.

Teniendo ello en cuenta, se debe entender que, en el marco del derecho otorgado sobre la conexión para la prestación del servicio en la ruta, la concesionaria tenía la obligación de no modificar las tarifas establecidas. Asimismo, dichas condiciones establecían que la única forma en la que las tarifas podían ser modificadas era por decisión de la concedente, en este caso, la Municipalidad Provincial de Machupicchu.

Como señalamos anteriormente, conforme a la información analizada, Consettur se adjudicó la buena pro de la licitación pública por un plazo de 2 años. Posteriormente, en 1997, mediante Acuerdo de Consejo Municipal se dispuso que se entienda otorgada la concesión por un plazo de 10 años, es decir, se mantenía vigente hasta el año 2005.

Independientemente de los cuestionamientos formulados en la sección anterior sobre la “ampliación” del plazo indicado, corresponde analizar el comportamiento de Consettur en relación con las tarifas durante el periodo en el que venía desarrollando actividades producto de la concesión, esto es, desde 1995 a 2005.

Al respecto, podemos identificar que la tarifa cobrada por Consettur para la prestación del servicio fue incrementada en distintas oportunidades durante sus actividades, las cuales fueron una decisión adoptada por iniciativa y voluntad autónoma de la empresa concesionaria.

Consettur tuvo oportunidad de remitir información sobre las modificaciones históricas de las tarifas. En la siguiente tabla se puede apreciar los incrementos que se habrían materializado durante el periodo analizado⁵⁰:

Tabla 2
Incrementos de tarifa en el tiempo

Categoría	Tarifa inicial	Tarifa Diciembre 1999	Tarifa Enero 2005
Adulto (Ida y vuelta)	\$ 6.00	\$ 9.00	\$ 12.00
Niño (Ida y vuelta)	\$ 3.00	\$ 4.50	\$ 6.00

Fuente: Consettur
Elaboración: Propia

Como podemos apreciar, la tarifa cobrada para el servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu presentó dos incrementos en el periodo bajo análisis. El primero de ellos presentó una subida de la tarifa en un 50%, mientras que el segundo tuvo una subida de aproximadamente el 33.3%.

Con ello podemos concluir que existieron variaciones en la tarifa cobrada por el servicio, lo que va en contra de las obligaciones adoptadas en el marco de la licitación pública y contenidas

⁵⁰ Si bien la información presentada por Consettur incluye información sobre todas las tarifas diferenciadas, utilizaremos solo los casos de adultos y niños para poder simplificar el análisis.

en el contrato de concesión (dada la condición que tienen las bases de la licitación como parte integrante).

Sin perjuicio de ello, corresponde revisar si dichas modificaciones calzan dentro del supuesto permitido por las disposiciones señaladas. Para ello se deberá analizar si es que el incremento de las tarifas fue por decisión de la entidad concedente.

En particular, la primera alza fue llevada a cabo en 1999 e informada a las distintas agencias de viaje mediante una comunicación de Consettur. Como ejemplo, la Carta Circular N° 302-99-PD remitida por Consettur señala lo siguiente:

(...) Previo un cordial saludo me dirijo a Usted, con la finalidad de comunicarle que, por acuerdo de Directorio y considerando los constantes incrementos en el combustible y autopartes se ha determinado que, a partir del día 01 (primero) de Diciembre de 1999 se incrementará las tarifas de los servicios de Transporte de Aguas Calientes Ciudadela Inka y viceversa en un 50%. Asimismo, este incremento se aplicará a la tarifa de servicios privados.

Como se puede observar en la circular remitida por Consettur, el incremento aplicable desde diciembre de 1999 fue decidido por la empresa mediante acuerdo de Directorio. Es decir, la entidad convocante no fue la que determinó el alza de la tarifa (como se especificaba en las condiciones de la licitación), sino que la concesionaria libremente decidió aplicar el incremento y determinar la fecha de entrada⁵¹. Esto se corrobora con lo señalado por la concesionaria en su escrito del 8 de enero de 2001, en donde señala:

[...] debo referir que no existe diferencia de precios, mucho menos ninguna de las empresas socias y usuarias fijan sus precios en forma independiente, sino la Presidencia del Directorio que está a mi cargo y el Directorio en pleno establecemos los lineamientos y la política de trabajo y desarrollo que han de regir los destinos de mi representada, por lo que es el Directorio el que fija el precio único que ha de regir por el servicio que presta el consorcio.

De acuerdo con el extracto, el Directorio de Consettur se encarga de fijar las tarifas y establecer las alzas cuando lo considere conveniente, dejando de lado las obligaciones que debía cumplir respecto de las tarifas. Cabe señalar que este incremento no fue consultado a la Municipalidad, lo que se confirma por lo señalado por dicha entidad mediante Oficio 099-2001-MDM-A del 20 de abril de 2001, el cual indica que “el aumento de tarifas dispuesto por Consettur Machupicchu S.A.C. no fue coordinado con la Municipalidad Distrital de Machupicchu”.

De esta forma, se puede concluir que el incremento de la tarifa planteado en diciembre de 1999 fue decidido unilateralmente por Consettur y no fue discutido con la Municipalidad Distrital de Machupicchu. Así, Consettur habría decidido establecer el primer incremento identificado, subiendo la tarifa en un 50%, tal como lo indica su comunicación y la información entregada por dicha empresa.

Con respecto al incremento de enero de 2005, se puede evidenciar que mediante Carta N° 94-GG-2004 del 30 de diciembre de 2004, Consettur indicó que, por decisión de la empresa, el

⁵¹ Cabe señalar que, mediante escrito del 27 de abril de 2001, Consettur indicó que el incremento se sustentó, entre otros, en el estudio de costos fijo y costos variables, dado que la tarifa había estado congelada los último 4 años y 3 meses, a pesar del aumento del precio de combustible y repuestos de las unidades.

pasaje de turista extranjero iba a costar \$ 12.00 a partir de la fecha establecida (1 de enero de 2005). Ello se condice con lo expuesto en su comunicación de incremento que establece el precio de \$ 12.00 para adultos extranjeros y \$ 6.00 para niños extranjeros, en el servicio de ida y vuelta.

Ello coincide con lo señalado por la entidad concedente, quien mediante Oficio 0148-A-MDM-2006 del 24 de abril de 2006, indicó que la Municipalidad Distrital de Machupicchu “no regula precios del servicio de transporte”.

A su vez, esto es corroborado por Consettur a través de las afirmaciones planteadas en su escrito del 8 de junio de 2005, es decir, en fecha posterior a la implementación de ambos incrementos registrados a lo largo del desarrollo de actividades de la concedente. En dicho documento, Consettur indicó:

Respecto a la regulación de tarifas, también conviene señalar que esta es función de la Municipalidad Cedente, de acuerdo a [sic] como lo reconoce en sus informes el INDECOPI [Informe 012-2001-INDECOPI/CLC] función municipal que no ha sido debidamente evaluada por este.

Según lo citado, si bien Consettur reconoce la facultad de la Municipalidad Distrital de Machupicchu para regular las tarifas (siendo más oportuno hablar del “control absoluto” de las tarifas), también declara expresamente que dicha función de regulación no ha sido aplicada por la municipalidad hasta el momento. Es decir, a junio de 2005, habiéndose ejecutado los dos incrementos de tarifa registrados, la municipalidad no había regulado las tarifas, en otras palabras, no había intervenido en la determinación del alza de los precios.

Ello corrobora la no intervención de la municipalidad distrital de Machupicchu en la determinación de las alzas implementadas para la prestación del servicio, y evidencia que fue Consettur quien decidió el segundo incremento registrado en las tarifas de manera independiente y sin que la municipalidad ni siquiera tomara conocimiento de dichas acciones o fuese consultada.

Por lo expuesto, podemos concluir que Consettur decidió de manera unilateral e ilegal establecer los incrementos de las tarifas para el servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas - Ciudadela Inka de Machupicchu. En ese sentido, Consettur incumplió las obligaciones establecidas en el contrato de concesión obtenido en el marco de la licitación pública, afectando a las condiciones de eficiencia en el servicio.

Conclusiones

- De acuerdo con toda la información revisada, podemos evidenciar que el otorgamiento de la buena pro para la concesión del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu fue otorgado en el marco de un proceso de selección convocado por el Estado en el que se convocó a distintas empresas y se evaluó a las postoras de acuerdo con las condiciones establecidas en las bases.
- Si bien el proceso de selección se llevó a cabo en base a puntaje, y se determinó como ganador al postor que obtuvo un mayor puntaje, también es cierto que los aspectos a evaluar no fueron los idóneos para un tipo de servicio de esa naturaleza.

- Asimismo, no se debió permitir la participación de una empresa municipal en la concesión de la ruta debido al conflicto de intereses que existía entre la entidad otorgante y la postora. Esto se materializó en la participación de una empresa cuyo Directorio estaba conformado por una persona natural que era Director de una empresa municipal, y que además era regidor de la entidad concedente.
- Sin perjuicio de ello, durante el desarrollo de la concesión se generaron una serie de situaciones que impidieron el correcto desarrollo de la concesión en condiciones de competencia.
- Al respecto, el plazo de la concesión fue ampliado en numerosas ocasiones sin que medie proceso de selección alguno. Ello permitió que la empresa que inicialmente se había adjudicado la concesión por un plazo de 2 años, termine prestando el servicio de manera exclusiva por más de 10 años. Esta extensión sin proceso de selección generó una ineficiencia en las condiciones pactadas para la concesión del servicio, por tratarse de una propuesta menos atractiva para los competidores.
- Por otro lado, la Municipalidad Distrital de Machupicchu nunca hizo uso de la facultad con que contaba para regular la tarifa del servicio otorgado en concesión. Si bien esta prerrogativa se encontraba incluida en las bases del proceso, la entidad no ejerció su derecho durante todo el periodo en que se prestó el servicio. Ello permitió que Consettur obtenga el control autónomo sobre las tarifas, incrementándolas como mejor le pareciera. Dicha situación generó la prestación ineficiente del servicio, en tanto no se venían generando las condiciones de competencia que originalmente se habían pactado en la concesión.
- Esto permite concluir que las condiciones de competencia se encontraban formalmente registradas en las bases del proceso de selección, pero nunca fueron debidamente implementadas, razón por la cual la prestación del servicio otorgado en concesión no contempla condiciones de competencia óptimas ni eficientes.

5. CONCLUSIONES GENERALES

Conforme hemos podido apreciar a lo largo del presente informe, existe una serie de aspectos en relación con la presunta práctica anticompetitiva identificada que, luego de ser analizadas, permiten llegar a las siguientes conclusiones:

- El régimen económico en el Perú es una economía social de mercado, a través de la cual el mercado se rige por la ley de la oferta y la demanda, lo que termina estableciendo los precios de los bienes o servicios. El Estado fomenta la iniciativa privada y se relega a desempeñar un rol subsidiario, permitiendo que los privados tengan una participación activa. Debido a ello, el Estado no puede ni debe fijar precios de los bienes o servicios comercializados en el mercado, dejando que sea la interrelación entre la oferta y la demanda la que se encargue de dicho aspecto.
- La legislación de libre competencia y las políticas sobre la materia tienen por objetivo la protección del proceso competitivo en sí, por lo que se busca resguardar la dinámica de competencia en los mercados. En la búsqueda por alcanzar dicha finalidad, se generan beneficios en los consumidores, siendo esto una consecuencia del objetivo de la normativa de libre competencia. Esto se mantiene tanto en la norma antigua de libre competencia (Decreto Legislativo 701) como en la norma vigente (Decreto Legislativo 1034), corroborando su permanencia.
- En los supuestos específicos para la identificación y represión de conductas de abuso de posición de dominio se establece que estas deben tener como objetivo afectar el proceso competitivo, desarrollándose supuestos en los que se reconoce una exclusión por parte de agentes competidores del mercado. En ese sentido, no se detalla algún supuesto en el cual la conducta anticompetitiva pueda tener efectos explotativos, por lo que no debe considerarse que este tipo de conductas eran sancionables por la normativa de libre competencia.
- Aun cuando se busque justificar que la norma no era lo suficientemente clara al momento de definir que las conductas de abuso de posición de dominio con efecto explotativo se encontraban dentro del ámbito de la norma y podían ser reprimidas por la ley de libre competencia, no correspondía sancionar a Consettur debido a la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1034. Esta norma resuelve cualquier tipo de discrepancia sobre el carácter exclusorio que debían presentar las conductas de abuso de posición de dominio para ser sancionadas, e incluso recoge en su exposición de motivos las razones por las cuales busca clarificar este aspecto que siempre debió ser entendido de dicha forma.
- Esta norma, permitía su aplicación en atención a la retroactividad benigna de la ley, en tanto se trataba de un dispositivo legal que establecía condiciones más favorables para el administrado. Así, de la evaluación del íntegro de la norma, se pudo corroborar que el Decreto Legislativo 1034 contenía condiciones más favorables para el administrado que el Decreto Legislativo 701, por lo que debía ser aplicado, dejando de lado cualquier posible sanción por conductas de abuso de posición de dominio con efectos explotativos.
- Por consiguiente, los órganos del Indecopi en primera y segunda instancia resolvieron conforme a ley y en atención al análisis de la presunta conducta investigada, partiendo

de un análisis general de la naturaleza de las conductas anticompetitivas y los supuestos establecidos para las conductas de abuso de posición de dominio. En ese sentido, nos encontramos a favor del análisis realizado y lo dictaminado por ambos colegiados.

- Sin perjuicio de que la conducta realizada por Consettur mediante el incremento de precios no resulte sancionable al tratarse de una conducta con efectos explotativos (los cuales no son sancionados por la normativa de libre competencia), es preciso analizar las condiciones de la prestación del servicio de transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu.
- De la revisión de la concesión, se puede apreciar que la ruta fue otorgada a Consettur en el marco de un proceso de selección. Esta empresa se encontraba integrada por la Empresa Municipal de Transportes de Machupicchu, la cual prestaba el servicio previamente a la licitación. Asimismo, se pueden identificar que dentro del proceso de selección se establecieron criterios que terminaron por favorecer al agente económico que venía prestando el servicio en la ruta, lo que afectó a las condiciones de competencia en el otorgamiento de la concesión
- Por otro lado, se identificaron una serie de situaciones que afectaron la prestación del servicio en condiciones competitivas. La primera de ellas está vinculada a la participación de una empresa municipal en un proceso de selección convocado por la Municipalidad Distrital de Machupicchu. Este supuesto era una de las prohibiciones establecidas en la norma para ser postor en un proceso de selección, hecho que generaba la imposibilidad de que Consettur, integrado por la empresa municipal, participe como postor.
- Adicionalmente, el contrato de concesión tenía un plazo de dos años, sin embargo, Consettur continuó prestando el servicio en base a una ampliación de la concesión de la ruta sin que medie proceso de selección alguno. Ello afecta a las condiciones legales al venir prestando el servicio sin título habilitante (dado que se había superado el plazo establecido en las bases del proceso de selección y el contrato de concesión). Del mismo modo, afecta a las condiciones de competencia en tanto la ampliación del proceso se dio sin un nuevo concurso que fomente la competencia entre antiguos y nuevos postores que se encuentren interesados en prestar el servicio, ofreciendo propuestas con condiciones más favorables, lo que deviene en una prestación del servicio de manera más eficiente.
- Finalmente, se identificó que durante el periodo en el cual Consettur prestó el servicio de las rutas, modificó las tarifas del servicio a pesar de que las bases del proceso de selección establecían que estas no podían ser modificadas por el postor. La única opción para la variación del precio era cuando la Municipalidad Distrital de Machupicchu así lo determinara (facultad que no fue ejercida por el órgano edil en ningún momento desde el otorgamiento de la concesión). Ello permite concluir que las modificaciones tarifarias fueron decididas y ejecutadas de manera autónomas por Consettur, siendo contrario a lo establecido en las bases del proceso de selección y genera un incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario.
- Teniendo en consideración este contexto, es oportuno derivar los hechos acontecidos a las entidades competentes para determinar la legalidad del otorgamiento de la concesión

de la ruta de Acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu y las condiciones de la prestación del servicio de transporte en la ruta señalada a cargo de Consettur.



6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre, I. (2009). Notas sobre Competencia Imperfecta. *SARRIKO-ON. Archivo Digital Docencia Investigación – Universidad del País Vasco*. <https://addi.ehu.es/handle/10810/12494>
- Alzamora, M. (1980). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima: Tipografía Sesator.
- Areco, J. (1948). *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires: Guillermo Kraft.
- Arrázola, F. (2014). El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de Derecho Público – Universidad de los Andes*, (32). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4760108>
- Ayvar, R. (2020). *Los precios y el coronavirus: ¿Intervención o empatía?* Recuperado del sitio web de Enfoque Derecho: <https://www.enfoquederecho.com/2020/04/10/los-precios-y-el-coronavirus-intervencion-o-empatia/>
- Ayvar, R. (2021). *Las Conductas Anticompetitivas En Las Contrataciones Públicas*. Recuperado del sitio web de la Sociedad de Derecho y Economía de la Universidad Católica de Paraguay, Publicaciones: <https://www.sodeuc.org.py/notas/articulos/las-conductas-anticompetitivas-en-las-contrataciones-publicas/723>
- Baca, V. (2016). La retroactividad favorable en Derecho Administrativo Sancionador. *THEMIS Revista De Derecho*, (69), 27-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16709>
- Barrantes, R. (2019). *Teoría de la Regulación Económica*. Lima: Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/ME004.pdf>
- Bravo, J. (2005). La seguridad jurídica en el Derecho Tributario colombiano: ideales, valores y principios. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (329), 11-41.
- Bustos, M. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. *Revista CES Derecho*, 6(1), 111-122. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5152454>
- Cadena, J. (2011). La teoría económica y financiera del precio: dos enfoques complementarios. *Criterio Libre*, 9 (15), 59-80. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7340408>
- Cassagne, J. (2002). *Derecho Administrativo*. (Séptima Edición Actualizada). Buenos Aires: LexisNexis. Abeledo-Perrot.
- Church, J. & Ware, R. (2000). *Industrial Organization. A strategic approach*. Boston: The Mc Graw-Hill Companies, Inc.

- Comisión Europea (1999). *XXIX Informe sobre la política de competencia 1999*. Bruselas: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Recuperado de: https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/es.pdf
- Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2015). Abogacía de la competencia de la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL. Recuperado de: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/818234/ABOGACIA_1-2015.pdf/d85011a8-9530-4e9c-b497-a1e6eadecb15
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (1998). *Pruebas Empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los Principios del Derecho y la Política de la Competencia al desarrollo Económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el Comercio Internacional y en el desarrollo* (TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1) Recuperado de: <https://unctad.org/system/files/official-document/c2emd10r1.sp.pdf>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2007). *Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes* (TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3). Recuperado de: https://unctad.org/es/system/files/official-document/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2014). *Los beneficios de la política de la competencia para los consumidores* (TD/B/C.I/CLP/27). Recuperado de: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd27_es.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). *Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015) - Capítulo I revisado. Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas* (TD/RBP/CONF.8/L.1) Recuperado de: https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf811_es.pdf
- Dammert, M., García, R. & Molinelli, F. (2013). *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- De la Mano, M. (2002). For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European merger control. *Enterprise Papers No 11*. Bruselas: Office for Official Publications of the European Communities. Recuperado de: https://web.archive.org/web/20030731200140/http://europa.eu.int:80/comm/enterprise/library/enterprise-papers/pdf/enterprise_paper_11_2002.pdf
- Dorronsoro, C. (2008). Artículo 2. Abuso de posición dominante. En M. Odriozola (Dir.) y B. Irissarry (Coord.). *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1 2002*. Tomo I. (117-192). Barcelona: Bosch.
- Fernández, S. (2012). La economía social de mercado, un referente para el debate contemporáneo entre desarrollo económico y justicia social. *Administración & Desarrollo*, 40(56), 85-94. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6403403>

- Figari, H., Gomez, H. y Zúñiga M. (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 1 (1), 153-187. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/144>
- Gallardo, J. (1999). *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: el caso de los monopolios naturales*. Documento de Trabajo 164 – PUCP. Recuperado de: <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/DDD164.pdf>
- García, H. (1990). Régimen penal tributario. Concurso de sanciones. *Diario La Ley*. (20 de setiembre de 1990).
- Garret, J. (1995). (General Editor). *World Antitrust Law and Practice, A comprehensive manual for lawyers and businesses*. Boston: Little, Brown & Co.
- Gracia, L. (2012). Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, (3). <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ccdde48957c00988a07327186a6e67c5>
- Gómez, M. & Sanz, I. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. (Segunda Edición). Pamplona: Thomson Reuters.
- Gutiérrez, W. (2005). *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Guzmán, C. (2006). La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 247-260. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16342>
- International Competition Network (2015). Unilateral Conduct Workbook. Chapter 6: Tying and Bundling. Presentado en: 14th ICN Annual Conference. Recuperado de: https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/chapter-6_tying-and-bundling.pdf
- Jiménez, J. (2020). Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho Administrativo. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 357-384. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22426>
- Kafka, F. (1997). *Teoría Económica* (Tercera Edición). Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- Kresalja, B. (2015). *¿Estado o mercado?: el principio de subsidiaridad en la Constitución peruana*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Kresalja, B. & Ochoa, C. (2017). *Derecho Constitucional Económico*. Colección “Lo Esencial del Derecho” N° 8. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Leary, T. (2005). Competition Law and Consumer Protection Law: Two things of the same house. *ANTITRUST LAW JOURNAL*, 72, 1147-1151. <https://www.ftc.gov/es/public-statements/2004/10/competition-law-and-consumer-protection-law-two-wings-same-house>
- Mas-Colell, A., Whinston, M. & Green, J. (1995). *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press Inc.
- Mochón, F. (1992). *Economía Básica*. (Segunda Edición). Madrid: McGraw – Hill/ Interamericana de España, S.A.
- Morena del Rio, M. (2020). La importancia del bien jurídico tutelado en el ámbito de las sanciones administrativas con factor objetivo de atribución. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 277-289. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/22420>
- Morón, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. (Décimo cuarta edición). Lima: Gaceta Jurídica.
- Motta, M. (2018). *Política de competencia. Teoría y práctica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2009). Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>
- Paredes, R. & Sánchez, J. (2004). Government Concession Contracts in Chile: The Role of Competition in the Bidding Process. *The University of Chicago Press - Economic Development and Cultural Change*, 53(1), 215-234. <https://doi.org/10.1086/423259>
- Pugliese, M. (2001). *La Defensa de la Competencia y el Bien Jurídico Protegido*. Ponencia presentada en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, Argentina.
- Quintana, E. (2002). Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia? *IUS ET VERITAS*, 13(25), 378-389. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16223>
- Rebollo, M. & Vera, D. (2016). *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Resico, M (2010). *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung,
- Rivas, V. (2020). *Interacciones entre la libre competencia y la protección al consumidor: buscando un diálogo para el mejor funcionamiento de los mercados*.

Recuperado de sitio web del Centro Competencia, Investigaciones: <https://centrocompetencia.com/interacciones-entre-la-libre-competencia-y-la-proteccion-al-consumidor-buscando-un-dialogo-para-el-mejor-funcionamiento-de-los-mercados/>

- Rubio, M. (2011). El sistema Jurídico, Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio, M. (2014). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. (Segunda Edición). Lima: El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Samuelson, P. & Nordhaus, W. (2009). *Economics* (Décimo novena edición). New York: McGraw-Hill Irwin.
- Varian, H. (2010). *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual* (Octava Edición). Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- Viscusi, W., Vernon, J. y Harrington, J. (1998). *Economics of Antitrust and Regulation* (Segunda edición). Massachusetts.

Sentencias y Resoluciones:

- Sentencia (Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo [España], 8 de mayo de 2003).
- Sentencia en Apelación 3485/2004 (Audiencia Nacional - Sala de lo Contencioso [España], 14 de mayo de 2004).
- Sentencia del Expediente 0019-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 21 de julio de 2005).
- Sentencia del Expediente 1963-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 5 de diciembre de 2006).
- Sentencia del Expediente 01873-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 3 de setiembre de 2010).
- Sentencia del Expediente 02744-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 25 de octubre de 2010).
- Sentencia de Casación 3988-2011 (Corte Suprema [Perú], 19 de diciembre de 2013)
- Sentencia del Expediente 00011-2013-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 27 de agosto de 2014).
- Resolución N° 0225-2004/INDECOPI-TDC (Tribunal de Defensa de la Competencia [Perú], 2004).